

Publicações da Escola da AGU

O Direito nas Telecomunicações

volume 11 - n. 03 - Brasília-DF, jul./set. 2019

ISSN-2525-3298

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 11	n. 03	p. 1-266	jul./set. 2019
------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Renato de Lima França

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Renato de Lima França	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Vlândia Pompeu Silva	Corregedora-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor
Adriana Maia Venturini	Coordenadora-Geral de Ensino
Roberto Ribeiro dos Santos	Coordenador-Geral Administrativo substituto

EDITOR RESPONSÁVEL

Danilo Barbosa de Sant'anna

COORDENADOR

Igor Guimarães Pereira

CONSELHO EDITORIAL

José Flávio Bianchi

Procurador Federal. Graduado em Direito pela USP. Mestre e Doutor em Direito pela UnB.

Lucas Borges de Carvalho

Procurador Federal. Graduado em Direito pela UFBA. Mestre em Direito pela UFSC e Doutor em Direito pela UnB.

Victor Eptácio Cravo Teixeira

Procurador Federal. Graduado em Direito pela UFPE. Mestre e Doutorando em Direito pela UnB.

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores não expressando as posições oficiais da AGU ou da República Federativa do Brasil.

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n.º 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	5
A Fazenda Pública e os limites da competência do juízo da recuperação judicial <i>Dante Aguiar Parente</i>	7
Controle judicial das sanções administrativas aplicadas pela Anatel quanto à observância do princípio da proporcionalidade <i>Igor Guimarães Pereira</i>	29
Considerações Sobre a Prescrição Intercorrente Prevista na Lei nº 9.873/99: Aspectos dos Atos Administrativos Aptos a sua Interrupção <i>Isa Roberta Gonçalves Albuquerque Roque</i>	57
Interferência do Poder Judiciário nas competências legais da ANATEL: Análise do caso da Ação Civil Pública nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC <i>Júlia de Carvalho Barbosa</i>	71
Da Possibilidade de Prestação Direta de Serviços de Telecomunicações pela Telebrás <i>Kizzy Aídes Pinheiro Nogueira da Gama</i>	85
Da Interpretação do Artigo 12 da Lei nº 13.116/2015. Aplicabilidade a Áreas Urbanas e Rurais <i>Luciana Chaves Freire Félix</i>	105
Os Diferentes Licenciamentos Realizados para a Instalação de Antenas (Estações Rádio-Base - Erbs) e a Impossibilidade de o Poder Judiciário Condicionar o Deferimento do Licenciamento Realizado pela Anatel ao Prévio Licenciamento Ambiental <i>Mariana Karam de Arruda Araújo</i>	127
PARECER n. 00843/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU Incidência da regulamentação da Agência sobre contratos de compartilhamento de infraestrutura <i>Valéria de Souza Martins Braga</i>	143
PARECER n. 00365/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU Análise Acerca da Ocorrência de Caso Frutuito na Operação do Segmento Espacial Referente ao Direito de Exploração de Satélites <i>Luciana Chaves Freire Félix</i> <i>Marina Georgia de Oliveira e Nascimento</i>	163

PARECER n. 00268/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU
SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA
A Venda Casada na Exploração de Serviço de Acesso Condicionado
Ricardo Ramos Sampaio.....185

PARECER n. 00302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU
Movimentações societárias no exterior e seus impactos no cumprimento da
legislação brasileira afeta ao setor de telecomunicações
Luciana Chaves Freire Félix
Patrícia Ferreira de Holanda Cavalcanti.....221

Apresentação

O dinamismo do setor de telecomunicações tem levado a Agência Nacional de Telecomunicações a, cada vez mais, enfrentar novos desafios, os quais exigem da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel um olhar atento à necessidade de a regulação estar aderente aos objetivos mais atualizados da sociedade brasileira.

Desde a publicação do segundo volume da revista jurídica “o Direito nas Telecomunicações”, diversos temas relevantes foram objeto de estudo pela PFE-Anatel e alguns destes vieram a ser contemplados nos artigos e nos pareceres que compõem este terceiro volume.

A variedade dos temas abordados nos artigos permite que o leitor tenha acesso a discussões jurídicas relativas à infraestrutura do setor de telecomunicações, temática objeto dos artigos acerca da aplicabilidade da Lei nº 13.116/2005 às áreas rurais e da impossibilidade de o licenciamento de estações ser condicionado a prévio licenciamento ambiental.

No âmbito do Poder de Polícia da Agência, especialmente na perspectiva sancionadora, foram abordadas a prescrição da pretensão punitiva decorrente do exercício de Poder de Polícia e o papel do princípio da proporcionalidade quando da aplicação das sanções administrativas pela Agência.

Também foram feitos estudos sobre situações nas quais as competências da Agência são afetadas por decisões proferidas pelo Poder Judiciário, em recuperação judicial ou em sede de ação civil pública, bem como um resgate histórico do papel dedicado à Telebrás no setor de telecomunicações brasileiro.

Este terceiro volume conta, ainda, com quatro pareceres da PFE-Anatel, os quais tratam da análise jurídica acerca da incidência da regulamentação da Agência sobre contratos de compartilhamento de infraestrutura, da ocorrência ou não de caso fortuito que afete o início da operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite, da configuração de venda casada na exploração de Serviço de Acesso Condicionado, e dos impactos que movimentações societárias realizadas no exterior podem causar no cumprimento da legislação brasileira.

Mantenho a confiança de que a parceria entre a PFE-Anatel e a Escola da AGU continue a propiciar a divulgação de trabalhos que visam, sobretudo, ao aprofundamento das discussões regulatórias do setor de telecomunicações.

Por fim, devo agradecer ao sempre competente Igor Guimarães Pereira, Procurador-Geral Adjunto – Matéria Finalística, pela dedicação minudente e paciente à organização desta revista, bem como a todos que se envolveram nesse projeto destinando um pouco do seu tempo, especialmente os autores dos artigos e os membros do Conselho Editorial.

Apreciem a leitura!

Paulo Firmeza Soares
Procurador-Geral da Anatel

A FAZENDA PÚBLICA E OS LIMITES DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

*THE ADMINISTRATION AND THE LIMITS OF THE
JUDICIAL RECOVERY COURT COMPETENCE*

Dante Aguiar Parente
Procurador Federal atuante junto à PFE-Anatel

SUMÁRIO: Introdução; 1 A indivisibilidade e universalidade do juízo falimentar; 2 Divisibilidade do juízo da recuperação judicial; 3 A tese doutrinária acerca da indivisibilidade do juízo da recuperação judicial; 4 O posicionamento do STJ; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda os efeitos do juízo universal da recuperação judicial, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com o objetivo de avaliar os reflexos gerados por uma recuperação judicial sobre bens, interesses e negócios da empresa em recuperação, quando presente a Fazenda Pública na relação processual.

PALAVRAS-CHAVE: Recuperação Judicial. Superior Tribunal de Justiça. Juízo Universal. *Vis Attractiva*. Fazenda Pública.

ABSTRACT This article deals with the effects of the universal judgment of judicial reorganization process, in the light of the jurisprudence of the Superior Court of Justice, in order to evaluate the effects of reorganization on the assets, interests and businesses of the recovering company when it presents the Administration in the procedural relationship.

KEYWORDS: Judicial Recovery. Superior Court of Justice. Universal jurisdiction. *Vis Attractiva*. Administration.

INTRODUÇÃO

Este trabalho busca investigar se a atratividade do juízo existente na falência também é observada no regime jurídico da recuperação judicial quando pessoas jurídicas de direito público figurem presentes no processo recuperacional, sejam como credoras, sejam como entidades reguladoras de um determinado setor econômico.

A inquietação surge em razão da ausência de previsão específica acerca de um juízo universal para a recuperação judicial, tal como previsto no art. 76 da Lei n. 11.101/05 (Lei de Recuperação e Falência). De acordo com o citado dispositivo normativo, o juízo da falência é indivisível e competente para conhecer, salvo as exceções legais, de todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido. Dito de outra forma, o juízo falimentar atrai para si a competência para apreciar casos que outrora não seriam de sua competência. Essa ausência de previsão específica para a recuperação judicial, contudo, não impediu o STJ de diversas vezes afirmar a existência de dito juízo universal.¹

Diante das afirmações contidas em diversos acórdãos proferidos pelo STJ e de alguns posicionamentos doutrinários de que haveria uma universalidade no juízo da recuperação judicial, percebe-se na prática forense a existência de pedidos formulados pelas recuperandas no bojo dos processos recuperacionais que, por vezes, destoam completamente do escopo de processos dessa natureza. Por exemplo, o STJ já chegou a apreciar o caso de uma recuperanda que pretendeu cobrar um crédito seu perante um terceiro dentro do processo recuperacional.²

A Fazenda Pública não está imune de pedidos formulados pelas recuperandas dentro do processo de recuperação judicial. Na recuperação judicial da Aeroportos Brasil Viracopos S/A, concessionária do aeroporto de Viracopos em Campinas/SP, em trâmite na 8ª Vara Cível da Comarca de Campinas/ SP (processo n. 1019551-68.2018.8.26.0114), o juízo da recuperação deferiu pedido formulado pela recuperanda no sentido de suspender o processo administrativo de caducidade em trâmite na Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.³

1 Precedentes do STJ: AgRg no AgRg no CC 142.308/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 14/12/2018; AgInt no CC 144.205/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 04/12/2018; REsp 1298670/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 26/06/2015.

2 CC 107.395/PB, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 23/11/2009.

3 Essa decisão foi reformada em sede de agravo de instrumento (AI n. 2099092-87.2018.8.26.0000, Des. Relator. Alexandre Lazzarini)

De modo similar, o Grupo Abengoa, concessionária de transmissão de energia elétrica, em seu processo de recuperação judicial (processo nº 0029741-24.2016.8.19.0001), em trâmite na 5ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro, obteve do juízo da recuperação a suspensão de todos os processos administrativos nos quais é analisada a recomendação de caducidade das concessões por ela detidas.⁴

Outro interessante caso envolvendo a Fazenda Pública e processo de recuperação judicial chegou a ser apreciado pelo STJ no AgRg na MC 23.499/RS. De acordo com o relatório do voto do Min. Relator Humberto Martins, a recuperanda requereu, nos autos de uma recuperação judicial, uma medida liminar para que lhe fosse outorgada a autorização para participar de licitações com o Poder Público, afastando assim a regra prevista no art. 31, II da Lei n. 8.666/93.

No setor de telecomunicações, a Anatel exige das prestadoras de serviço móvel pessoal – SMP (“telefonia celular”) o aumento na abrangência territorial da prestação do serviço (*e.g.* alcançar a cobertura de 80% da área urbana dos municípios acima de 300 mil habitantes de um determinado estado da federação até o ano 2018), fazendo-o mediante previsão expressa nos atos de autorização de radiofrequência.

Para garantir de forma célere e eficaz essa obrigação contratual, a Anatel exigiu expressamente nos atos de autorização garantias financeiras pelas prestadoras (depósito em dinheiro) que somente seriam levantadas caso se constatasse o adimplemento daquelas obrigações de abrangência. Ocorre que na recuperação judicial do Grupo Oi (processo n. 0203711.65-2016.4.09.0001 em trâmite na 7ª Vara Empresarial da comarca do Rio de Janeiro), a recuperanda requereu e obteve em cinco oportunidades o levantamento dessas garantias financeiras sem que houvesse a análise prévia da Anatel.

Os casos acima mencionados demonstram o interesse das empresas em recuperação judicial em trazer para o juízo recuperacional questões, à princípio, alheias ao processo de recuperação, mas que impactam diretamente na situação econômica-financeira da recuperanda, podendo inclusive inviabilizar o seu soerguimento.

O trabalho, portanto, visa enfrentar o tema dos limites da competência do juízo da recuperação, focando principalmente na atuação da Fazenda Pública, sendo essa expressão utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais (CUNHA, 2016, p. 05). Para tanto, será adotada a seguinte estrutura: (i) fundamento da indivisibilidade e universalidade do juízo falimentar; (ii) análise de uma

⁴ A ANEEL obteve a suspensão da decisão via suspensão de segurança (Suspensão de Segurança nº 0038426-86.2017.8.19.0000).

possível extensão da indivisibilidade e universalidade para o juízo da recuperação judicial, (iii) tese doutrinária sobre a universalidade do juízo da recuperação judicial, (iv) a compreensão o STJ sobre o tema. Ao fim serão apresentadas as conclusões desse estudo.

1.A INDIVISIBILIDADE E UNIVERSALIDADE DO JUÍZO FALIMENTAR

A decretação da quebra visa basicamente reunir todo o passivo do falido, convertê-lo em dinheiro para o posterior pagamento aos credores. Seria contraproducente ou até mesmo temerário que inúmeros juízos pudessem deliberar sobre processos judiciais aptos a impactar diretamente na massa falida. Se isso ocorresse, a regra do *par conditio creditorum*⁵ estaria ameaçada.

Para assegurar a igualdade de tratamento entre os credores de mesma classe, bem como tornar coesas as decisões sobre a massa falida, fez-se necessário criar uma força atrativa (“*vis attractiva*”) para o juízo da falência, permitindo, assim, a reunião de todos os processos (ou quase todos eles, pois há exceções legais) que envolvam a falida em um único juízo, sobrepondo esse aos demais (REQUIÃO, 1989, p. 87). Essa atratividade do juízo falimentar encontra-se positivada no art. 76 da Lei nº 11.101/2005:

Art. 76 da Lei n. 11.101/05. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

De acordo com o legislador, a atratividade do juízo falimentar é nominada de indivisibilidade. Na doutrina, entretanto, encontram-se outras terminologias para identificar o citado efeito. Uma das mais citadas terminologias é a da universalidade do juízo falimentar.

O juízo da falência é universal. Isso significa que todas as ações referentes aos bens, interesses e negócios da massa falida serão processadas e julgadas pelo juízo perante o qual tramita o processo

⁵ Em apertada síntese, é a regra que visa assegurar a igualdade de tratamento entre os credores de mesma classe.

de execução concursal por falência. É a chamada aptidão atrativa do juízo falimentar, ao qual conferiu a lei a competência para conhecer e julgar todas as medidas judiciais de conteúdo patrimonial referentes ao falido ou à massa falida. (COELHO, 2009, p. 199)

Ferreira Filho (2005, p. 193) acompanha o entendimento acima mencionado. De outro modo, Noronha e Lima (2009, p. 84) compreendem a existência de dois aspectos da universalidade: um formal e outro material. Sob o aspecto formal, a universalidade corresponderia aquilo que Fábio Ulhôa menciona, ou seja, a regra do art. 76 da Lei n. 11.101/05, enquanto o aspecto material, a universalidade diria respeito à suspensão das providências individuais dos credores, como determina o art. 6º da Lei n. 11.101/05.

Dezem (2017, p. 199), por sua vez, enxerga a universalidade como a regra da suspensão das providências individuais dos credores, como determina o art. 6º da Lei n. 11.101/05, já a indivisibilidade se relacionaria com a força atrativa do juízo falimentar, segundo a regra do art. 76 da Lei n. 11.101/05.

Ao seu turno, Tomazzetti (2017, p. 515) compreende a universalidade do juízo falimentar como a sua característica de que todos os pagamentos operados pelo falido sejam “feitos em juízo e, mais especificamente, no mesmo juízo”. Como decorrência da universalidade do juízo, haveria a necessidade de unir em um mesmo órgão julgante as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, advindo daí a característica da indivisibilidade do juízo falimentar.

2 DIVISIBILIDADE DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Antes de adentrar propriamente sobre a questão da indivisibilidade/universalidade do juízo da recuperação judicial, convém destacar a existência de entendimento doutrinário que, sem se aperceber da distinção entre os juízos da falência e o da recuperação judicial, trata-os como se fossem idênticos. Dito de outro modo, esse entendimento doutrinário estende a indivisibilidade do juízo da falência para a recuperação judicial automaticamente sem maiores digressões hermenêuticas, como se o enunciado normativo do art. 76 da Lei n. 11.101/05 mencionasse expressamente o juízo da recuperação judicial. Como exemplo dessa doutrina, colhe-se a lição de Fazzio (2016):

Tanto a recuperação como a falência processam-se perante um único juízo, para onde devem acorrer todas as pretensões decorrentes dos negócios do agente econômico insolvente.

O princípio da indivisibilidade do juízo concursal está consagrado na lei, quando preceitua que o juízo da falência e da recuperação é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios do devedor. Seu caráter impartível pressupõe sua unidade. Se no direito processual ordinário a unidade de juízo é a regra, a infracionabilidade do juízo concursal é o seu corolário natural e necessário.

Assim, no juízo da recuperação ou da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, alegando e provando seus direitos. É o princípio da universalidade. O juízo da insolvência absorve todos os procedimentos contra o patrimônio pretendido pelos credores. (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 576-577)

Stajn (2007, p. 259) parece também comungar do entendimento acima mencionado, na medida em que trata conjuntamente os juízos da recuperação judicial e da falência, inclusive quando aborda as hipóteses de não atratividade do juízo falimentar.

Os posicionamentos doutrinários acima referidos pecam ao tratar do tema da competência do juízo falimentar e da recuperação judicial de modo unitário, sem se aperceber das diferenças existente entre eles.

Como dito alhures, o fundamento da indivisibilidade do juízo da falência nasce da necessidade de um único juízo tratar das ações sobre bens, interesses e negócios do falido, haja vista ser nele onde será operado os pagamentos aos credores do falido. Dito de outro modo, a execução coletiva, concatenada à regra da *par conditio creditorum*, exigem a atratividade do juízo da falência.

O mesmo, todavia, não ocorre na recuperação judicial. Aqui, a recuperanda estará em pleno funcionamento, inexistindo no processo de recuperação judicial qualquer tentativa de liquidação do patrimônio da recuperanda com o devido pagamento dos credores. Ao revés, intenta-se tão somente reorganizar a atividade econômica da recuperanda (seja o passivo, seja o ativo), tudo com o consentimento dos credores e sob a supervisão judicial.

Inexiste, portanto, na recuperação judicial uma execução coletiva destinada ao encerramento das atividades, tornando-o inócua à extensão da *vis attractiva* ao juízo da recuperação judicial. Os fundamentos de existência da indivisibilidade do juízo da falência não são aplicáveis à recuperação judicial, não sendo possível, portanto, empregar por analogia o art. 76 da Lei n. 11.101/05 para um processo diverso da falência.

Em uma interpretação literal do citado dispositivo normativo também não deixa dúvidas, pois o legislador foi bastante preciso, mencionando

expressamente os termos “falência” e “falido”. Ausente qualquer remissão à recuperanda ou à recuperação judicial (ZANINI, 2007, p. 340).

Mesmo diante da clareza dos fundamentos acima, calcados em uma interpretação teleológica e literal da regra da indivisibilidade do juízo da falência prevista no art. 76 da Lei n.11.101/05, a análise do tema não pode parar nesse ponto. Isso porque uma interpretação sistemática, pretensamente escorada no princípio da preservação da empresa (art. 49 da Lei n. 11.101/05), poderia ensejar numa leitura equivocada do art. 6º da Lei n. 11.101/05, permitindo extrair dele a atratividade do juízo recuperacional. Foi o que fez o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no Agravo de Instrumento n. 0064182-97.2017.8.19.0000 (Grupo Oi x Anatel), chegando a afirmar: “4. O artigo 6º da Lei n. 11.101/2005, preserva a universalidade do juízo que processa a falência ou a recuperação judicial e acarreta o deslocamento para o juízo universal de todas as ações de interesse da massa falida ou da empresa em recuperação.”

Passa-se então a examinar com mais detalhes o art. 6º da Lei n. 11.101/05.

O art. 6º, *caput*, da Lei n. 11.101/05 não se presta para atrair para o juízo da recuperação todas as ações judiciais que tenham como parte a recuperanda. O referido artigo menciona tão somente a suspensão de todas as ações e execuções em face do devedor.

Essa suspensão de todas as ações e execuções em face do devedor, na recuperação judicial, tem como objetivo facilitar a negociação entre recuperanda e seus credores, para que de forma conjunta encontrem um plano de recuperação viável (SALOMÃO; SANTOS, 2017, p. 33). Além disso, ao fixar o estado dos credores, permite-se a formação de uma massa de credores que se manifestarão de forma conjunta sobre o plano de recuperação judicial, dificultando o tratamento desigual (TOMAZZETTI, 2017, p. 150).

Diversamente, na falência, a suspensão das ações e execuções tem como escopo a preservação do “*par conditio creditorum*”, pois evita o recebimento de valores por alguns credores fora do processo falimentar. Além disso, impede o fracionamento da massa falida objetiva, direcionando à maximização do preço dos ativos na medida em que a sua alienação poderá ser operada em bloco (art. 140 da Lei n. 11.101/05).

Nesse mesmo sentido, é a lição de Ferreira Filho (2005, p. 130) acerca da suspensão das execuções na recuperação judicial e falência, mostrando a diferença de fundamento entre os dois institutos:

[...] suspensão das execuções nada tem em comum os dois institutos. Na falência, o crédito já constituído deverá ser habilitado nos autos pelo credor, uma vez que se trata de execução coletiva, não havendo precisão para execuções individuais. O fim das execuções individuais

na falência é creditado à atração universal ao juízo onde a execução coletiva se processa. Na recuperação, a execução de um crédito é suspensa por seis meses, prazo concedido para que o devedor possa obter a aprovação do Plano de Recuperação, o que poderá levar a execução à extinção posterior, se o acordo entre devedor e credor for firmado.

Demonstra-se assim a impossibilidade de se buscar o fundamento da atratividade do juízo falimentar na regra da suspensão das ações contida no art. 6º, *caput*, da Lei n. 11.101/05.

O art. 6º, *caput* deve ainda ser lido em conjunto com o art. 52, inc. III, do mesmo diploma legal, em função desse último dispositivo normativo também mencionar a suspensão de todas as ações ou execuções contra a empresa devedora, mas acrescentar a informação de que os autos desses processos deverão permanecer nos respectivos juízos onde se processam. Quanto ao inciso III do art. 52 da Lei n. 11.101/05, válida novamente é a lição de Ferreira Filho (2005, p. 154):

8. Este inciso resolve inicialmente um aspecto relativo à competência, que trazia alguns desentendimentos no sistema da lei anterior. Ou seja, ao determinar a suspensão das ações e execuções, deixa desde logo claramente fixado que os autos permanecerão na Vara na qual já estão. Portanto, nesse aspecto, ficam superadas as antigas discussões relativas às competências em tais casos e, se tais ações vierem a prosseguir futuramente, terão seu andamento ante o mesmo juiz perante o qual já se encontravam.

Além disso, o art. 6º, § 6º, incs. I e II, da Lei de Falências estabelece tão somente que as ações que vierem a ser propostas contra a empresa recuperanda deverão ser comunicadas ao juízo da recuperação judicial pelo juiz competente ou pelo próprio devedor. Ora, se a Lei prevê que os juízos competentes para o processamento dos outros feitos envolvendo a empresa em recuperação judicial serão comunicados acerca da existência da ação de recuperação, fácil concluir que a legislação não impõe a modificação de competência, ou seja, a concentração de todos os feitos num juízo universal.

No tocante às ações cujas demandas sejam ilíquidas e que de algum modo se correlacionem com a recuperação judicial, importante ter em mente o dispositivo do §1º do art. 6º da Lei n. 11.101/05, que reza: “Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida”.

A dicção desse dispositivo não deixa dúvidas sobre a inexistência de atratividade das ações com demandas ilíquidas. Demandas ilíquidas são as

ações de conhecimento em geral. Negrão (2013, p. 368) assim exemplifica esse tipo de ação:

Algumas ações individuais não serão suspensas em razão de não ter o crédito nelas discutido alcançado a liquidez necessária para integrar a massa de credores. São as ações que demandam quantia ilíquida, isto é, aquelas em que ainda não se obteve o título judicial necessário à liquidação, como, por exemplo, ação movida por terceiro que se envolveu em acidente com veículo da falida visando obter ressarcimento dos prejuízos sofridos com o conserto de seu automóvel. Sem a sentença judicial condenatória, o litigante não possui título que o qualifique como credor do falido ou da massa falida. Somente a decisão judicial favorável, liquidada, dará a esse credor título para habilitação de seu crédito no quadro geral.

Para que esse credor possa ter garantido seu direito de concorrer à massa de credores, é indispensável que lhe seja permitido prosseguir com sua demanda até a entrega da tutela que solicitou, ocasião em que, com a sentença tornará certa a condenação do devedor e determinará o seu valor.

Importante notar que esse dispositivo já estava presente no antigo Decreto-Lei n. 7.661/1945, diploma legislativo regulador da Falência e da Concordata.

Decreto-Lei n. 7.661/1945:

Art. 7º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.

[...]

2º O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei.

3º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte.

[...]

Art. 24. As ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares

de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.

[...]

§ 2º Não se compreendem nas disposições deste artigo, e terão prosseguimento com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado: [...] II - os que demandarem quantia ilíquida, coisa certa, prestação ou abstenção de fato.

De acordo com os dispositivos legais acima transcritos, as ações ilíquidas são seriam suspensas com a declaração da falência (art. 24, §2º do Decreto-Lei n. 7.661/1945), bem como não haveria a atratividade do juízo falimentar para ações dessa natureza (art. 7º, §3º do Decreto-Lei n. 7.661/1945).

No atual regime jurídico, a regra de ausência de atratividade quanto às ações ilíquidas para o juízo da falência continua a mesma. Para a recuperação judicial, a alteração legislativa teve o condão de tornar mais clara a impossibilidade de se reconhecer a *vis attractiva* do juízo recuperacional. Isso porque no antigo Decreto-Lei n. 7.661/1945, a regra de competências das ações ilíquidas estava inserida em um dispositivo normativo que tratava apenas de falência, enquanto o atual art. 6º da Lei n. 11.101/05 regula tanto a falência como a recuperação judicial, conforme expressamente afirmado em seu *caput*. A inaplicabilidade da indivisibilidade do juízo à concorda é lembrada por Zanini (2007, p. 340-341), quando menciona acórdãos de diversos Tribunais estaduais.

Em idêntico sentido, acerca da ausência de indivisibilidade do juízo da recuperação judicial, tem-se a lição de Ayoub e Cavali (2016, p. 131-132):

Na esteira do quanto ocorre no processo falimentar, parte da doutrina encontra o fundamento do *conditional stay* na universalidade do juízo da recuperação judicial, para assegurar a *par conditio creditorum*. Entretanto, não é esta a melhor solução para fundamentar-se o *conditional stay*, já que na recuperação judicial não há *par conditio creditorum*, nem propriamente universalidade do juízo recuperacional.

Na recuperação judicial, a semelhança do que ocorria na concordata, há concursalidade sem executividade forçada. Na recuperação judicial, é inequívoco que o plano contém concursalidade, já que pode (a) modificar o valor e o prazo de créditos havido contra a empresa devedora e, também, (b) alterar a composição dos ativos patrimoniais

que respondem pelas obrigações da empresa devedora. E é precisamente essa concursabilidade que justifica o *conditional stay*. Por essa razão, não se há de fundar o *conditional stay* na presença de um juízo universal da recuperação, muito menos em uma pretensa força atrativa do juízo recuperacional. [...]

Se se quiser falar em universalidade do juízo recuperacional, deve-se restringi-lo para aqueles créditos que forem líquidos e certos.

A recuperação judicial não se presta para atrair ao juízo recuperacional toda e qualquer demanda, não existindo qualquer regra na Lei n. 11.101/05 a determinar a *vis attractiva* do juízo da recuperação judicial (TOMAZZETTI, 2017, p. 158).

Empregando um raciocínio à contrário senso, caso fosse possível alterar a competência dos órgãos jurisdicionais para a apreciação de toda matéria capaz de influir no passivo e ativo da recuperanda, todo e qualquer crédito ou débito, líquido ou não, detido pela recuperanda deveria ser cobrado perante o juízo da recuperação. Tal fato certamente redundaria em um procedimento deveras complexo e moroso, escapando e muito do objetivo da recuperação judicial que é a construção coletiva de uma reorganização da atividade econômica da recuperanda, incluindo aqui a novação dos seus débitos.

Não custa lembrar que mesmo na falência, há inúmeras exceções ao juízo indivisível, podendo-se mencionar os casos em que a falida é autora e quando as ações envolvam créditos ilíquidos (art. 76 da Lei n. 11.101/05). Isso demonstra o exagero das decisões judiciais reconhecedoras de um dito juízo universal à recuperação judicial, atraindo para aquele juízo toda e qualquer demanda apta a impactar à recuperanda, pois sequer atentam-se para as inúmeras exceções legais da regra do juízo indivisível prevista para a falência.

3 A TESE DOUTRINÁRIA ACERCA DA INDIVISIBILIDADE DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Renata Mota Maciel Madeira Dezem admite a indivisibilidade do juízo da recuperação judicial, fazendo-o, porém, sob fundamento diverso daqueles acima mencionados. Para ela, a atratividade ao juízo recuperacional se daria quando a questão a ser debatida na ação individual traga uma conexão material com a condição fática da recuperanda. Dito de outro modo, quando há uma relação de influência mútua entre essa possível ação individual e a recuperação judicial. Pela novidade dos argumentos,

colaciona-se a seguinte passagem que bem expõem o entendimento de Dezem (2017, p. 243-244):

Portanto, extrai-se do artigo 76 da Lei n. 11.101/05 que o juízo da falência é indivisível por presunção de necessidade, na medida em que o decreto de falência impõe que um mesmo juízo decida sobre bens, negócios e interesses da falida, ao passo que, na recuperação judicial, não há essa presunção de necessidade e, por isso, para justificar a necessidade de atração das ações individuais perante o juízo da recuperação, cabe demonstração de que o estado de crise da empresa condiciona o deslinde da ação individual que se pretende atrair ao juízo concursal.

Como já mencionado quando da análise da estrutura da indivisibilidade, o critério é processual, ainda que fundado na relação material que lhe dá origem, enquanto a universalidade nasce do direito material e com ele se confunde, porque o estado de crise reconhecido pelo juízo irradia eficácia nas demais relações envolvendo bens, negócios e interesses da empresa.

Assim, como critério para estabelecer a possibilidade de aplicar a indivisibilidade à recuperação judicial, pode-se utilizar o fato de serem mutuamente influentes, ou seja, tanto o processo de recuperação judicial como a ação individual exercem influência uma sobre a outra, a ponto de justificar sejam decididas por um mesmo juízo.

Aqui não basta que o reconhecimento do estado de crise da empresa pelo juízo da recuperação judicial constitua antecedente lógico da questão tratada na ação individual ou objeto da relação jurídica da qual a empresa faça parte, sendo necessária a demonstração de que a ação individual apresenta conexão material com a recuperação judicial.

A conexão material, por sua vez, está relacionada à identidade de questões, o que não se confunde com identidade de lide. Obviamente que não há como encontrar identidade de lide entre a ação de recuperação judicial e as demais ações individuais, ou mesmo identidade de elementos. O que há são questões comum, que se interrelacionam, e autorizam ou mesmo impõem sejam decididas por um mesmo juízo.

Portanto, desde que observados critérios técnicos como os acima expostos, é possível sustentar a flexibilização do critério da

indivisibilidade, previsto no artigo 76 da Lei n. 11.101/05, para abarcar hipóteses envolvendo a recuperação judicial e não apenas a falência.

A tese é instigante, mas padece de uma ausência de supedâneo legal. Como mencionado em tópico anterior, a Lei n. 11.101/05 veda a atração para o juízo da recuperação de outros feitos. Ademais, a regra de atração defendida pela autora, baseada na influência material do objeto discutido na ação individual e a situação financeira da recuperanda, discutida na recuperação judicial, teria como efeito atrair para o juízo da recuperação as ações ilíquidas, bem como as ações em que a recuperanda se posicionasse no polo ativo. Ao assim compreender, a pretendida atratividade do juízo recuperacional extrapolaria até mesmo a regra da *vis attractiva* do juízo da falência (art. 76 da Lei n. 11.101/05) que pretensamente ampara legalmente a tese.

A atratividade ainda poderia acarretar em problemas de ordem operacional. Com a atração de inúmeras ações pra o juízo recuperacional, haveria um aumento abrupto por demanda judicial nesse juízo, assoberbando o trabalho e embaraçando a atividade judiciária que visa fornecer um ambiente propício para uma negociação entre devedora e credores.

Um outro problema que parece surgir dessa tese é a colisão dessa força atrativa com a competência da Justiça Federal para julgar as ações em que estejam presentes a União, suas autarquias e fundações, contida no art. 109, I da CF. Como relatado acima, há inúmeras tentativas de atrair para o juízo da recuperação demandas contrárias aos interesses da União, suas autarquias e fundações. Essas tentativas esbarram na competência da Justiça Federal para tratar das diversas matérias postas ao juízo da recuperação, tais como anulação de ato/procedimento administrativo.

É bem verdade que a parte final do art. 109, I da CF excetua da competência da Justiça Federal as causas de “falência”. Contudo, para que uma causa seja enquadrada como de falência para efeitos de competência, deverá ela versar sobre o procedimento de quebra e as ações reguladas pela Lei de Falências. Logo, a exceção constitucional não versa sobre qualquer incidente processual pretensamente inserto na falência (ZANINI, 2007, p. 342). Válido lembrar que o STJ já exarou entendimento no mesmo sentido⁶.

Assim, mesmo que se interprete a parte final do art. 109, I da CF que excetua da competência da justiça federal as causas de falência para nela abarcar as causas de recuperação judicial, essa interpretação ampliativa de uma exceção não poderia arrastar para o juízo da recuperação a discussão de causas contendo em um dos polos a União, suas autarquias e fundações.

6 Conflito de Competência 16.115/RS – rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – j. 23.10.2002.

4 O POSICIONAMENTO DO STJ

No início desse trabalho, destacou-se alguns acórdãos em que o STJ afirmou peremptoriamente ser o juízo da recuperação judicial universal. Da leitura desses acórdãos em que se menciona a universalidade do juízo da recuperação judicial, percebe-se neles a existência de uma mesma questão: a possibilidade de um juízo diverso daquele da recuperação judicial determinar a constrição de bens da recuperanda. Em casos dessa espécie, há um posicionamento firme do STJ de somente o juízo da recuperação judicial poder deliberar sobre os bens do ativo da recuperanda. Importante notar que mesmo para os créditos não submetidos à recuperação judicial, ainda sim o STJ atribui ao juízo da recuperação judicial a competência para dispor sobre eles.

No tocante aos créditos fiscais, o art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005 e os arts. 5º e 29 da Lei 6.830/1980 determinam que o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal. Contudo, para o STJ, tal normativo não importa no necessário prosseguimento da execução fiscal, pois compete ao juízo processante da recuperação judicial exercer o controle sobre atos executórios determinados contra o patrimônio da recuperanda, evitando-se, assim, que medidas constritivas ou expropriatórias possam prejudicar o cumprimento do plano de soerguimento⁷.

Sob a possibilidade da prática de atos constritivos em face de empresa em recuperação judicial, em sede de execução fiscal, ressalta-se a recente afetação ao rito dos recursos repetitivos, tendo por representativos da controvérsia o REsp 1.694.261/SP, REsp 1.694.316 e REsp 1.712.484/SP - Tema 987 dos Recursos Repetitivos (Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 20/2/2018), havendo a possibilidade de mudança futura de entendimento da Corte de Justiça.

Quando se trata de um credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis e, portanto, detentor de crédito não submetido aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05, prevalece no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a inteligência de caber ao Juízo da Recuperação a verificação se os bens dados em garantia de alienação ou cessão fiduciária são essenciais à preservação da atividade

7 Precedentes do STJ: AgInt no CC 123.834/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/05/2017, DJe 29/05/2017; CC 149.811/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/05/2017, DJe 16/05/2017; AgRg no CC 129.079/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 19/03/2015; AgInt no CC 149.827/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/09/2017, DJe 29/09/2017

econômica da recuperanda.⁸ Dessa forma, caso o juízo da recuperação entenda que os bens objeto de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil sejam indispensáveis para o negócio da recuperanda, poderá ele impedir a retirada desses bens.

Percebe-se que o STJ faz uma diferenciação entre o crédito não submetido à recuperação judicial e o bem não abrangido no plano de recuperação. Como frisado alhures, o fato de o crédito não ser abrangido pela recuperação judicial não importa de pronto na possibilidade de o credor constriuir bens da recuperanda, cabendo a análise dessa possibilidade ao juízo da recuperação. De outro lado, caso o bem não seja afetado à recuperação judicial, tais como bens de sócios (por intermédio da desconsideração da personalidade jurídica) ou bens de empresas do mesmo grupo econômico das empresas recuperandas que não estejam no plano de recuperação judicial, aplicar-se-á o enunciado 480 da súmula do STJ: “O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa”. Melhor explicando o enunciado sumular, compete ao juízo da recuperação aferir se o bem está afetado ou não à recuperação judicial; não estando, a constrição desse bem deverá ser da competência do juízo da ação individual.

O entendimento do STJ parece caminhar ao lado daquele esposado pelo STF no RE 583.955, Rel. Min. Ricardo Lewandowsky, Tribunal Pleno, repercussão geral – mérito, DJ de 28.08.2009. Nesse julgado, o STF fixou a competência do juízo da recuperação para processar e julgar a execução dos créditos trabalhistas, sem prejuízo da competência da Justiça Laboral quanto ao julgamento do processo de conhecimento.

Fixado o entendimento do STJ sobre a competência das medidas de execução quando o devedor está em recuperação judicial, cabe analisar a competência para outros casos. Cite-se de início a hipótese em que a recuperanda está no polo ativo processual, atuando como autora e credora de uma demanda líquida. Em casos dessa natureza, o STJ já entendeu que a parte deverá observar as regras de competência legais e constitucionais existentes a respeito, inexistindo assim qualquer regra de atratividade do juízo recuperacional.⁹

No tocante aos processos de conhecimento (ações ilíquidas) correlacionados com o devedor em recuperação judicial, o STJ já teve a

8 Precedentes do STJ: AgInt no AREsp 1000655/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 25/08/2017; CC 153.473/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/05/2018, DJe 26/06/2018.

9 REsp 1236664/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 18/11/2014

oportunidade de apreciar um caso em que se discutia a competência para uma ação de procedimento ordinário ajuizada em face de uma recuperanda, ou seja, apreciou se haveria ou não a atratividade do juízo da recuperação. O STJ refutou a tese da *vis attrativa* do juízo da recuperação. O acórdão ficou assim ementado:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AÇÃO CONTRA A RECUPERANDA. QUANTIA ILÍQUIDA. PROSSEGUIMENTO. JUÍZO COMPETENTE.

1 - O juízo da recuperação judicial não é competente para a ação ordinária em que se postula quantia ilíquida contra a empresa recuperanda.

2 - Só há falar em juízo universal na recuperação para os créditos, líquidos e certos (leia-se classe de credores), devidamente habilitados no plano recuperatório e por ela abrangidos.

3 - Na recuperação não há quebra e extinção da empresa, pois continua ela existindo e executando todas as suas atividades, não fazendo sentido canalizar toda e qualquer ação da recuperanda ou contra ela para o juízo da recuperação.

4 - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 4ª de Campina Grande SJ/PB, suscitante.

(STJ. CC 107.395/PB, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 23/11/2009)

Interessante notar que a indivisibilidade do juízo da falência não alcança as ações ilíquidas por expressa previsão legal (art. 76 c/c art. 6º, parágrafo primeiro ambos da Lei n. 11.101/05), regra essa que possui inteiramente aplicabilidade pelo STJ. Nesse sentido, já se reconheceu a divisibilidade do juízo da falência para casos em que se discute cláusulas contratuais¹⁰, anulação de registro imobiliário¹¹, obrigações de fazer¹² e ação

10 AgInt nos EDcl no REsp 1617538/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016

11 CC 122.869/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2014, DJe 02/12/2014

12 AgRg no REsp 1.471.615/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/9/2014, DJe 24/9/2014

de despejo¹³. Inclusive, há tese jurídica firmada no âmbito da sistemática dos recursos repetitivos no seguinte sentido:

A competência para processar e julgar demandas cíveis com pedidos ilíquidos contra massa falida, quando em litisconsórcio passivo com pessoa jurídica de direito público, é do juízo cível no qual for proposta a ação de conhecimento, competente para julgar ações contra a Fazenda Pública, de acordo as respectivas normas de organização judiciária.¹⁴

Ora, se nem mesmo na falência a atratividade abarca as ações ilíquidas, não faz sentido essa atração no juízo da recuperação judicial. Importante, todavia, mencionar o que fora decidido pelo STJ no AgRg na MC 23.499/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014. Nesse julgado, o STJ permitiu que uma empresa em recuperação judicial participasse de licitações públicas, não sendo possível ao Poder Público exigir dela a certidão negativa de concordata. Afastou, portanto, a regra contida no art. 31, II da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos).

Não é o fim desse trabalho analisar o mérito da decisão, mas aferir se seria possível uma ordem judicial dessa natureza ser exarada no bojo do procedimento específico de recuperação judicial. Restringindo-se ao aspecto formal, de modo contrário ao entendimento prevalecente na turma do STJ, o Min. Humberto Martins apontou como motivo idôneo a negar o pleito da recuperanda o fato do pedido ser genérico. Perfeito o fundamento da decisão do Ministro Relator. A recuperanda requereu uma ordem judicial permissiva para contratar com a Administração Pública, não especificando qual o ente público seria alvo dessa permissão. Percebe-se que o provimento judicial requerido necessariamente viola os limites da coisa julgada substantiva, pois alcançaria todos os entes da Administração, entes esses que sequer fizeram parte do processo judicial.

Além disso, como defendido ao longo desse trabalho, é distante a possibilidade jurídica de, em um processo de recuperação, decidir questões dessa natureza, em razão da inexistência de um deslocamento de competência para o juízo da recuperação. Dessa feita, faleceria competência para o juízo da recuperação apreciar tal pedido, incompetência essa mais visível se se imaginar em irradiação de efeitos para a União, suas autarquias

13 AgRg no CC 103.012/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 24/06/2010

14 REsp 1643856/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2017, DJe 19/12/2017

e fundações, haja vista a competência da Justiça Federal para a matéria (art. 109, I da CF).

Por fim, o provimento judicial proferido pelo STJ teve o condão de criar uma norma abstrata e genérica, vinculando a todos e por tempo indefinido. Foge completamente do que uma decisão judicial deveria ser, um comando normativo concreto, emanado para uma situação específica e delimitada (GUIMARÃES; BORDA, 2015, p. 257-279). A decisão do STJ se assimila a uma decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, mas com uma especificidade: ela tem uma única beneficiária, a recuperanda.

Diante das críticas acima, ao que parece, o acórdão proferido pelo STJ no AgRg na MC 23.499/RS é um ponto fora da curva em sua jurisprudência, não representando ele qualquer indicativo de que a Corte de Justiça pretenda conferir uma atratividade absoluta ao juízo da recuperação judicial. Ao revés, se encararmos o histórico do STJ quando ainda existente o instituto da concordata, é fácil perceber a inexistência de qualquer configuração de deslocamento de competência (*vis attractiva*).¹⁵

Tratando de casos envolvendo atos administrativos editados pela Administração Pública colidentes com medidas tomadas em recuperação judicial, o STJ permitiu que atos da ANAC interferissem diretamente no plano de recuperação homologado pela Justiça Fluminense ao não conhecer de conflito de competência suscitado pelo Ministério Público do RJ. No CC nº 69.315 - RJ (2006/0208734-0), de Relatoria do Min. João Otávio de Noronha, discutia-se se a ANAC poderia licitar a distribuição de uma série de rotas de aviação (competência regulamentar daquela Agência Reguladora) mesmo quando o plano de recuperação judicial da Varig S/A previa a alienação em leilão público dos direitos à exploração de linhas aéreas, horários de transporte aéreo ('hotran's') e 'slots' aeroportuários anteriormente operados pela companhia aérea.

Dos casos acima retratados, pode-se concluir que quando a Corte de Justiça menciona a existência de uma universalidade do juízo da recuperação judicial, não pretende afirmar a existência de uma atratividade do juízo recuperacional. Ao revés, a universalidade da recuperação judicial defendida pelo STJ significa muito menos do que a regra do art. 76 da Lei n. 11.101/05. Essa dita universalidade impõe em reconhecer tão somente a competência do juízo da recuperação judicial em apreciar as medidas

15 Precedentes do STJ: CC 53.549/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJe 05/03/2008; CC 43.206/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Segunda Seção, julgado em 10.11.2004, DJ 01.02.2005 p. 401; AgRg no CC 28421/PB, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, Segunda Seção, DJ 01.08.2000; CC 6990/PR, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, Segunda Seção, DJ 09.05.1994
CC 1865/MS, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, Segunda Seção, DJ 19.08.1991.

coercitivas e constritivas ao patrimônio da recuperanda. Impossível extrair do entendimento perfilhado pelo STJ uma regra de deslocamento de competência entre órgãos jurisdicionais quando presente o processo de recuperação judicial.¹⁶

5 CONCLUSÃO

Este estudo constatou inexistir norma jurídica a determinar qualquer tipo de reunião de ações sobre bens e interesses da recuperanda no juízo processante da recuperação judicial. Ao contrário da falência, em que o art. 76 da Lei n. 11.101/05 é expresso sobre a regra da indivisibilidade do juízo falimentar, concluiu-se inexistir a mesma regra para o juízo da recuperação judicial, bastando atentar para a dicção dos arts. 6º, 52, inciso III e 76, todos da Lei n. 11.101/05.

A doutrina empresarial, contudo, não possui um tratamento uniforme acerca da terminologia para tratar do efeito da atração ao juízo da falência das ações sobre bens e interesses da falida. Além disso, parte da doutrina empresarial, não percebendo as notáveis diferenças entre os regimes de competência processual na falência e na recuperação judicial, confere um tratamento uniforme a eles.

Tais fatos parecem ter ensejado o uso de uma nomenclatura por parte do STJ capaz de gerar conclusões equivocadas pelos operadores do direito. Isso porque parte da doutrina nomeia de juízo universal da falência, a característica de deslocar a competência de ações sobre bens e interesses da falida para o juízo falimentar. Já pela análise dos inúmeros julgados proferidos pelo STJ, pode-se concluir que, apesar do tribunal nomear, repetidas vezes, o juízo da recuperação judicial de universal, o faz apenas para atribuir ao juízo da recuperação judicial a competência de apreciar e decidir questões referentes à constrição e alienação dos bens da recuperanda. Como se vê, há um evidente problema de ordem terminológica entre doutrina e STJ: um mesmo termo (juízo universal) está sendo empregado para designar efeitos diversos.

Essa confusão de ordem terminológica acabou por criar dificuldades para os operadores do direito, haja vista a existência de pedidos efetuados dentro de um processo de recuperação visando obter a satisfação de um interesse que somente poderia ser objeto de apreciação em processo próprio.

Do citado efeito, não passou imune a Fazenda pública. Com a crise econômica vivida pelo país nos anos de 2015 a 2017, houve o aumento de recuperações judiciais, sendo que algumas dessas recuperações envolveram

16 EDcl no CC 101.552/AL, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/09/2018, DJe 17/09/2018

concessionárias de serviços públicos. Isso refletiu diretamente nos pedidos efetuados pelas recuperandas em face da Fazenda Pública dentro de processos de recuperação judicial.

As recuperandas talvez tenham empreendido dessa forma por perceber ser o juízo da recuperação o órgão judicial mais próximo da crise econômico-financeira da recuperanda, possuindo ele um viés mais alinhado com interesses da recuperanda, qual seja, o seu soerguimento empresarial. Contudo, para a competência processual, não basta a conexão material entre os feitos ou mesmo uma possível compreensão holística da situação econômico-financeira da recuperanda, deve haver necessariamente regra jurídica a determinar a conexão dos feitos. Como o regime jurídico da recuperação judicial veda essa conexão, impossível o juízo da recuperação judicial conhecer de pedidos alheios ao processo recuperacional, seja a parte contrária um ente privado, seja a Fazenda Pública.

REFERÊNCIAS

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALI, Cássio. *A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira. *A universalidade do Juízo da Recuperação Judicial*. São Paulo: Quartien Latin, 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 17 ed. São Paulo: Atlas. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Justino. *Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências Comentada*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; BORDA, Daniel Siqueira. Limites e possibilidades de empresas em recuperação judicial participarem de licitações públicas (Ecos do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg na Medida Cautelar 23.499/RS). *Revista de Direito Empresarial – RDEmp*, Belo Horizonte, ano 12, n. 1, p. 257-279, jan./abr. 2015.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*. v. 3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NORONHA, João Otávio de; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão. Comentários ao art. 6º. In: CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (Org). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas: Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v. 1, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

SALOMÃO, Luís Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. Teoria e Prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

STAJN, Rachel. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOMAZZETTI, Marlon. *Curso de Direito Comercial*. v. 3, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ZANINI, Carlos Klein. In: SOUZA JUNIOR, Francisco Sátiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). *Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CONTROLE JUDICIAL DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICADAS PELA ANATEL QUANTO À OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS APPLIED BY ANATEL (NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AGENCY) ON THE OBSERVANCE OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Igor Guimarães Pereira

Procurador Federal

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB e Especializado em Direito, Constituição e Estado pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central, JURPLAC. Possui pós-graduação em Direito Administrativo e em Direito Civil, pela Universidade Anhanguera-Uniderp

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controle judicial dos atos administrativos; 2 Controle judicial das sanções administrativas aplicadas pela Anatel quanto à observância do princípio da proporcionalidade; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho aborda o controle judicial em matéria de aplicação de sanções administrativas, em especial a perspectiva do Poder Judiciário quanto à incidência do princípio da proporcionalidade na dosimetria de multas aplicadas pela Agência Nacional de Telecomunicações.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial. Princípio da Proporcionalidade. Multas Administrativas.

ABSTRACT: This paper analyzes the judicial control in the application of administrative sanctions, especially the perspective of the Judiciary regarding the incidence of the principle of proportionality in the dosimetry of penalties applied by Anatel (National Telecommunications Agency).

KEYWORDS: Judicial Control. Administrative Sanctions. Principle of Proportionality.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal confere aos cidadãos o direito de levar à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal).

Em relação aos atos administrativos, o controle judicial realizado para os atos discricionários difere do realizado para os atos vinculados.

Ao praticar um ato vinculado, os cinco elementos do ato administrativo estão previstos na legislação (objeto, motivos, competência, finalidade e forma). Assim, o controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário abrange todos os elementos do ato administrativo.

Quanto aos atos discricionários, a legislação especifica o agente competente para a prática do ato, a finalidade e a forma do ato, porém, para o objeto e os motivos do ato administrativo, a legislação confere ao agente público a possibilidade de avaliar, sob a perspectiva do interesse público, se a prática do ato é conveniente e oportuna.

Nesses casos, o Judiciário tem a competência para realizar o controle de legalidade quanto à competência, à finalidade e à forma do ato. Em relação ao objeto e os motivos do ato administrativo discricionário, o Poder Judiciário não pode revalorar o contexto da prática do ato administrativo e substituir a Administração Pública escolhendo opção diversa da realizada pelo agente público.

Cabe salientar, todavia, que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são de observância obrigatória na prática de atos administrativos discricionários e compete ao Poder Judiciário, quando provocado por meio de ações judiciais, a verificação acerca da observância ou não desses princípios, devendo anular os atos administrativos que os violam.

Nesse contexto, a dosimetria das sanções administrativas no setor de telecomunicações, que consiste num espaço de discricionariedade do agente público competente para aplicação da sanção, corresponde a um aspecto do ato administrativo que se sujeita aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No presente trabalho, será abordada a atuação do Poder Judiciário nos casos em que tem sido provocado para realizar, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o controle judicial das sanções administrativas aplicadas pela Anatel.

1 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Nos países onde se adota o sistema de jurisdição única, o Poder Judiciário tem competência para decidir acerca da legalidade dos atos

administrativos (controle jurisdicional dos atos administrativos). No Brasil, a adoção desse sistema se encontra consolidada no inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal.

Dessa forma, uma vez editado um ato administrativo, o particular afetado pelo ato poderá ajuizar uma ação visando à anulação do ato pelo Poder Judiciário.

Os atos administrativos apresentam cinco elementos: objeto, motivos, competência, finalidade e forma.

Os atos administrativos podem ser vinculados ou discricionários. Os atos vinculados são aqueles para os quais a lei já delimitou precisamente em que situação o agente público expedirá o ato e quais serão os efeitos desse ato. Nesse caso, não há qualquer margem de liberdade pelo agente público quanto à expedição do ato.

Por outro lado, para a realização dos atos administrativos discricionários, a lei confere aos agentes públicos a possibilidade de avaliar se, sob a perspectiva do interesse público, a prática do ato é conveniente e oportuna. Essa avaliação acerca da conveniência e oportunidade do ato administrativo, denominada de mérito do ato administrativo, incide quanto aos elementos “objeto” e “motivos” do ato administrativo.

Em relação aos atos administrativos discricionários, o agente público pode avaliar se a situação concreta (motivos) justifica ou não a prática do ato, e, em caso positivo, definir quais serão os efeitos do ato praticado (objeto). Quanto à forma, à finalidade e à competência, esses elementos devem estar definidos na legislação, tal como ocorre com os atos administrativos vinculados.

No controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, o Poder Judiciário avalia se o agente público é competente para editar o ato, se a forma exigida em lei para a edição do ato foi observada e se o ato foi praticado com a finalidade estabelecida na lei.

Quanto ao objeto e ao motivo do ato administrativo, o Poder Judiciário exerce um controle diferente do realizado para os demais elementos desse tipo de ato.

O Poder Judiciário não pode substituir a Administração Pública na valoração do mérito do ato administrativo, sob pena de ocorrer indevida intromissão do Poder Judiciário no âmbito da competência de outros Poderes, o que contraria o próprio postulado da separação dos Poderes.

Cabe salientar, todavia, que a discricionariedade administrativa encontra limite no dever de observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo que está sujeita ao controle judicial a verificação da observância desses princípios. Nesse sentido, vejam-se as lições de Lucas Rocha Furtado:

O princípio da razoabilidade foi construído pelo Direito Administrativo – e não pelo Direito Constitucional como certamente desejariam alguns constitucionalistas – para controlar a legitimidade dos atos administrativos. A razoabilidade se apresenta como mecanismo de controle da discricionariedade administrativa e pode ser representada pela seguinte expressão: adequação entre meios e fins.

É possível que a lei administrativa, considerada em tese, apresente ampla liberdade ao gestor. O processo de interpretação e aplicação, que parte da norma em tese, e que resulta na construção da norma do caso, aquela que será aplicada à situação concreta e que apresenta a solução normativa a ser adotada, deve considerar todas as particularidades do caso que reclama solução. Esse processo de construção da norma do caso, que parte da norma em abstrato, resulta invariavelmente em restrição da discricionariedade administrativa. (FURTADO, 2016, p.102).

Acerca da origem do princípio da proporcionalidade¹, cumpre destacar as lições do Ministro Luís Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão. [...] O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. [...] Por intermédio da cláusula do devido processo legal passou-se a proceder ao exame de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality) das leis e dos atos normativos em geral no direito norte-americano.

Como visto, a razoabilidade surge, nos Estados Unidos, como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o judicial review (controle de constitucionalidade). Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. [...]

1 Para o escopo do presente trabalho, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade serão tratados como sinônimos, conforme entendimento de parte da doutrina administrativista, a exemplo de Luis Roberto Barroso (2018, PP.293-296).

Na Alemanha, a exemplo dos Estados Unidos, subjacente ao princípio da proporcionalidade estava a ideia de uma relação racional entre os meios e os fins, tanto na sua aplicação à esfera legislativa quanto na administrativa. [...] Foi na jurisprudência alemã que se dividiu o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Em suma: a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do common law, através de precedentes sucessivos, se maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte disso, deve-se registrar que o princípio, nos estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimentos diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior metodológico ou prático na distinção. (BARROSO, 2015, p. 293-296)

De acordo com Uadi Lammego Bulos (Bulos, 2014, p. 692), a primeira vez que a razoabilidade foi mencionada no Supremo Tribunal Federal foi em 1953, no RE 18.331, sob a relatoria do Ministro Orozimbo Nonato. A partir da Constituição de 1988, o Judiciário intensificou a utilização do princípio.

Contemporaneamente, portanto, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando a noção de proporcionalidade, a exemplo do Tribunal Constitucional Alemão, de acordo com os seus três aspectos essenciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O Ministro Gilmar Mendes, em obra conjunta com Paulo Gustavo Gonet Branco, explica esses contornos:

O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos

pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechthin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), “fundamentalmente inadequado” (*grundsätzlich ungeeignet*), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefordert werden kann*). O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz. Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 227)

Em suma, o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: a) adequação (o meio adotado na prática do ato administrativo deve ser apto para o alcance da finalidade pretendida); b) necessidade (o meio escolhido deve ser o menos gravoso possível para a consecução dos

fins almejados); e c) proporcionalidade em sentido estrito (os ônus e bônus do ato administrativo devem ser ponderados).

Nessa perspectiva, a análise do Poder Judiciário quanto aos motivos e ao objeto dos atos administrativos discricionários, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, avalia se há congruência entre os fins e os meios dos atos administrativos.

Em termos de normas de estatura constitucional, entende-se que o princípio da proporcionalidade é um princípio implícito da Constituição Federal de 1988, o qual deriva do princípio do devido processo legal e se encontra previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal.

Em sua dimensão processual, o princípio do devido processo legal traduz o conjunto de garantias que devem ser conferidas aos litigantes, para que o processo ocorra de forma adequada e produza, ao final, um ato (judicial ou administrativo) que seja válido. Dentre essas garantias, podem ser citadas, como exemplos, o direito à citação, à ampla defesa, à imparcialidade do julgador.

Por outro lado, em sua dimensão material, o princípio do devido processo legal exige que o conteúdo da decisão proferida no processo seja razoável e proporcional, de modo que é possível falar que o princípio da proporcionalidade é princípio constitucional implícito que deriva do princípio expresso do devido processo legal².

Em termos de legislação infraconstitucional, cumpre destacar que a Lei n. 9.784, de 1999, que cuida do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, previu que a Administração Pública deverá obedecer, dentre outros, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º):

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

Além da previsão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no caput do art. 2º, chama atenção a previsão do inciso VI do dispositivo,

² Cumpre registrar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p.115) segundo o qual o princípio da proporcionalidade tem fundamento no art. 37, no inciso II do art. 5º e no inciso IV do art. 84, todos da Constituição Federal.

a qual traduz a essência do princípio da proporcionalidade, ao exigir que haja adequação entre meios e fins, de modo que a imposição de obrigações, restrições e sanções devem seguir as medidas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

No âmbito do setor de telecomunicações, o princípio da proporcionalidade encontra previsão no art. 38 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), sendo que a essência do conteúdo desse princípio consta de diversos dispositivos da Lei³:

Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

Observa-se, assim, que a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel está sujeita ao princípio da proporcionalidade.

2 CONTROLE JUDICIAL DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICADAS PELA ANATEL QUANTO À OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O ato administrativo de aplicar sanções em decorrência de infrações administrativas, tal como os demais atos administrativos, está sujeito a controle judicial para verificar a validade do ato.

Quanto à competência, à finalidade e à forma, o ato administrativo de aplicação de sanção deve observar as exigências previstas na legislação e na regulamentação afetas a esses três aspectos.

Em relação ao motivo do ato administrativo de aplicação de sanção, este consiste no fato infracional classificado dessa forma pela legislação ou pela regulamentação, de modo que o Poder Judiciário, uma vez provocado, também poderá efetuar controle judicial quanto ao motivo do ato sancionador (verificação acerca da ocorrência ou não do fato infracional à luz da legislação ou regulamentação).

Acerca do objeto (ou conteúdo) do ato administrativo sancionador, há dois grupos de situações que merecem ser explanadas. Por um lado, há o grupo de situações em que a sanção aplicável ao fato infracional já foi completamente detalhada pela legislação ou regulamentação, como ocorre com grande parte das infrações de trânsito, a exemplo das infrações previstas nos arts. 218 e 258 do Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997):

3 A essência do princípio da proporcionalidade também se encontra nos arts. 128, 135 e 179 da Lei nº 9.472, de 1997.

Art. 218. Transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, em rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias: (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

I - quando a velocidade for superior à máxima em até 20% (vinte por cento): (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

Infração - média; (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

Penalidade - multa; (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

II - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 20% (vinte por cento) até 50% (cinquenta por cento): (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

Infração - grave; (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

Penalidade - multa; (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

III - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 50% (cinquenta por cento): (Incluído pela Lei nº 11.334, de 2006)

Infração - gravíssima; (Incluído pela Lei nº 11.334, de 2006)

Penalidade - multa [3 (três vezes)], suspensão imediata do direito de dirigir e apreensão do documento de habilitação. (Incluído pela Lei nº 11.334, de 2006)

Art. 258. As infrações punidas com multa classificam-se, de acordo com sua gravidade, em quatro categorias:

I - infração de natureza gravíssima, punida com multa no valor de R\$ 293,47 (duzentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos); (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

II - infração de natureza grave, punida com multa no valor de R\$ 195,23 (cento e noventa e cinco reais e vinte e três centavos); (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

III - infração de natureza média, punida com multa no valor de R\$ 130,16 (cento e trinta reais e dezesseis centavos); (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

IV - infração de natureza leve, punida com multa no valor de R\$ 88,38 (oitenta e oito reais e trinta e oito centavos). (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

§ 2º Quando se tratar de multa agravada, o fator multiplicador ou índice adicional específico é o previsto neste Código.

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

A lógica adotada no Código Brasileiro de Trânsito é a de estabelecer os fatos infracionais, identificando as condutas tidas como infrações administrativas, classificar esses fatos infracionais em tipos de infrações (leve, média, grave e gravíssima) e estabelecer a sanção aplicável, especificando inclusive o valor da multa, para cada infração.

No exemplo mencionado acima, nota-se que os casos de veículo transitar com velocidade superior à permitida foram classificados como infrações de natureza média, grave e gravíssima, em conformidade com a dimensão da proporção entre o excesso de velocidade apurado em comparação com a velocidade permitida na via. Para cada um desses três tipos de infrações, a legislação previu um valor de multa específico.

Nesse modelo em que a legislação estabelece o valor de multa para cada infração, uma vez aplicada a multa pela Administração Pública, é possível que o administrado (autuado) ajuíze ação para questionar se a multa foi a prevista na legislação para aquele fato infracional, cabendo ao Poder Judiciário decidir se a legislação foi observada ou não e, por conseguinte, decidir se a multa deve ser mantida ou invalidada.

Por outro lado, há o modelo, adotado no setor de telecomunicações, em que nem a legislação nem a regulamentação estabelecem especificamente o valor da multa aplicada para cada infração administrativa.

Nesse sentido, o art. 176 da Lei nº 9.472, de 1997, prevê diretrizes a serem observadas na aplicação de sanções administrativas (em geral, inclusive na aplicação de multa) e o art. 179 indica aspectos a serem considerados na aplicação de sanção de multa administrativa.

Art. 176. Na aplicação de sanções, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica.

Parágrafo único. Entende-se por reincidência específica a repetição de falta de igual natureza após o recebimento de notificação anterior.

Art. 179. A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ser superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para cada infração cometida.

§ 1º Na aplicação de multa serão considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

§ 2º A imposição, a prestadora de serviço de telecomunicações, de multa decorrente de infração da ordem econômica, observará os limites previstos na legislação específica.

Além disso, a configuração de uma infração administrativa ocorre quando há o descumprimento de qualquer norma aplicável ao setor, seja ela prevista em Lei, Regulamento editado pela Anatel, contrato de concessão ou termo de autorização, conforme art. 173 da Lei nº 9.472, de 1997:

Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal: (Vide Lei nº 11.974, de 2009)

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V - declaração de inidoneidade.

Pela leitura desses dispositivos, observa-se que o legislador estabeleceu que cabe à Anatel, ao aplicar uma multa administrativa, entre outros critérios (art. 176 da Lei nº 9.472, de 1997), considerar a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção. A Lei previu ainda um valor máximo para as multas da Agência, as quais não podem superar R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), o que demonstra a ampla discricionariedade que o legislador conferiu à Agência, num regime substancialmente diferente daquele definido, por exemplo, para as multas de trânsito.

A Anatel, por meio do Regulamento de Sanções Administrativas - RASA aprovado pela Resolução nº 589, de 7, de maio de 2012, estabeleceu um modelo de classificação de infrações em leve, média e grave, conforme diversos aspectos das infrações administrativas previstos no art. 9º:

Art. 9º As infrações são classificadas, segundo sua natureza e gravidade, em:

I - leve;

II - média; e

III - grave.

§ 1º A infração deve ser considerada leve quando não verificada nenhuma das hipóteses relacionadas nos §§ 2º ou 3º deste artigo.

§ 2º A infração deve ser considerada média quando verificada uma das seguintes hipóteses, desde que inexistam elementos que justifiquem o seu enquadramento como grave:

I - violação a direitos dos usuários;

II - violação a normas de proteção à competição;

III - violação a dispositivo normativo ou contratual que tenha por objetivo a proteção a bens reversíveis; e

IV - ter o infrator auferido, indiretamente, vantagem em decorrência da infração cometida.

§ 3º A infração deve ser considerada grave quando verificada uma das seguintes hipóteses:

I - ter o infrator agido de má-fé, consoante os parâmetros previstos no art. 7º deste Regulamento;

II - ter o infrator auferido, diretamente, vantagem em decorrência da infração cometida;

III - quando atingido número significativo de usuários;

IV - quando seus efeitos representarem risco à vida;

V - impedir o usuário efetivo ou potencial de utilizar o serviço de telecomunicações, sem fundamentação regulamentar;

VI - opor resistência injustificada ao andamento de fiscalização ou à execução de decisão da Agência; e

VII - descumprimento de obrigações de universalização.

VIII - uso não autorizado de radiofrequências; (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

IX - uso irregular de radiofrequências em faixa ou canal diverso do autorizado; (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

X - uso irregular de radiofrequências, faixa ou canal de radiofrequências que tenha reconhecidamente causado interferência em sistemas de radiocomunicação regularmente autorizados pela Anatel; (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

XI - uso não autorizado ou irregular de radiofrequências, faixa ou canal de radiofrequências reservados preferencialmente para órgãos de segurança pública ou serviços de emergência e salvamento; (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

XII - uso não autorizado ou irregular de radiofrequência, faixa ou canal de radiofrequências em faixas destinadas a fins exclusivamente militares; e (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

XIII - uso não autorizado ou irregular de radiofrequências em faixas atribuídas aos seguintes serviços de radiocomunicação: radionavegação, radiolocalização, radioastronomia e pesquisa espacial. (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

XIV - comercializar produtos nos Mercados Relevantes de Atacado sem que a operação de oferta e demanda esteja registrada na Base de Dados de Atacado e sem que seja feita por meio do Sistema de Negociação de Ofertas de Atacado, quando exigido pela regulamentação, incluindo aquelas solicitações efetuadas por Prestadora pertencente ao Grupo com PMS, conforme previsto no § 6º do art. 15 do Anexo IV ao Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012. (Incluído pela Resolução nº 694, de 17 de julho de 2018)

No artigo seguinte⁴, o Regulamento prevê os aspectos que devem ser considerados na definição da sanção que será aplicada no caso concreto, sendo a classificação da infração em leve, média e grave um desses aspectos.

O Regulamento previu, ainda, como anexo uma parametrização dos valores mínimos e máximos de multa por infração, considerando a classificação da infração em leve, média e grave e a capacidade econômica da pessoa jurídica infratora (porte da empresa).

Dessa forma, analisando o conjunto das disposições do Regulamento citadas acima, observa-se que, classificada a infração em leve, média e grave, conforme os aspectos previstos nos incisos do art. 9º, deve-se avaliar qual sanção será aplicável para aquela infração administrativa, seguindo as diretrizes do art. 10. Uma vez definido que será aplicável a sanção de multa, cabe avaliar a capacidade econômica da pessoa jurídica infratora, a partir dos patamares previstos no item 1 do Anexo do Regulamento⁵.

Assim, com as informações acerca da classificação da infração e da capacidade econômica da pessoa jurídica infratora, é possível identificar qual o valor mínimo e máximo de multa para aquela infração, considerando os parâmetros do Anexo do Regulamento.

O Regulamento, portanto, não previu qual é o valor de multa para cada tipo de infração, mas atribuiu à autoridade competente uma margem de discricionariedade para a aplicação da sanção de multa, prevendo o valor mínimo e o máximo da multa para as infrações leves, médias e graves, de acordo com a capacidade econômica da pessoa jurídica infratora.

4 Art. 10. Na definição da sanção devem ser considerados os seguintes parâmetros e critérios:

I - a classificação da infração;

II - os danos resultantes para o serviço e para os usuários efetivos ou potenciais;

III - as circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme definições dos arts. 19 e 20 deste regulamento;

IV - os antecedentes do infrator;

V - a reincidência específica;

VI - o serviço explorado;

VII - a abrangência dos interesses a que o serviço atende;

VIII - o regime jurídico de exploração do serviço;

IX - a situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio;

X - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; e

XI - o vulto da vantagem auferida, direta ou indiretamente, pelo infrator.

Parágrafo único. O mesmo registro de sanção não pode ser utilizado como reincidência e antecedente na aplicação **da sanção**.

5 A título de exemplo, veja-se uma das tabelas que compõem o Anexo do Regulamento de Sanções e especifica patamares mínimos e máximos de multas para prestadoras de serviços de telecomunicações de grande porte.

GRUPO 1 – GRANDE

GRADUAÇÃO	VALOR (em R\$)
Leve	de 1.200,00 até 12.000.000,00
Média	de 2.500,00 até 25.000.000,00
Grave	de 5.000,00 até 50.000.000,00

Dessa forma, na aplicação da sanção de multa, uma vez observados os patamares mínimos e máximos estabelecidos no Regulamento, cabe ao agente público competente para a aplicação de sanção definir o valor da multa e apresentar a devida motivação para tanto, à luz dos critérios previstos no art. 10 do Regulamento.

Nesse contexto, com o objetivo de evitar aplicações de multas mediante decisões casuísticas, que poderiam até mesmo chegar a conclusões distintas para casos idênticos, o que violaria o princípio da isonomia, os agentes públicos da Anatel competentes para aplicação de sanções deram início à criação de metodologias de cálculos de multa, que consistem em fórmulas matemáticas criadas para calcular a multa que deve ser aplicada a um caso concreto, considerando os critérios dos arts. 176 e 179 da LGT, para aferir a gravidade da infração administrativa apurada no processo.

De modo geral, as metodologias utilizadas no âmbito da Anatel buscam dimensionar o dano causado pelas infrações apuradas (número de usuários atingidos, de estações não licenciadas, de interrupções de serviços, proporção de atingimento de metas de qualidade), bem como a condição econômica do infrator (receita operacional líquida – art. 17, §1º, do RASA).

Nesse sentido, o art. 39 do Regulamento de Sanções Administrativas prevê que a Anatel, por meio de Portaria do Conselho Diretor, poderá definir metodologias que orientarão o cálculo do valor base das sanções de multa.

A criação de metodologias pela Anatel objetiva, então, uniformizar, entre suas áreas técnicas, fórmulas de cálculos para a aplicação de sanções de multa, as quais consistem num instrumento útil para que as multas calculadas mediante aplicação das metodologias sejam proporcionais à gravidade da infração e haja publicidade quanto à motivação dos cálculos das multas.

Vale salientar que a Agência não está obrigada a criar fórmula matemática para calcular as multas referentes a qualquer tipo de infração. Na aplicação de sanção de multa e no respectivo cálculo do seu valor, ela está vinculada, em primeiro lugar, aos critérios definidos nos arts. 173 a 179 da LGT e no RASA, entre os quais se destaca o dever de a multa ser proporcional à gravidade da infração.

Ou seja, a Agência tem a prerrogativa de aplicar multas considerando discricionariamente os critérios da LGT e do RASA em cada caso concreto submetido ao seu poder sancionador, formando, a partir daí, uma “jurisprudência” sobre o tema, sem a utilização de qualquer fórmula de cálculo preestabelecida, desde que a decisão de aplicação da sanção seja devidamente motivada e proporcional à gravidade da infração. Logo, não

há que se falar em rigidez na aplicação de determinada metodologia, uma vez que a sua própria utilização não é exigível.

A título de exemplo, vale lembrar que, no âmbito do Direito Penal, a fixação da pena pelo juiz, observadas a pena mínima e a pena máxima do respectivo tipo penal, deve considerar diversos critérios previstos no art. 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, comportamento da vítima).

Se um juiz de uma vara criminal quiser adotar uma fórmula matemática para valorar esses critérios, não há ilegalidade, porém, o fato de ele valorar tais critérios de forma descritiva (sem fórmula matemática), não comina de nulidade a sentença penal condenatória.

Assim, a Anatel também não está impedida de, visando ao estabelecimento de padrões mínimos, criar fórmulas matemáticas destinadas ao cálculo das sanções de multa aplicáveis pela prática de determinadas infrações, como uma forma de facilitar a valoração dos critérios previstos no art. 176 e 179 da Lei nº 9.472, de 1997, e, assim, uniformizar e tornar transparente e controlável a dosimetria da sanção. Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente judicial:

Decisão

Cuida-se pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação interposta pela empresa CLARO S.A. contra sentença proferida nos autos da ação declaratória com pedido de antecipação de tutela nº 61115-17.2015.4.01.3400 por ela ajuizada contra a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Afirma a requerente que ajuizou a referida ação impugnando multa imposta pela ANATEL no valor de R\$ 993.085,49 (novecentos e noventa e três mil, oitenta e cinco reais e quarenta e nove centavos) e, tendo garantido o juízo por meio de seguro-garantia, obteve liminar para suspender a exigibilidade da dívida. [...] A sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal possui, em síntese, os seguintes fundamentos (cito):

[...] Ora, todos os componentes acima foram amplamente considerados pela ANATEL em seu procedimento, havendo, inclusive, referência a cada um deles nos anexos dos informes do PADO em comento. O Informe n. 286/2014 e seus Anexos II e III (fls. 265-288), por exemplo, discorrem sobre toda a natureza e a gravidade da infração aplicada à parte autora. Não há, portanto, o menor fundamento em se pretender ofensa à legalidade na atuação da ANATEL no exercício de sua atividade fiscalizadora. [...]

Evidencia-se, portanto, que a Anatel logrou demonstrar o cuidado com a proporcionalidade na fixação da multa. De outro lado, a parte autora questiona genericamente os critérios adotados, esquecendo-se que a metodologia da Anatel cuida justamente de apontar raciocínio lógico que busca a parcimônia entre a conduta e a sanção, ou seja, objetiva-se materializar os princípios que norteiam a aplicação das penalidades administrativas, possibilitando a tradução da penalidade em seu mais legítimo caráter educativo e repreensivo. Resta claro, portanto, que a parte autora, em longa petição inicial, não apontou qualquer violação concreta à lei, ao Contrato de Concessão ou aos regulamentos da Anatel na apuração da multa aplicada, o que revela, em verdade, não a alegada desproporcionalidade ou ilegalidade, mas mero inconformismo, em que pese a aplicação da multa seja permitida e válida no ordenamento jurídico vigente. (fls. 133/143 dos autos digitais) [...] No caso, observo que o seguro garantia juntado aos autos no valor de R\$ 1.551.765,68 (um milhão, quinhentos e cinquenta e um mil, setecentos e sessenta e cinco reais e sessenta e oito centavos) atende aos requisitos legais e possui validade até o dia 20/10/2020 (fls. 85/87 dos autos digitais). [...] Após a manifestação da ANATEL reavaliarei a presente decisão. Intime-se, com urgência, a ANATEL. Comunique-se ao juízo a quo o teor desta decisão. Publique-se. Brasília, 20 de outubro de 2016. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES

(Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação 00612951420164010000, rel. Des. Néviton Guedes, data da decisão 20/10/2016, data da publicação 25/10/2016)

Nesse precedente, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região ao afastar a alegação de desproporcionalidade da multa aplicada pela Anatel⁶, reconheceu na metodologia adotada pela Anatel como um instrumento que incorpora o princípio da proporcionalidade, ao buscar a parcimônia entre conduta e sanção.

Em que pese o objetivo da definição de uma metodologia de cálculo de multa seja encontrar valores de multas proporcionais às gravidades das infrações praticadas, é possível que, na aplicação de um metodologia, em decorrência de alguma especificidade do caso concreto que implique a inadequação da fórmula matemática para aquela situação, a autoridade

6 Cumprir registrar que é relativamente comum, em processos judiciais nos quais o autor requer a anulação de multa aplicada pela Anatel, a violação a desproporcionalidade da multa ser alegada de forma exclusivamente retórica, sem argumentos e provas que possam levar o Judiciário a concluir que aquela multa, aplicada naquele caso concreto, teria observado ou não o princípio da proporcionalidade.

administrativa se depare com um valor de multa insuficiente ou exagerado para punir aquela infração.

O próprio Regulamento de Sanções Administrativas dispõe, no seu art. 39, que as metodologias servirão apenas para orientar o cálculo do valor base das sanções, deixando claro que não se trata de aplicação cogente e às cegas. Por óbvio que o uso das metodologias, instrumentos infralegais, não tem o condão de dispensar a Anatel de cumprir o princípio da proporcionalidade, de status constitucional e legal. Daí que o próprio Regulamento, nos seus arts. 18, §4º, e 39, §3º, autoriza – e nem precisaria de autorização expressa nesse sentido –, o afastamento excepcional de metodologias caso da sua aplicação tenha resultado um valor que não atenda, no caso concreto, o princípio da proporcionalidade.

Em razão disso, cabe ao administrador o aprimoramento e o controle da sua atividade sancionadora, de forma que sua incidência seja a mais transparente e objetiva possível, no tocante à atuação administrativa. Trata-se do emprego da fórmula matemática da própria valoração (discricionariedade) que compete ao agente público responsável pela aplicação da sanção, no sentido de avaliar qual é a dimensão da gravidade da infração administrativa apurada e quanto é a multa que deve ser aplicada no caso concreto, considerando a proporcionalidade entre a sanção e a gravidade da infração.

A existência de metodologia amplia a transparência da atuação da Agência e possibilita o maior controle dos atos da Administração, no tocante a um aspecto em que se apresenta clara discricionariedade por parte da Administração Pública (dosimetria da sanção administrativa).

A dosimetria da sanção administrativa, todavia, não está completamente afastada do controle judicial dos atos sancionadores da Administração Pública. Uma das principais formas de o Poder Judiciário avaliar a legalidade de atos administrativos discricionários é a verificação da observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e essa perspectiva se aplica também quanto à dosimetria de sanções administrativas.

No âmbito do setor de telecomunicações, a litigiosidade judicial é notória, haja vista a divergência de interesses entre a Anatel, que busca garantir por meio das sanções administrativas (inclusive a de multa), o cumprimento da regulamentação, e as prestadoras de serviços de telecomunicações de grande porte, que, na condição de agentes econômicos, visam explorar a atividade alcançando a maior lucratividade possível e, por conseguinte, buscam evitar o dispêndio de recursos para pagamento de multas administrativas, valendo-se do ajuizamento de ações judiciais, para tanto.

Nesse contexto, após o curso dos processos administrativos no âmbito da Anatel, é comum que as mesmas questões detalhadamente debatidas nos processos administrativos sejam novamente debatidas, no curso de um processo judicial ajuizado pela prestadora.

Assim, é de extrema importância avaliar como o Judiciário tem aplicado o princípio da proporcionalidade nos processos judiciais que tratam de sanções aplicadas pela Anatel, uma vez que eventual anulação de sanção administrativa aplicada pela Anatel retira toda a efetividade (função pedagógica de estímulo ao cumprimento da regulamentação) visada no processo administrativo.

Nessa perspectiva, vejam-se alguns precedentes judiciais em que se aplicou o princípio da proporcionalidade para anular determinações ou atos sancionadores da Anatel:

ADMINISTRATIVO. MULTA. ANATEL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE CULPA DO USUÁRIO. ANULAÇÃO. 1. Multa aplicada pela ANATEL por ter o particular praticado conduta que se amolda ao art. 55, V, “b”, da Resolução nº 242/00.

2. Embora a conduta do apelado se amolde formalmente ao dispositivo da resolução editada pela Agência Reguladora, a aplicação da sanção pelo descumprimento das obrigações administrativas deve respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.472/97, bem como levar em consideração o elemento subjetivo da conduta praticada pelo particular.

3 . Apelação não provida.

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Vice-presidência, Rel. Des. Edna Carvalho Kleemann, AC 00011271920124025154, Data da decisão 14/01/2016, Data da publicação 19/01/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CAUTELAR – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL) – PODER DE POLÍCIA – CANAL DE TELEVISÃO COMUNITÁRIO – SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE INTERRUÇÃO DO SINAL DE TV – POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR AO MÉRITO ADMINISTRATIVO – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO DA ANATEL IMPROVIDO.

I – [...]

IV - Ora, não existe a menor dúvida de que a ANATEL, constituída na forma de Autarquia de Regime Especial, tem a prerrogativa de se valer do Poder de Polícia conferido à Administração Pública em geral para atingir efetivamente o seu escopo de fiscalizar e coibir infrações cometidas em ofensa às regras pertinentes ao serviço de telecomunicações, a teor do precitado art. 19, da Lei n.º 9.472/97.

V - A impossibilidade do Poder Judiciário de se imiscuir no mérito administrativo encontra-se, na atual dogmática do Direito Administrativo, um tanto rarefeito, haja vista algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Diante desta nova realidade, podemos dizer que princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais os da razoabilidade, da moralidade e da eficiência, têm permeado e possibilitado ao Judiciário adentrar no mérito administrativo, o que deve ser feito de forma excepcional, ou seja, diante da certeza da manifesta irrazoabilidade ou inobservância da aplicação das normas que regem os atos administrativos.

VI - Entendo, na esteira da decisão interlocutória, que a imposição de penalidade mais grave (interrupção da veiculação do canal), quando da existência de outra menos gravosa (multa, por exemplo) e suficiente para se atender, ao menos em tese, ao fim que se destina, vai de encontro ao princípio da proporcionalidade (subprincípio da necessidade), que impõe ao Poder Público a verificação da existência de meio menos gravoso para atingimento dos fins colimados.

VII - Por outro lado, o custo-benefício, que é a ponderação entre os danos causados e os resultados obtidos, tem que se pautar em uma justificável interferência na esfera alheia, o que não se verifica no caso, pois não é minimamente admissível impedir aos munícipes de Nova Friburgo o acesso aos programas culturais somente pelo fato da TVC 6 estar veiculando comerciais, seria como, mal comparando, curar a doença, matando o doente.

VIII – Recurso da ANATEL improvido.

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, 7ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Reis Friede, Agravo de Instrumento em ação cautelar, processo n.º 2007.02.012914-7, Data de decisão 02/07/2008, Data de disponibilização 09/07/2008)

O Poder Judiciário também tem verificado o atendimento ao princípio da proporcionalidade na aplicação de sanções por outras autarquias. Nesse sentido, vejam-se os precedentes:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEL - ANP. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE REVENDEDOR VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL AUTOMOTIVO SEM O PRÉVIO REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE. MULTA EXCESSIVA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NÃO APLICADA. REDUÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE.

I. Trata-se de apelação interposta contra sentença que, confirmando o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, julgou improcedentes os pedidos consistentes na anulação do auto de infração nº 66908/2003, lavrado contra a apelada, que deu origem a multa aplicada no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por estar praticando a revenda de combustíveis de forma provisória logo após o requerimento do registro na ANP.

II. [...]]

V. Assiste razão, em parte, à recorrente. Como bem argumentou a multa deve ser aplicada com observância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade. No caso dos autos em que a penalidade pecuniária aplicada pelo órgão fiscalizador à apelante, se deu em razão da inexistência de registro (autorização) da ANP, não se mostra razoável e proporcional a multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com a gravidade da infração constatada, cabendo a sua redução pelo Poder Judiciário quando se mostrar excessiva.

VI. Neste sentido esta egrégia Corte já decidiu que deve a multa ser aplicada com razoabilidade e proporcionalidade, cabendo a sua redução pelo Poder Judiciário quando se mostrar excessiva.

Precedente: (TRF5ª, AC552036/PE, Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, Segunda Turma, DJE: 07/03/2013 - Página 204).

VII. Apelação parcialmente provida, apenas para reduzir o valor da multa ao montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

(Tribunal Regional Federal da Quinta Região, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, Ac 200981000028355 – AC – Apelação Cível – 486721, Data da decisão 19/05/2015, publicada no DJE DE 25/05/2015, p. 26)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO – INMETRO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE COMPOSIÇÃO TÊXTIL – VÍCIO DE FORMA DO ATO ADMINISTRATIVO PUNITIVO – NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - INSUBSISTÊNCIA DAS PENALIDADES – OBSTÁCULO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL.

1 - Incumbe ao Poder Público demonstrar a legalidade material de seus atos, sob pena de ofensa ao devido processo legal substancial.

2 - Embora não haja necessidade de menção no auto de infração da relação das penalidades, na medida em que o autuado se defende não da capitulação legal, mas dos fatos que lhe são imputados, é essencial, para a regularidade do procedimento, que haja exposição minuciosa dos fatos.

3 - Não havendo qualquer demonstração de que a autarquia tenha envidado esforços no sentido de orientar a autora, considerando as peculiaridades do caso, ou verificar a realidade dos fatos narrados no auto de infração, tem-se por ofendido o devido processo legal substancial, que, no caso, se materializaria por meio da ação efetiva do Poder Público para comprovar a adequação de seus atos.

4 - Abstraindo-se do aspecto de que inexistiu a infração, cabe ressaltar que a penalidade aplicada foi excessiva, fugindo ao princípio da razoabilidade, pois, a fixação do valor da multa supera em muito o valor cobrado pela confecção das duas calças, não tendo a autoridade competente levado em consideração os parâmetros estabelecidos no § 1º do art. 9º da Lei nº 9.933/99, ou seja, a vantagem auferida, a condição econômica e antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor.

5- Apelação e remessa improvidas.

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Apelação Cível 00143944920024020000, rel. Frederico Gueiros, data da decisão 06/07/2009, data da publicação 14/07/2009)

Por outro lado, cumpre destacar que a Anatel tem sido vencedora na grande maioria dos processos judiciais que discutem se as multas da Agência observam o princípio da proporcionalidade. A título exemplificativo, vejam-se os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. TELEFONIA. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES ANATEL. LEI Nº 9.472/92. RESOLUÇÃO Nº 344/2003. PODER DE POLÍCIA. REGULAMENTO DE INDICADORES DE QUALIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. Trata-se de apelação interposta pela TELEMAR NORTE LESTE S/A, nos autos da ação ordinária ajuizada em face da AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES ANATEL, a qual objetiva seja declarada a inexigibilidade das multas administrativas impostas pela Autarquia ré [...]

2. O pedido foi julgado improcedente, sob a fundamentação de que o poder de polícia conferido à ANATEL não afronta ao princípio da legalidade estrita; e que a multa aplicada respeita os limites do contrato e da legislação pertinente, não a considerando desproporcional, tendo em vista o porte da Autora, bem como as irregularidades elencadas no Auto de Infração (fls. 176/177).

3. A sentença merece ser mantida, na medida em que, a uma, a ANATEL, constituída na forma de Autarquia de Regime Especial, tem a prerrogativa de se valer do Poder de Polícia, e estabelecer as regras que devam ser cumpridas pelos concessionários de serviços de telecomunicações, coibindo as infrações cometidas com a aplicação de sanções, conforme disposto no artigo 173, da Lei nº 9.472/92, não tendo, desta forma, a Resolução nº 344/2003, que regulamenta a aplicação de sanções administrativas, ultrapassado os limites legais para regulamentar a matéria artigo 22, IV, da mencionada lei; e a duas, no tocante à multa de R\$ 5.463.548,36 (cinco milhões, quatrocentos e sessenta e três mil, quinhentos e quarenta e oito reais e trinta e seis centavos), a mesma encontrasse dentro dos limites previstos na cláusula 26.1 do Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado Modalidade Local (fls. 91), da pena máxima prevista no art. 179, da Lei nº 9.472/92, e dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade; mais ainda considerando-se, como bem ressaltado pelo Juízo a quo, o porte da Autora, e que as 16 irregularidades elencadas no Auto de Infração (fls. 176/177) alcançam grande

número de usuários, não ocorrendo, d.m.v., violação ao artigo 38 da mencionada lei.

4. Recurso desprovido.

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Rel. Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, AC 201051010126100, Data da Decisão 11/04/2012, Data da Publicação 18/04/2012)

ADMINISTRATIVO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO COMUTADO. MULTA. PREVISÃO LEGAL E CONTRATUAL. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

A multa aplicada possui previsão legal e contratual. Os elementos mencionados no Informe 385 são extraídos de dados concretos e objetivos, motivo pelo qual são facilmente identificáveis e compreensíveis. Tais critérios afiguram-se razoáveis e proporcionais, na medida em que buscaram nitidamente atender e respeitar os danos resultantes para o serviço e para os usuários, bem como a condição econômica do infrator.

(Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Terceira Turma, rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, Apelação Cível 5000295-63.2011.404.7001, Data da Decisão 14/09/2011)

AUTO DE INFRAÇÃO. ANATEL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. MULTA. VALOR. CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA MÁ-FÉ E PELA INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AFASTAMENTO.

Não se verificando defeitos a macular o ato administrativo consubstanciado no auto de infração em foco, não há cogitar na anulação deste, considerando-se, assim, válida a penalidade imposta à parte autora, que não logrou se eximir da responsabilidade pelas irregularidades aferidas no exercício de sua atividade.

A atividade de arbitramento do valor da multa, respeitadas as balizas legais, é de natureza discricionária, descabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se na tarefa tipicamente administrativa de fixação.

No caso concreto, não há espaço para revisão do valor da multa, pois o valor fixado não pode ser considerado arbitrário e não há evidente inadequação, clara falta de proporcionalidade ou manifesta ausência de razoabilidade no valor da penalidade. [...]

(Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Quarta Turma, rel. Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, Apelação Cível 5002991-23.2012.404.7006, Data da Decisão 22/10/2013)

Dessa forma, fica claro que a Anatel, diante de uma infração administrativa, tem o dever de aplicar uma sanção proporcional à gravidade da infração, sendo que, nos casos concretos em que a Agência eventualmente viola esse dever, há um grande risco de a sanção administrativa ser anulada no Poder Judiciário, esvaziando, por conseguinte, a efetividade da sanção aplicada pela Agência (poder de polícia).

Ou seja, resta patente que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão positivados no ordenamento jurídico e são efetivamente utilizados pelo Poder Judiciário como balizas para o controle judicial dos atos administrativos, tornando-os, portanto, de observância cogente por parte da Administração Pública, sob pena de nulidade.

Nesse ponto, observa-se que a aplicação de multa excessivamente baixa deixa de cumprir o requisito legal, possivelmente sequer sendo questionada pelo infrator, uma vez que de certa forma lhe é favorável, ao passo que a aplicação de multa excessivamente alta também deixa de cumprir o requisito legal, sendo que nessa hipótese, possivelmente haverá questionamento judicial com alta probabilidade de o Poder Judiciário desconstituir a sanção desproporcional aplicada.

Dessa forma, é importante que a Anatel, no exercício de sua competência sancionadora, esteja alinhada com os entendimentos que vêm sendo adotados pelo Poder Judiciário em matéria de sanções administrativas, haja vista que a efetividade do Poder de Polícia constitui aspecto de extrema importância para o aprimoramento da atividade sancionadora.

3 CONCLUSÃO

No âmbito do setor de telecomunicações, a legislação prevê que a dosimetria das sanções administrativas deve levar em consideração diversos aspectos (capacidade econômica do infrator, dimensão do dano, reincidência).

Com o objetivo de conferir maior uniformidade na aplicação de sanções administrativas, em observância ao princípio da isonomia, a Anatel tem editado metodologias (fórmulas matemáticas) que auxiliam o agente público competente para a aplicação de sanção na atividade de realizar a dosimetria da sanção para as infrações apuradas nos processos sancionadores.

Em relação ao ato administrativo sancionador, a dosimetria consiste num aspecto discricionário do ato, não sendo possível que o Judiciário, por critério próprio, realize dosimetria que substitua a realizada pela Anatel. Compete ao Poder Judiciário, todavia, verificar, quando provocado, se as

sanções aplicadas pela Anatel observam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse contexto, observa-se que as alegações de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em muitas administrativas aplicadas pela Anatel têm sido enfrentadas pelo Poder Judiciário, o qual tem avaliado se, em cada caso concreto, a sanção aplicada (inclusive o valor da multa) é ou não proporcional à gravidade da infração cometida.

Em caso de inobservância do princípio da proporcionalidade, o Poder Judiciário invalida a sanção administrativa, o que retira a efetividade do Poder de Polícia da Agência, na medida em que o infrator não foi punido (de forma válida e eficaz) pela infração administrativa praticada.

Dessa forma, é importante que a Anatel, no exercício de sua competência sancionadora, esteja alinhada com os entendimentos que vêm sendo adotados pelo Poder Judiciário em matéria de sanções administrativas, haja vista que a efetividade do Poder de Polícia constitui aspecto de extrema relevância para o aprimoramento da atividade sancionadora.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1999*, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em 12 fev. 2019.

_____. *Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013*, do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações, DF. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012*, do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações, DF. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação 00612951420164010000*, rel. Des. Néviton Guedes, data da decisão 20/10/2016, data da publicação 25/10/2016.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Vice-presidência, Rel. Des. Edna Carvalho Kleemann. *AC 00011271920124025154*, Data da decisão 14/01/2016, Data da publicação 19/01/2016.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, 7ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Reis Friede. *Agravo de Instrumento em ação cautelar, processo nº 2007.02.012914-7*, Data de decisão 02/07/2008, Data de disponibilização 09/07/2008.

_____. Tribunal Regional Federal da Quinta Região, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho. *Ac 200981000028355 – AC – Apelação Cível – 486721*, Data da decisão 19/05/2015, publicada no DJE DE 25/05/2015, p. 26.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Cível 00143944920024020000*, rel. Frederico Gueiros, data da decisão 06/07/2009, data da publicação 14/07/2009.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Rel. Desembargador Federal Poul Erik Dyrlyund. *AC 201051010126100*, Data da Decisão 11/04/2012, Data da Publicação 18/04/2012)

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Terceira Turma, rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. *Apelação Cível 5000295-63.2011.404.7001*, Data da Decisão 14/09/2011.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Quarta Turma, rel. Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. *Apelação Cível 5002991-23.2012.404.7006*, Data da Decisão 22/10/2013.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESCRIÇÃO
INTERCORRENTE PREVISTA NA LEI Nº 9.873/99:
ASPECTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
APTOS A SUA INTERRUPÇÃO

*CONSIDERATIONS ON THE INTERCURRENT PRESCRIPTION
PROVIDED IN LAW Nº. 9.873 / 99: ASPECTS OF THE
ADMINISTRATIVE ACTS APPLICABLE TO ITS INTERRUPTION*

*Isa Roberta Gonçalves Albuquerque Roque
Procuradora Federal em exercício na PFE/Anatel
Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da prescrição do direito de punir do Estado; 2 Da interrupção do prazo prescricional trienal previsto no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.873/1999; 3 Do entendimento acolhido por diversos órgãos do Poder Judiciário Federal a respeito da interrupção da prescrição intercorrente; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Após fazer uma rápida abordagem sobre o instituto jurídico da prescrição, o presente trabalho tem como objetivo abordar os contornos dos atos processuais capazes de interromper a prescrição trienal prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99, demonstrando que seu afastamento pode decorrer de atos administrativos diversos dos estabelecidos no art. 2º da mesma lei.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição. Ação Punitiva da Administração. Prescrição Trienal. Interrupção. Atos Administrativos.

ABSTRACT: This work aims to address the contours of procedural acts capable of interrupting the triennial limitation period provided for in Article 1, of Law N°. 9.873/ 99, in order to demonstrate that its interruption may be caused by other administrative acts than those established in Article 2 of the same law.

KEYWORDS: Limitation. Punitive Action of the Administration. Triennial Prescription. Interruption. Administrative Acts.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a prescrição é instituto jurídico que tem por finalidade a manutenção da segurança jurídica, visando impedir a eternização da pretensão punitiva do Estado, assegurando limites às relações jurídicas incertas, valendo isso tanto para o procedimento judicial como no administrativo.

A prescrição intercorrente da ação punitiva da Administração Pública tem por objetivo impelir o administrador a atuar de forma célere, coibindo qualquer tipo de desídia ou paralisação inadequada do processo. Referido instituto tem previsão expressa no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99, tendo atuação quando o processo administrativo fica paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho.

O presente trabalho tem por propósito esclarecer os contornos dos atos administrativos aptos a interromper a prescrição trienal prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99.

Como se verá adiante, a prescrição intercorrente poderá ser afastada por atos administrativos diversos dos estabelecidos no art. 2º da mesma lei, desde que sejam aptos a impulsionar o processo administrativo na direção do seu julgamento definitivo. Além disso, será demonstrado que o entendimento aqui externado vem sendo acolhido pelos diversos órgãos do Poder Judiciário pátrio

1 DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

Segundo Sílvio Venosa (2003, p. 615), para Clóvis Bevilácqua a “Prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo.”

De acordo com o art.189 do Código Civil de 2002, o direito material violado dá origem à pretensão, que é deduzida em juízo por meio da ação. Extinta a pretensão, não há ação. Portanto, a prescrição extingue a pretensão, extinguindo também e indiretamente a ação¹

Nesse diapasão, e para os fins a que se propõe este trabalho, cabe pontuar que consiste a prescrição na perda do direito de ação (destinado a tutelar determinada pretensão), em decorrência da ausência de seu exercício no curso do prazo previsto.

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 736):

1 De acordo com o art. 190 do Código Civil de 2002, a exceção prescreve nos mesmos prazos. Logo, a prescrição extintiva não se relaciona apenas aos direitos do autor da ação, mas também aos direitos do réu, contidos na defesa ou exceção

Em diferentes sentidos costuma-se falar em prescrição administrativa: ela designa, de um lado, a perda do prazo para recorrer de decisão administrativa; de outro, significa a perda do prazo para que a Administração reveja os próprios atos; finalmente, indica a perda do prazo para aplicação de penalidades administrativas.

Sobre o assunto, deve-se ter em mente que a imprescritibilidade não é regra no ordenamento jurídico brasileiro, mas, exceção, sob pena de ferir o princípio da segurança jurídica, princípio geral do direito, o qual tem como objetivo a estabilidade das relações jurídicas, no caso, entre a Administração Pública e o administrado, reduzindo, assim, a incerteza no âmbito da vida social propriamente dita. Ademais, segundo Marçal Justen Filho (2009, p. 1097), “além da segurança, pode-se aludir ao princípio da confiança legítima dos administrados relativamente à atuação estatal”.

A própria Constituição de 1988 alberga as únicas hipóteses de imprescritibilidades, nos incisos XLII e XLIV do art. 5º, ao tratar dos crimes de racismo e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito. São hipóteses em que, pela gravidade, a ordem jurídica excepciona a regra geral.

A edição da edição da Medida Provisória n.º 1.708, de 30 de junho de 1998, convertida na Lei n.º 9.873/99, trouxe a regulamentação da prescrição no âmbito da Administração Pública no que se refere à ação punitiva do Estado, no exercício do poder de polícia, de maneira a dar segurança jurídica ao administrado.

Outrora, ausente a norma, poder-se-ia cair na interpretação equivocada de que o direito de punir do Estado seria imprescritível, sujeitando os administrados a inquéritos ou processos administrativos iniciados muitos anos após à prática do ilícito.

Neste sentido, a Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999, estabeleceu os prazos de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta. *In verbis*:

Art. 1º *Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.*

§ 1º *Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.*

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição *reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.*

[...]

Art. 2º Interrompe-se a prescrição *da ação punitiva* (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009):

I - pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

IV - por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009) (grifo nosso)

Assim, depreende-se, primeiramente, a existência de dois tipos de prescrição, a quinquenal e a intercorrente. Aduz o art. 1º que o direito de punir da Administração Pública Federal prescreve em cinco anos contados a partir da data do ato praticado. Já o §1º dispõe que ocorrerá prescrição no procedimento administrativo parado por mais de três anos.

Ao mesmo tempo, no art. 1º, §2º da lei, encontra-se norma reguladora de prazo prescricional em que o fato se constitui também crime, sem especificar para qual dos tipos de prescrição é aplicada.

O art. 2º da Lei nº 9.873/1999, por sua vez, traz o rol exaustivo das causas de interrupção da prescrição quinquenal especificamente disciplinada no art. 1º, *caput*, da legislação em tela.

A inclusão, pela Lei nº 11.941, de 27/05/2009, da expressão “da ação punitiva” ao *caput* do referido art. 2º eliminou qualquer dúvida de que as causas interruptivas nele elencadas encontram-se vinculadas à prescrição quinquenal tratada no *caput* do art. 1º.

O legislador tornou literal a interpretação de que as hipóteses de interrupção descritas no art. 2º referem-se à prescrição quinquenal, consignada no *caput* do art. 1º: “*Prescreve em cinco anos a ação punitiva [...]*”. Por seu turno, a prescrição trienal, ou intercorrente, continuou disciplinada, em sua totalidade, pelo § 1º do art. 1º: “*Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho [...]*”

Se antes já era evidente que a Lei havia instituído duas modalidades distintas da prescrição, cada qual com diferentes hipóteses de interrupção, agora o panorama legal expõe a queda dos últimos e renitentes argumentos em contrário.

2 DA INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL PREVISTO NO § 1º DO ART. 1º DA LEI Nº 9.873/1999

Questão mais controvertida encontra-se no § 1º, do art. 1º, da Lei n.º 9.873/99. Trata-se da prescrição intercorrente, ou seja, aquela em que o prazo flui em razão do curso do processo.

Segundo Arruda Alvim (2011, p. 120):

“a prescrição intercorrente é aquela relacionada com o desaparecimento da proteção ativa, no curso do processo, ao possível direito material postulado, expressado na pretensão deduzida: quer dizer, é aquela que se verifica pela inércia continuada e ininterrupta no curso do processo por segmento temporal superior àquele em que ocorre a prescrição em dada hipótese”.

Observa-se que a sua característica fundamental é que a sua consumação é averiguada diante de atos “internos” ao processo, embora alguns desses atos processuais também possam ser considerados para fins de interrupção da prescrição quinquenal. No presente caso, a contagem do lapso temporal inicia-se, somente, após a instauração do processo.

Assim, para que ocorra a prescrição intercorrente prevista no referido preceito, mister será a inércia da Administração durante o prazo de um triênio, devendo a Agência antes do período de três anos movimentar-se no sentido de sancionar a conduta em apuração em sede de procedimento específico.

Nesse sentido, o teor dos dispositivos relevantes para a compreensão da matéria:

Lei nº 9.873, de 23/11/1999

Art. 1º *Prescreve em cinco anos a ação punitiva* da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 1º *Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho*, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

Art. 1º-A. Constituído definitivamente o crédito não tributário, após o término regular do processo administrativo, prescreve em 5 (cinco) anos a ação de execução da administração pública federal relativa a crédito decorrente da aplicação de multa por infração à legislação em vigor. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Art. 2º *Interrompe-se a prescrição da ação punitiva*: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – pela notificação ou citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

II - por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III - pela decisão condenatória recorrível.

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009) (grifo nosso)

A partir dos dispositivos transcritos acima, a questão que se coloca está em saber se a prescrição trienal, prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99, pode ser interrompida por atos administrativos diversos dos elencados no art. 2º da mesma lei.

No âmbito da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, a questão foi muito bem ponderada quando da elaboração do Parecer nº 991/2009/PGF/PFE-Anatel, no qual se entendeu que, de acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999, o procedimento paralisado é aquele em que o próximo ato a ser imediatamente praticado pela Administração - sem que exista qualquer empecilho para tanto - é a realização de julgamento ou de despacho (situação de pendência).

Concluiu referido órgão jurídico, assim, que o prazo trienal ora tratado inicia-se, em todo processo punitivo, *“quando a Administração deveria realizar o julgamento ou o despacho e não o faz, sendo que a implementação do ato pendente (julgamento ou despacho) interrompe o prazo da prescrição intercorrente, que só volta a correr quando o processo, novamente, estiver pendente de julgamento ou de despacho”*

Portanto, a realização efetiva do julgamento ou do despacho, do qual o procedimento estava pendente, é o fato que interrompe o prazo da prescrição intercorrente, ou seja, a prática do julgamento ou do despacho já é suficiente para reiniciar o prazo prescricional trienal. Em outras palavras, se a condição para que ocorra a prescrição intercorrente é a paralisação do processo por mais de três anos, qualquer ato que dê efetivo impulso ao processo, cortando o seu estado de paralisia, tem o condão de afastar o implemento dessa situação.

A respeito dessa maior abrangência dos atos que dão efetivo impulso ao processo punitivo (que, muitas vezes, podem não importar, necessariamente, inequívoca apuração do fato) e que, portanto, possuem a capacidade de interrupção da prescrição intercorrente, assim discorreu a PFE-Anatel no referido Parecer nº 991/2009/PGF/PFE-Anatel, *in verbis*:

55. O legislador utiliza a expressão “pendente de julgamento ou despacho”, ou seja, os despachos exarados durante o processo são causas interruptivas da prescrição. Vê-se que, a lei apresenta critérios mais abrangentes para a aplicação da interrupção do prazo da prescrição intercorrente se comparados com os casos de prescrição quinquenal. Neste caso, o despacho não será necessariamente “inequívoco, que importe apuração do fato”, mas despacho de expediente, bem como de impulso instrutória.

56. Tal disposição legal coaduna-se com o Princípio do Impulso Oficial, segundo o qual, cabe à Administração realizar os atos necessários à movimentação do Processo Administrativo. A sanção para os casos de não cumprimento do referido princípio é, justamente, a prescrição. Desta forma, o despacho referido no parágrafo primeiro do artigo primeiro da Lei nº 9.873/99, deve ser visto como aquele que tenha por objetivo dar efetividade ao impulso oficial. Ou seja, despachos que representam diligências vazias de objetivos, sem escopo prático significativo, não são causas de interrupção da prescrição, assim como não estão de acordo com os princípios contidos na Constituição Federal, na Lei de Processo Administrativo e na Lei Geral de Telecomunicações:

[...]

57. [...] De outro lado, *se não houver sequer despacho de mero expediente durante o período de três anos, restará configurada a prescrição intercorrente.*

58. Feitas estas observações, vê-se que *os atos que interrompem a prescrição intercorrente são aqueles voltados ao impulso do processo e à solução do feito.* (grifo nosso)

Portanto, entende-se que o apontamento do ato inequívoco que importe apuração do fato, previsto no art. 2º, II, da Lei nº 9.873/1999, como causa exclusiva de interrupção do prazo da prescrição intercorrente releva grave equívoco interpretativo da finalidade conferida pela lei às duas espécies de prescrição. Enquanto os atos de apuração demonstram natureza de investigação e reunião de elementos probatórios para identificação da irregularidade e de sua autoria, os atos que interrompem a prescrição intercorrente voltam-se, de maneira mais ampla, ao efetivo impulso do processo e à solução do feito.

3 DO ENTENDIMENTO ACOLHIDO POR DIVERSOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL A RESPEITO A RESPEITO DA INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

O entendimento acima externado tem encontrado respaldo nos órgãos do Poder Judiciário pátrio.

No Superior Tribunal de Justiça, a 1ª Turma, embora tenha reconhecido, ao julgar o AgRg no AREsp nº 613.122/SC, a ocorrência de prescrição intercorrente em procedimento sancionatório instaurado pelo IBAMA, asseverou, nos termos do voto do Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que *“a movimentação processual impeditiva da paralisação trienal fatal pode decorrer tanto do julgamento da causa processual administrativa, como por um simples despacho”*. Proclamou, ademais, que o despacho previsto no art. 1º, § 1º, da Lei 9.873/1999 pode ser definido *“como qualquer ato da Administração praticado no processo administrativo que resulte efetiva inovação nos autos, como ocorre com as manifestações técnicas produzidas pela Administração acerca dos elementos trazidos aos autos processuais (análise de fatos, provas e defesas), com os pareceres e até mesmo com a adoção de providências internas ou externas que importem impulso processual (expedição de intimações, por exemplo)”*. Exemplificou, por fim, que não deveriam ser caracterizadas como despacho a mera circulação dos autos entre as diversas áreas técnicas envolvidas no processo sem a produção de uma efetiva manifestação e a mera repetição de manifestações ou providências já presentes nos autos.

Já na 2ª Turma daquela Corte Superior, foi julgado, em 23/06/2015, o REsp 1.351.786/RS, o qual não foi conhecido, por aplicação da Súmula nº 7/STJ. Todavia, o Ministro Mauro Campbell Marques, ao proferir voto acompanhando o Relator, Ministro Herman Benjamin, quanto à incidência do referido enunciado sumular, explicitou lateralmente, no que concerne às causas interruptivas da prescrição trienal, entendimento análogo ao aqui externado. Assim asseverou o julgador, na ocasião, em seu voto-vogal:

A questão que se coloca está em saber se a prescrição trienal, prevista no art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.873/99 pode ser interrompida por atos administrativos diversos dos elencados no art. 2º da mesma lei.

[...]

É sabido que a prescrição intercorrente é instituto que objetiva a manutenção da segurança jurídica, visando estorvar a perpetuação da pretensão punitiva do Estado, fixando limites às relações jurídicas incertas, valendo isso tanto para o procedimento judicial como no administrativo.

[...]

Nota-se, pois, que o objetivo maior do instituto é punir a desídia e a negligência. Ocorre que o administrador público responsável pela condução de processo administrativo - em razão do próprio princípio da legalidade e da necessidade de observância dos institutos da ampla defesa e do contraditório também na seara administrativa - deve percorrer caminhos instrutórios de fundamental importância antes de proferir qualquer decisão.

[...]

No caso em tela, o *Manual de Redação da Agência das Telecomunicações* traz em seu bojo a definição do “informe técnico” como instrumento que dá suporte ou fundamenta matéria envolvendo o público interno ou externo da ANATEL. Segundo sustenta a recorrente, sem o informe prévio, não seria possível exarar qualquer decisão no caso em tela, ou seja, é esse sim peça essencial ao andamento do feito.

[...]

Já a prescrição intercorrente não tem a função de impedir a eternização dos processos administrativos - papel afeto à prescrição quinquenal. Visa sim fazer com que o administrador atue de forma célere, coibindo qualquer tipo de desídia ou paralisação inadequada do processo. Assim, por óbvio, *as regras de interrupção do feito inerentes à prescrição quinquenal, não são as mesmas aplicadas à trienal*. Do contrário, estaria-se estimulando a burla à ampla defesa e ao contraditórios, sem observância a escoreita instrução do feito.

E mais, a prescrição intercorrente tem cabimento quando o feito fica paralisado, pendente de despacho ou decisão. Dessa forma, ato instrutório, necessário ao deslinde da controvérsia e à marcha progressiva do feito é necessário, inclusive, para evitar inércia, podendo, pois, ser considerado ato interruptivo da prescrição intercorrente. (grifo nosso)

Há, igualmente, diversos precedentes de todas as cinco Cortes Regionais Federais acolhendo essa mesma orientação.

No julgamento, em 11/06/2014, dos Embargos Infringentes nº 500153845.2011.404.7000/PR pela 2ª Seção do TRF da 4ª Região, por exemplo, a Relatora, Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, consignou em seu voto condutor que, embora seja correto afirmar que não é qualquer ato ou fato que tem o condão de interromper o curso da prescrição intercorrente, *“os informes e as notas técnicas conforme o seu conteúdo constituem atos de impulsionamento do processo administrativo, pois encaminham a apuração dos fatos, influem na atuação positiva da Administração e embasam sua deliberação final, especialmente quando contêm a análise dos argumentos de defesa apresentados pela empresa, em confronto com a legislação de regência”* (grifo nosso).

Confiram-se, ainda, nessa mesma linha, as ementas dos seguintes julgados²:

ADMINISTRATIVO. ANATEL. MULTA ADMINISTRATIVA. *PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 1º, § 1º, DA LEI N.º 9.873/99.*

A interpretação sistemática dos artigos 1º a 3º da Lei n.º 9.873/99 corrobora o entendimento de que, para a configuração da inércia da Administração Pública, é necessária a paralisação do processo

² No mesmo sentido: Tribunal Regional Federal (1ª Região), Apelação Cível nº 0080340-91.2013.4.01.3400/DF, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, e-DJF1. 31/03/2017; Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Cível nº 200451010140181 (412206), Rel. Des. Federal Reis Friede, e-DJF2R de 29/03/2011;

e a pendência de julgamento ou despacho. *Informes e notas técnicas dependendo do seu conteúdo constituem atos de impulsionamento do processo administrativo, na medida em que encaminham a apuração dos fatos, influem na atuação positiva da Administração e embasam sua deliberação final, principalmente quando contêm a análise dos argumentos de defesa apresentados pela empresa, em confronto com a legislação de regência.* Nessa perspectiva, não se caracterizam meros atos de expediente, destituídos de conteúdo valorativo ou sem efeito para a solução do litígio na esfera administrativa.

A circunstância de não serem praticados atos instrutórios na fase recursal não afasta a possibilidade de reconhecimento da prescrição intercorrente, quando há efetiva inércia da Administração. No caso concreto, o processo administrativo não ficou paralisado por mais de três anos, porque, após a interposição de recurso, houve a sua movimentação, com a elaboração de parecer que analisou as razões deduzidas pela empresa, embasando a deliberação final da ANATEL. (Apelação Cível nº 5028520-62.2012.4.04.7000/PR, Rel. Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, 4ª Turma do TRF da 4ª Região, julg. em 13/04/2016 – grifos nossos)

ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE GASOLINA COMUM FORA DAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS VIGENTES. PORTARIA ANP N.º 116/2000. MULTA POR INFRINGÊNCIA AO ART. 3º, XI, DA LEI N.º 9.847/1999. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E VERACIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

1. Não deve prosperar a alegação de ocorrência da prescrição intercorrente prevista no art. 1º, § 1º, da Lei n.º 9.873/99, uma vez que, entre a apresentação da defesa pela apelante, no procedimento administrativo (30/10/2003) e a decisão proferida naquela esfera (29/10/2007), foi proferido despacho saneador (17/12/2004) e apresentadas alegações finais (10/03/2005), não havendo que se falar; portanto, em paralisação do processo administrativo por mais de 3 (três) anos.

[...]

6. Apelação improvida. (Apelação Cível nº 000556917.2010.4.03.6109/SP, Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida, 6ª Turma do TRF da 3ª Região, julg. em 08/08/2013 – grifos nossos)

Desse modo, se a condição para que ocorra a prescrição intercorrente é a paralisação do processo por mais de três anos, qualquer ato que dê efetivo impulso ao processo, cortando o seu estado de paralisia, tem o condão de afastar o implemento dessa condição, desde que não represente diligências vazias de objetivos, protelatórias e sem escopo prático significativo.

Diante do exposto, extrai-se que o prazo da prescrição intercorrente se interrompe com a prática de atos que efetivamente impulsionem o processo, não se restringindo o efeito de interrupção desse específico prazo trienal aos atos previstos no art. 2º.

4 CONCLUSÃO

A partir das considerações aduzidas, infere-se que o apontamento do ato inequívoco que importe apuração do fato, previsto no art. 2º, II, da Lei 9.873/1999, como causa exclusiva de interrupção do prazo da prescrição intercorrente releva grave equívoco interpretativo da finalidade conferida pela lei às duas espécies de prescrição. Com efeito, enquanto os atos de apuração demonstram natureza de investigação e reunião de elementos probatórios para identificação da irregularidade e de sua autoria, os atos que interrompem a prescrição intercorrente voltam-se, de maneira mais ampla, ao efetivo impulso do processo e à solução do feito.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Prescrição no Código Civil uma análise interdisciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 120.

BRASIL. Advocacia-Geral da União/Procuradoria-Geral Federal/Procuradoria Federal Especializada-Anatel. *Parecer 991/2009/PGF/PFE-ANATEL*.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado Federal, 1988.

_____. *Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999*. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9873.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. v. 1, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (1ª Região). *Apelação Cível nº 0080340-91.2013.4.01.3400/DF*. Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian. e-DJF1. 31/03/2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (4ª Região). *Apelação Cível nº 5028520-62.2012.4.04.7000/PR*. Rel. Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data da Publicação: 28/04/2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (4ª Região). *Embargos Infringentes nº 500153845.2011.404.7000/PR*. Rel. Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. Data do Julgamento: 11/06/2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (3ª Região). *Apelação Cível nº 000556917.2010.4.03.6109/SP*. Rel. Des. Federal Consuelo Yoshida. Data do Julgamento: 08/08/2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (2ª Região). *Apelação Cível nº 200451010140181 (412206)*. Rel. Des. Federal Reis Friede. e-DJF2R de 29/03/2011.

**INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO
NAS COMPETÊNCIAS LEGAIS DA ANATEL:
ANÁLISE DO CASO DA AÇÃO CIVIL
PÚBLICA Nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC**

*INTERFERENCE OF THE JUDICIARY IN ANATEL'S LEGAL
POWERS: ANALYSIS OF THE CASE OF THE CLASS ACTION
Nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC*

Júlia de Carvalho Barbosa

*Procuradora Federal junto à Procuradoria Federal Especializada da ANATEL
Coordenadora de Contencioso Judicial da PFE-ANATEL. Bacharel em Direito pela
Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da impossibilidade de o poder judiciário condenar a Anatel a editar um regulamento específico; 2 Da regulamentação já existente; 3 Dos impactos negativos da decisão judicial; 3.1 Impactos no mercado de aparelho celular e na massificação de acessos e digitalização do consumidor; 3.2 Do estímulo a fraudes; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa os impactos de ação civil pública, na qual a Agência Nacional de Telecomunicações foi condenada a editar um regulamento específico. Verifica-se da análise da ação que a decisão judicial representou uma interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência legal da agência e violou, entre outros, o princípio constitucional da separação dos poderes. No caso, foi imposta a condenação à agência para que edite regulamento que impeça as operadoras de telefonia móvel de efetuarem a cobrança de multa em razão da rescisão de contrato de prestação de serviço, motivada pela ocorrência de caso fortuito alheio à vontade do usuário e durante a vigência de contrato de permanência mínima. Conforme se demonstrará, a ANATEL já tem regulamentação sobre o assunto. Ademais a condenação traz impactos negativos para o mercado de telefonia móvel, bem como cria entraves para a massificação do acesso à digitalização do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: ANATEL. Agências Reguladoras. Serviços de Telecomunicações. Separação de Poderes. Poder Normativo.

ABSTRACT: This article analyzes the impacts of a public civil action, in which the National Telecommunications Agency was ordered to issue a specific regulation. It appears from the analysis of the lawsuit that the judicial decision represented an undue interference by the Judiciary in the legal sphere of the agency and violated, inter alia, the constitutional principle of the separation of powers. In this case, a sentence was imposed on the agency to issue a regulation that prevents mobile operators from charging a fine due to the termination of a service contract, motivated by the occurrence of a fortuitous event beyond the user's will and during the validity of a minimum stay contract. As will be shown, ANATEL already has regulations on the subject. In addition, the condemnation brings negative impacts to the mobile phone market, as well as creates obstacles to the massification of access to consumer digitization.

KEYWORDS: ANATEL. Regulatory Agencies. Telecommunication Services. Separation of Powers. Regulatory Power.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de analisar os impactos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal-MPF, que tramita perante a Justiça Federal em Santa Catarina, sob o nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC. No caso, foi imposta condenação à ANATEL, para que seja instada a editar regulamentação específica, que obste as prestadoras de telefonia móvel a efetuarem a cobrança de multa em razão da rescisão de contrato, quando da ocorrência de caso fortuito alheio à vontade do usuário e durante a vigência de contrato de permanência.

No entendimento do Poder Judiciário e do MPF, quando há caso fortuito, a exemplo de perda, furto ou roubo de aparelho celular, no decorrer da relação contratual entre o usuário e a prestadora de serviço de telefonia móvel, o ônus do evento recai de modo desproporcional em desfavor do consumidor.

Sob esse fundamento, foi imposta a condenação à agência para que edite regulamento que impeça as operadoras de telefonia móvel de efetuarem a cobrança de multa em razão da rescisão de contrato de prestação de serviço, motivada pela ocorrência de caso fortuito alheio à vontade do usuário e durante a vigência de contrato de permanência mínima.

A sentença proferida em 06/06/2017 pela 3ª Vara Federal de Florianópolis¹, assim condenou a ANATEL:

a) a editar regulamentação que obste as concessionárias de telefonia móvel a efetuarem a cobrança de multa em razão da rescisão de contrato de prestação de serviço de telefonia móvel, quando da ocorrência de caso fortuito alheio à vontade do usuário e durante a vigência de contrato de permanência mínima, distinguindo-se a distribuição do ônus conforme se trate da prestação exclusiva de serviço de telefonia (sem imposição de multas ou outros encargos) ou quando esta se encontre aliada ao fornecimento de aparelho celular (abrindo-se a possibilidade de a operadora dar em comodato outro aparelho ao cliente até o término do contrato, ou; aceitar a resolução do contrato mediante a redução, pela metade, da multa devida no momento da rescisão);

b) a editar regulamentação que obste a cobrança de mensalidades ou quaisquer outros encargos a partir da comunicação, pelo usuário,

1 3ª Vara Federal de Florianópolis, Seção Judiciária de Santa Catarina. Juiz Federal Substituto DIÓGENES TARCÍSIO MARCELINO TEIXEIRA. Ação Civil Pública nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC, Data da sentença 06/06/2017

acerca da ocorrência de caso fortuito alheio à sua vontade, durante a vigência de contrato de permanência mínima;

c) a editar regulamentação que imponha às concessionárias de telefonia móvel a adoção de mecanismos simplificados, ágeis e desburocratizados para solução de demandas envolvendo a ocorrência de casos fortuitos;

Em face da sentença, a ANATEL interpôs o recurso de apelação. Ao julgá-la, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região confirmou a condenação imposta, por meio de acórdão proferido em 25 de julho de 2018 que, por unanimidade, decidiu negar provimento à apelação da agência. Senão vejamos²:

ADMINISTRATIVO. ANATEL. REGULAMENTAÇÃO. RESCISÃO CONTRATUAL POR CASO FORTUITO. LEGIMITIDADE ATIVA DO MPF. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

1. O simples fato de estar a ação civil pública lastreada em representação formulada por uma única consumidora, não desnatura a relevância social do ocorrido, bem como descaracteriza o interesse do *Parquet* Federal no manejo da presente demanda que se volta à proteção de todos os consumidores - e não apenas os que tiverem seus direitos violados - que possam ser atingidos pelas práticas abusivas das empresas de telefonia que impõem o pagamento de multa em razão de rescisão contratual motivada por caso fortuito, alheio à vontade do contratante.

2. É dever da Agência Reguladora a defesa dos direitos dos usuários, conforme expressa o artigo 19, nos seus incisos X e XVIII, da Lei nº 9.472/97.

3. A determinação imposta à Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL por meio da presente decisão não importa indevida intervenção do Poder Judiciário em esfera que lhe é vedada, já que trata-se de mero controle de implementação de política pública já comandada pelo legislador, de efetiva proteção aos direitos do consumidor, a qual não vem observada no ponto pelas concessionárias do serviço público, nem tampouco vem sendo objeto de regulamentação/fiscalização pela ré, dentro de sua esfera de atuação.

² Tribunal Regional Federal da Quarta Região, 4ª Turma, Rel. Desembargador Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE, Apelação cível nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC, Data do julgamento 25/07/2018.

Em seguida, a ANATEL interpôs embargos de declaração em face do acórdão, que foram acolhidos parcialmente somente para fins de prequestionamento.

Atualmente, estão pendentes de julgamento os recursos especial e extraordinário, interpostos perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Como se observa, o comando judicial que determina à agência a edição de um regulamento com conteúdo específico. A decisão, portanto, conforme se demonstrará ao longo deste artigo, representa uma interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência legal da agência. O comando judicial viola, entre outros, o princípio constitucional da separação dos poderes, além de trazer impactos negativos no acesso do serviço ao consumidor.

O caso merece o estudo, ora realizado, uma vez que se trata de um exemplo concreto em que o Poder Judiciário interfere indevidamente na esfera de competência legal da Administração Pública, sob a fundamentação equivocada de que seria um mero controle de implementação de política pública já comandada pelo legislador.

O objetivo deste artigo, portanto, é apresentar o caso com o olhar crítico à interferência do Judiciário, bem como chamar atenção à gravidade das consequências da decisão confirmada pelo TRF4, sob diferentes perspectivas.

1 DA IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO CONDENAR A ANATEL A EDITAR UM REGULAMENTO ESPECÍFICO

De início, é preciso ter em mente que o ordenamento jurídico pátrio não admite que o Poder Judiciário condene um órgão regulador a editar um regulamento, muito menos, para que edite um regulamento em determinado sentido específico. Isso porque, decisão judicial que condene o órgão regulador a editar um regulamento acarreta em flagrante violação do princípio da separação dos poderes, inserto no artigo 2º da Constituição Federal, assim como também ao princípio da livre conformação legislativa/regulatória e, no caso específico da Agência Nacional de Telecomunicações, ao artigo 21, XI, da Constituição Federal, bem como a diversos dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/97), como, por exemplo, aquele que assegura o direito dos conselheiros da ANATEL de votarem com independência (artigo 20, § único), ou aquele que determina a realização de consulta pública para a edição de atos normativos pela Agência Reguladora (artigo 42).

A ANATEL é a Agência Reguladora do setor de telecomunicações, caracterizada como uma autarquia federal em regime especial, integrante

do Poder Executivo Federal. Dentre suas inúmeras atribuições, destaca-se a regulação do setor de telecomunicações, que decorre diretamente do comando constitucional (artigo 21, XI, CF) e pode ser entendida como uma das principais características das Agências Reguladoras.

O artigo 8º da Lei nº 9.472/97 criou a Agência Nacional de Telecomunicações, e a mesma lei estabeleceu no artigo 19 suas atribuições. De acordo com o artigo 8º, § 1º, do mesmo diploma, o órgão máximo da ANATEL é o Conselho Diretor, colegiado composto por cinco conselheiros indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal (artigo 20, combinado com o artigo 23, da LGT), cujas competências estão insertas no artigo 22 desta Lei.

Dentre as competências da ANATEL, está a edição de atos normativos pertinentes à sua área de atuação, isto é, ao setor de telecomunicações, e qualquer ofensa a essa atribuição legal provocada por Poder diverso ao delegante consiste em afronta ao princípio da separação dos poderes, preceito fundante da República Federativa do Brasil (artigo 2º, CF/88).

Nesse ponto, cumpre frisar que perante o Poder Judiciário admite-se o pedido de declaração de ilegalidade ou de inconstitucionalidade de um ato normativo editado pela Agência Reguladora. Contudo, não se pode admitir decisões judiciais que condenem a ANATEL a editar um regulamento específico, tal como ocorreu na ação civil pública, ora analisada.

A construção de uma regra regulatória é tarefa complexa atribuída legalmente à agência reguladora. É preciso analisar todas as opções e caminhos a serem trilhados para perseguir o *standard* normativo geral contido na lei. Nesses casos, não há espaço para o Poder Judiciário, ele próprio, criar e definir qual a regra deverá ser implementada para atingir um determinado valor jurídico.

O ordenamento jurídico em vigor veda que o Poder Judiciário condene a ANATEL a exercer seu poder normativo, inclusive já fixando as regras que devem constar neste regulamento. É importante registrar, ainda, que no caso a decisão judicial não seria apenas inconstitucional por ferir o princípio da separação dos poderes, mas também por ofender o princípio da livre conformação legislativa/regulatória.

Como sabido, cabe ao Poder Judiciário fazer o controle dos atos administrativos quanto ao aspecto da legalidade e, com *grano salis*, até em relação ao conteúdo, desde que violado o devido processo material. No caso em tela, todavia, houve uma invasão das competências da Agência Reguladora, na medida que o Poder Judiciário, de forma apriorística, criou regras para um serviço cuja regulação compete à Anatel, nos termos de lei ordinária (Lei nº 9.472, de 1997) editada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República.

Nessa perspectiva, cumpre trazer precedentes judiciais no sentido de que os aspectos técnicos da regulação sejam objeto de análise e de decisão da Agência Reguladora a que compete disciplinar o setor, não devendo o Judiciário regular uma atividade para a qual foi criado um órgão regulador específico.

Um dos exemplos de grande repercussão dessa questão que envolve o controle judicial de atos normativos de Agências Reguladoras foi a suspensão da Resolução da Agência Nacional de Aviação Civil- ANAC que trata do transporte de bagagens despachadas em aeronaves (Resolução ANAC nº 400/2016). Inicialmente, alguns dispositivos dessa Resolução foram suspensos por decisões judiciais, porém, mediante diversas outras decisões judiciais, a eficácia da Resolução foi devidamente restabelecida. A questão foi debatida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que no julgamento do Agravo de Instrumento nº 08041813920174050000³ ressaltou que a resolução da ANAC foi baseada em estudos técnicos e precedida de audiência pública. Assim, considerando a existência de estudo técnico, da realização prévia de audiência pública e o poder de polícia inerente às agências reguladoras, foi restabelecida a norma regulamentar da ANAC, em razão da presunção de legalidade dos atos normativos.

Ainda acerca de casos que envolvem direitos dos consumidores, vale mencionar que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região-TRF2 garantiu a competência técnica da ANS para regular planos de saúde (pedido do PROCON para obrigar a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS - a regular a oferta de planos privados de saúde). No julgamento da Ação Civil Pública em questão (nº 01366840620134025101⁴) o TRF2 decidiu que não cabe ao Judiciário invadir a esfera discricionária da Agência Reguladora, e que a interferência do Poder Judiciário em matéria técnica dominada por órgão especializado da Administração Pública implicaria em inevitável violação da Separação dos Poderes, cláusula pétrea da Constituição.

No âmbito do setor de telecomunicações, em mais um caso relativo a direitos dos consumidores (definição de áreas geográficas para efeito de cobrança de tarifa local), o mesmo TRF2, nos autos do agravo de instrumento nº 08041813920174050000⁵, adotou entendimento no sentido de preservar a competência técnica da Anatel em matéria de regulação. No caso, decidiu aquele tribunal que a atuação do Poder Judiciário interferindo

3 Tribunal Regional Federal da Quinta Região, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Leonardo Carvalho, Agravo de Instrumento nº 08041813920174050000, Data do julgamento 10/04/2018.

4 Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 8ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaler, AC 01366840620134025101, Data da Decisão 24/08/2016, Data da Publicação 30/08/2016

5 Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 8ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaler, AC 00002935420034025114, Data da Decisão 09/04/2013, Data da Publicação 19/04/2013.

em matéria de competência legal da ANATEL mostra-se indevida, não só por configurar intromissão na seara de discricionária regulamentação da Agência, mas também por não deter o Magistrado as informações técnicas necessárias a aferir os critérios para melhor prestação do serviço de telefonia.

Como visto, a ANATEL é o órgão regulador previsto no inciso XI do artigo 21 da CF e criado pela LGT. Entre suas atribuições institucionais está a edição de atos normativos (artigo 19, inciso IV, dentre outros, da Lei 9472/97). Em assim sendo, é possível à Função Judiciária do Poder declarar a ilegalidade de suas normas, mas não pode impor a edição delas e determinar, positiva ou negativamente, qual deverá ser o seu conteúdo no futuro.

2 DA REGULAMENTAÇÃO JÁ EXISTENTE

O serviço de telefonia móvel é prestado mediante a contratação de um plano de serviços de livre escolha pelo consumidor. Desejando, contudo, encerrar a prestação do serviço, o consumidor pode portar o seu número para outra operadora, mantendo assim o seu código de acesso, ou rescindir o seu contrato, quando então perderá o seu código de acesso. Assim, seja qual for a providência desejada pelo consumidor (portabilidade ou rescisão do contrato), o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor-RGC, aprovado pela Resolução ANATEL nº 632/2014, veda a cobrança de multa rescisória⁶.

Ainda, em se tratando de uma situação temporária em que o usuário não deseja rescindir o seu contrato, mas meramente suspendê-lo por um interregno, o artigo 34 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal - SMP, aprovado pela Resolução nº 477, de 2007, estabelece que o usuário pode: a) requerer outro chip em sua prestadora para dar continuidade ao serviço contratado; ou b) caso o consumidor não tenha outro aparelho ou não deseje adquirir outro, rescindir o seu contrato sem ônus (exceto em havendo prazo de permanência a cumprir), perdendo assim o código de acesso; ou c) suspender o contrato de prestação de serviços por até 120 dias, sem ônus e sem cobrança de assinatura ou qualquer outro valor, mantendo assim o seu código de acesso. Nesse ponto, vale frisar, que em caso de roubo, furto ou extravio, o consumidor deve comunicar imediatamente à prestadora (art. 4º do RGC)

6 Art. 3º O Consumidor dos serviços abrangidos por este Regulamento tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável e nos regulamentos específicos de cada serviço: [...] XV - à rescisão do contrato de prestação do serviço, a qualquer tempo e sem ônus, sem prejuízo das condições aplicáveis às contratações com prazo de permanência

Por sua vez, a suspensão a pedido deve ser efetivada sem ônus e sem cobrança de assinatura ou qualquer outro valor durante o período de suspensão, garantindo ao consumidor o restabelecimento da prestação do serviço mantendo o código de acesso. Ainda, a suspensão deve ser efetivada mesmo para consumidores que possuam prazo de permanência ainda a cumprir, uma vez que a norma apenas condiciona o pedido de suspensão à sua adimplência.

De acordo com a regulamentação existente, é dever do consumidor comunicar imediatamente à sua prestadora a perda, roubo ou furto de dispositivos de acesso (artigo 4º, VII, a, do RGC). A partir desse momento, não há cobrança de mensalidade, caso o consumidor deseje rescindir o contrato, exceto se vigente prazo de permanência.

Conforme o artigo 3º da LGT, Lei nº 9.472, de 1997, o usuário de serviços de telecomunicações tem direito à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço. O exercício desse direito pelo consumidor é garantido pela Anatel por meio de distintas ferramentas, como por exemplo, pela portabilidade numérica, pela garantia de desbloqueio da Estação Móvel e pela regulamentação mínima do contrato de permanência.

Nesse sentido, a Resolução ANATEL nº 632, de 2014 em seu art. 57 determina: a) que a permanência mínima só poderia ser exigida quando da concessão de um benefício devidamente aceito pelo consumidor; b) Que o prazo máximo de permanência não poderia ser superior a 12 (doze) meses; c) Que eventual multa deveria ter vinculação com o valor do benefício concedido, além de ser proporcional ao tempo restante para o término do prazo de permanência. A norma ainda vedou a estipulação de multa por descumprimento de obrigação contratual ou legal por parte da prestadora, cabendo a ela o ônus da prova do alegado pelo consumidor.

Como se vê, a Anatel não se furtou em proteger o consumidor de serviços de telecomunicações, equilibrando os deveres das prestadoras e os direitos desses usuários, regulamentando o Contrato de Permanência, para garantir o direito do consumidor insculpido no artigo 3º da LGT combinado com os artigos 127 e 128 da mesma Lei.

Demais aspectos contratuais, por ausência de relação com a prestação de serviços de telecomunicações em si, são endereçados à legislação consumerista, a qual, ressalte-se, a Anatel não se exime de aplicar e fiscalizar seu cumprimento.

Como dito acima, em caso de perda, roubo ou extravio do aparelho, a regulamentação da Anatel garante ao consumidor meios para dar continuidade ao contrato. Nesses casos, basta a solicitação de um novo chip com o mesmo número para ser colocado em um outro aparelho ou a suspensão da prestação do serviço pelo prazo de até 120 dias sem

ônus e sem cobrança de assinatura ou qualquer outro valor durante o período de suspensão até que o usuário adquira um novo aparelho para dar continuidade ao serviço.

Dessa forma, é hialino que não há prejuízo ao consumidor, como também não há que se falar em falta de regulamentação.

3 DOS IMPACTOS NEGATIVOS DA DECISÃO JUDICIAL

3.1 IMPACTOS NO MERCADO DE APARELHO CELULAR E NA MASSIFICAÇÃO DE ACESSOS E DIGITALIZAÇÃO DO CONSUMIDOR

A condenação judicial imposta à Anatel na ACP ora estudada pode impactar diretamente na decisão das empresas em veicular ofertas atreladas ao prazo de permanência mínimo, em troca de um benefício, no caso, o subsídio de aparelhos celulares. Isso porque, as prestadoras definem os preços de seus serviços, considerando seus custos, a competição do setor e a rentabilidade de seu negócio, entre outros aspectos principais. A transferência do risco de furto ou roubo para as empresas levará naturalmente a que as prestadoras de Serviço Móvel Pessoal passem a embutir no preço do serviço ou do aparelho o custo atinente à contratação de um seguro contra os riscos apontados.

Nessa perspectiva, hoje o consumidor pode escolher quando adquire o aparelho, se contrata ou não um seguro contra furto e roubo. Ocorre que, uma vez regulamentado o tema na forma prevista na decisão judicial, o consumidor perde a opção, pois todos que vierem a adquirir aparelho celular, mediante contrato de permanência, acabarão, inevitavelmente, pagando pelos respectivos custos de seguro, sem direito à opção.

O beneficiado direto pela decisão é o setor de empresas que oferecem seguro para celular. Serviço antes que dependia da anuência do consumidor para ser contratado, passará a ser um custo inerente a toda e qualquer venda de aparelho celular fidelizado.

É inegável que o furto de qualquer bem implica prejuízo para o seu dono, portanto, quando o dono do bem quer transferir o risco do furto para um terceiro, ele contrata um seguro. No caso dos veículos vendidos a prazo, por exemplo, seguindo a lógica da decisão judicial que condenou a ANATEL, seria possível exigir que a empresa que vende os veículos assumisse os riscos inerentes ao furto do veículo, para que o consumidor não pagasse prestações de um bem que ele já não tem mais.

Assim, se atualmente a troca de aparelhos ocorre, com certa frequência, pois se tornaram mais acessível ao mercado consumidor, ao

tornar mais cara a venda de aparelhos com contrato de permanência, a troca de aparelhos tende a levar mais tempo, dado o custo envolvido e que terá que ser suportado pelo consumidor em sua integralidade, caso extintas as ofertas com aparelhos subsidiados. Com isso, a oferta e o acesso a novas tecnologias, o usufruto de velocidades mais altas de internet e de novas aplicações ficam comprometidos, afastando ainda mais o consumidor brasileiro da possibilidade de ter experiências digitais como ocorre em países mais desenvolvidos.

Ainda, decorrente da queda no consumo de aparelhos celulares, fabricantes podem deixar de produzir no país ou passar a produzir apenas aparelhos de baixo custo e sem grandes diferenciais, também prejudicando a experiência e a digitalização do consumidor. Com isso, ao se frustrar a experiência do usuário, aumentam-se ações criminosas voltadas ao aparelho celular, como também a entrada no país de aparelhos não homologados e trazidos do exterior.

Como se observa, o comando judicial imposto à ANATEL no caso estudado, traz impactos negativos para o mercado de telecomunicações, uma vez que a digitalização do consumidor e a massificação de acessos podem ficar comprometidas, pela ausência de meios de se adquirir o aparelho necessário para usufruir do serviço.

3.2 DO ESTÍMULO A FRAUDES

Nos casos de furtos ou roubos, por óbvio o consumidor não pode ser considerado culpado pelo crime, mas o fato é que, do ponto de vista civilista patrimonial, o risco inerente é seu, já que dono e responsável pelo bem. Nesse sentido, necessário observar que, por entender que alegações de perda, extravio e furto simples podem dar margem a fraudes e ser de difícil comprovação, seguradoras de aparelhos portáteis, como telefone celular, sequer possibilitam a cobertura nesse tipo de evento.

Em resumo, desequilíbrio haverá entre as partes na medida em que a prestadora for obrigada a deixar de aplicar cláusula penal em virtude de perda, extravio ou furto de aparelhos, dando margem a fraude por consumidores de má-fé (que alegarão a perda do telefone para não terem que arcar com a integralidade da multa) e onerando uma empresa que, assim como inúmeras outras, explora o mercado com fulcro nos princípios constitucionais da atividade econômica (artigo 126 da LGT).

Consequência desse ônus será, portanto, a tendência à diminuição de ofertas com concessão de benefícios vinculados a um prazo de permanência mínimo, o que, hoje, vale repetir, é uma opção conferida ao consumidor, que pode contratar o serviço com ou sem o benefício vinculado a prazo de permanência mínimo.

Conforme mencionado, o consumidor só é penalizado com multa, caso haja um prazo mínimo de permanência a cumprir e encerre a relação contratual. Para evitar o encerramento da relação o consumidor pode: (i) solicitar um novo chip e dar continuidade ao serviço contratado, utilizando outro aparelho; (ii) caso não tenha outro aparelho no momento, solicitar a suspensão temporária do serviço por até 120 (cento e vinte) dias, sem ônus e sem cobrança de assinatura ou qualquer outro valor, até que tenha um novo aparelho para dar continuidade ao contrato.

4 CONCLUSÃO

Como observado ao longo do presente artigo, a condenação imposta à ANATEL na ACP 5019336-25.2016.4.04.7200/SC, viola princípios constitucionais, tais como o da separação de poderes. Além disso, pode causar impactos sem precedentes na concretização de políticas de massificação do acesso à digitalização, bem como em ações adotadas pelo mercado, para promover a oferta de aparelhos mais modernos.

Restou demonstrado, que cabe à agência reguladora, órgão detentor da *expertise* técnica, e não ao Judiciário, avaliar todos os impactos, diretos e indiretos, de qualquer opção regulatória, para garantir que as relações jurídicas no setor de telecomunicações ocorram da forma mais adequada, sem distorções e desequilíbrios.

A criação de normas de serviços telecomunicações pelo Poder Judiciário importa indevida intervenção nas competências conferidas à Anatel pela LGT. Nesse contexto, demonstrou-se que a jurisprudência dos tribunais tem entendimento no sentido de que não cabe ao Judiciário se imiscuir em assuntos técnicos de competência discricionária regulatória das agências.

Ademais, ainda que se admitisse que há um problema a ser tratado na regulamentação da Agência, não foi oportunizada a apresentação, pela Anatel, de alternativas. Tampouco foi verificado o impacto da determinação judicial e se a norma atual já atende ao que se deseja evitar, a penalização do consumidor por casos fortuitos alheios à sua vontade.

Os impactos da decisão judicial, como demonstrado, vão desde interferências em políticas públicas de ampliação de acesso e de digitalização do consumidor, quanto a impactos no mercado de fabricação de aparelho celular, a questões envolvendo fraude. Todos esses impactos podem influenciar ou ser causa da extinção de ofertas de benefícios, em contrapartida a um prazo de permanência mínima, como visto.

O modelo regulamentar atual da ANATEL não implica em ônus desarrazoado ao usuário, que pode se valer do instituto da suspensão do serviço a pedido, sem ônus ou assinatura, por até 120 (cento e vinte)

dias, prazo razoável para que consiga outro dispositivo e dê continuidade ao contrato. Ainda, tal modelo não causa os impactos mencionados e, principalmente, evita tentativa de fraude por consumidores de má-fé.

A regulamentação da Anatel, portanto, já atende às medidas que se deseja implementar, por meio da ação judicial, se não pela forma desejada pelo MPF, mas por forma igualmente eficaz e com menos impacto à sociedade, às políticas públicas e ao setor regulado.

Por tudo demonstrado, verifica-se que é temerária a interferência do Poder Judiciário na esfera de competência legal da Anatel. As consequências de um regulamento criado e imposto pelo judiciário, que não detém o conhecimento técnico sobre telecomunicações, são negativas em diversos aspectos, como demonstrado. Decisões judiciais como a da ACP 5019336-25.2016.4.04.7200/SC devem ser combatidas no âmbito do judiciário, buscando-se sempre a sua reversão, evitando-se assim a propagação do precedente desfavorável para as agências reguladoras, órgãos que conjugam a expertise técnica e a competência legal para editar regulamentos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Tribunal Regional Federal da Quinta Região*, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Leonardo Carvalho, Agravo de Instrumento nº 08041813920174050000, Data do julgamento 10/04/2018.

_____. *3ª Vara Federal de Florianópolis, Seção Judiciária de Santa Catarina*. Juiz Federal Substituto DIÓGENES TARCÍSIO MARCELINO TEIXEIRA. Ação Civil Pública nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC, Data da sentença 06/06/2017

_____. *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, 4ª Turma, Rel. Desembargador Federal LUÍS ALBERTO D AZEVEDO AURVALLE, Apelação cível nº 5019336-25.2016.4.04.7200/SC, Data do julgamento 25/07/2018.

_____. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*, 8ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaler, AC 01366840620134025101, Data da Decisão 24/08/2016, Data da Publicação 30/08/2016

_____. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*, 8ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Guilherme Diefenthaler, AC 00002935420034025114, Data da Decisão 09/04/2013, Data da Publicação 19/04/2013.

_____. *Regulamento Geral de Direitos do Consumidor-RGC*, aprovado pela Resolução ANATEL nº 632/2014

DA POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DIRETA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES PELA TELEBRÁS

*ON THE POSSIBILITY OF TELEBRÁS TO DIRECTLY
PROVIDE TELECOMMUNICATION SERVICES*

*Kizzy Aídes Pinheiro Nogueira da Gama
Procuradora Federal em exercício na PFE/Anatel
Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB
Especialista em Direito e Jurisdição pela ESMA/DF
Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - Uniderp*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve histórico dos serviços de telecomunicações no Brasil e o Surgimento da Telebrás; 2 Da Possibilidade de Prestação de Serviços de Telecomunicações pela Telebrás; 3 Do Panorama Atual e as Perspectivas da Atuação da Telebrás; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo trata resumidamente da função da Telebrás no atual mercado de telecomunicações. A atuação direta da empresa nesse mercado, embora uma realidade, encontra resistências das operadoras de Telecomunicações. Para uns, a ‘recriação’ da estatal é medida anacrônica e injustificável diante do cenário atual de abertura e livre competição. No entanto, verifica-se que os países mais desenvolvidos nunca abriram mão de uma empresa nacional nesse setor altamente estratégico. É nesse contexto que se busca analisar, ainda que brevemente, a possibilidade de prestação de serviços de telecomunicações pela Telebrás, a função da empresa no atual mercado brasileiro e as (boas) perspectivas de sua atuação.

PALAVRA-CHAVE: Telecomunicações. Telebrás. Atuação Direta. Regulação. Relevante Interesse Social.

ABSTRACT: The present study briefly approaches the Telebrás function on the current telecommunications market. Despite being real, the direct operation of the company on this market faces resistance from private telecommunication companies. For some, the refoundation of the state-owned company is anachronistic and unjustifiable, considering the current scenario of market opening and free competition. However, most developed countries never gave in having a state-owned company in this highly strategic sector. In this context we try to analyze the possibility of Telebrás to provide services, the company’s role in the current Brazilian market and (good) perspectives of its operation.

KEYWORDS: Telecommunication. Telebrás. Directly Provide. Regulation. Relevant Social Interest.

INTRODUÇÃO

Muito se tem debatido acerca da atuação da Telebrás no mercado brasileiro de telecomunicações. Para uns, a ‘recriação’ da estatal é medida anacrônica e injustificável diante do cenário atual de abertura e livre competição estabelecido nesse mercado a partir da Emenda Constitucional nº 08/1995.

Seguindo esse entendimento, os contratos firmados pela Administração Pública com a Telebrás são, frequentemente, impugnados pelas demais operadoras junto ao Tribunal de Contas da União e até mesmo judicialmente.

É nesse contexto que se busca analisar, no presente artigo, a possibilidade de prestação de serviços de telecomunicações pela Telebrás e qual a função da empresa no atual mercado brasileiro.

Para isso é essencial uma digressão histórica dos serviços de Telecomunicações no Brasil, o que permite compreender o mote que norteou a criação da empresa.

É preciso entender que os serviços de telecomunicações eram prestados por diversas empresas privadas sem qualquer integração ou planejamento. Como resultado dessa fragmentação, os serviços eram muito precários e concentrados em poucos pontos do território nacional.

A criação da Telebrás, em 1972, se deu com o propósito de centralizar os serviços em uma empresa *holding*, que pudesse gerenciar e efetivar as políticas públicas para o setor. Esse modelo proporcionou enormes ganhos aos serviços de telecomunicações nas décadas seguintes, sendo alterado no final da década de 1990, com a ‘reprivatização’ do mercado.

O presente estudo busca demonstrar que a prestação de serviços de telecomunicações pela Telebrás não só encontra amparo legal como também é importante instrumento de regulação para atender relevantes interesses sociais e coletivos.

1 – Breve histórico dos serviços de telecomunicações no Brasil e o Surgimento da Telebrás

Para a melhor compreensão da temática em questão, faz-se necessária uma breve digressão histórica acerca da prestação dos serviços de telecomunicações no Brasil.

Até a década de 60 os serviços de telecomunicação funcionavam sob o regime de concessões, contando com a participação predominante de empresas privadas estrangeiras. De acordo com a Constituição de 1946, competia tanto à União quanto aos Estados e Municípios *‘explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais’*.

Essa competência dispersa favoreceu a proliferação de empresas que prestavam os serviços somente em âmbito local. Era também descentralizado o poder de fixação de tarifas. Havia mais de mil concessionárias de pequeno porte, que atuavam sem qualquer coordenação entre si e sem compromisso com diretrizes comuns de desenvolvimento e de integração dos sistemas. Como resultado, os serviços eram extremamente precários, funcionando basicamente nas regiões Sudeste e Sul.¹

Para se ter uma ideia do cenário da época, em 1960, contando com uma população estimada em 70 milhões de habitantes, o Brasil dispunha de apenas um milhão de telefones e cerca de mil terminais de telex. As ligações interurbanas eram apoiadas basicamente em linhas físicas ou rádios que empregavam alta frequência. Somente São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Brasília estavam interligados por troncos de microondas de média capacidade. As comunicações internacionais eram realizadas por canais de HF para voz e cabos submarinos para telegrafia, com tecnologia obsoleta.²

A fragilidade desse sistema com a prestação de serviços precários por empresas privadas, a maioria estrangeiras, culminou com a necessidade de intervenção estatal no setor, materializada pela aprovação do Código Brasileiro de Telecomunicações (CTB).

A Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, estabeleceu premissas básicas para a modernização do setor, incluindo a criação de uma empresa operadora estatal, visando à integração dos serviços de telecomunicação em todo o país. Determinou a criação do Sistema Nacional de Telecomunicações (SNT), autorizando o Poder Executivo a constituir uma entidade autônoma, sob a forma de empresa pública, com a finalidade precípua de operar industrialmente os troncos integrantes do SNT e suas conexões com o exterior (artigo 4º). O código também instituiu o Conselho Nacional de Telecomunicações (Contel), órgão federal com atribuições normativas, de fiscalização e planejamento, encarregado, entre outras tarefas, de aprovar as especificações das redes telefônicas, estabelecer critérios para a fixação de tarifas e elaborar o Plano Nacional de Telecomunicações.

Assim, em 16 de setembro de 1965, foi fundada a Embratel, tendo a União como principal acionista. Suas atribuições relacionavam-se à operação e expansão dos vários equipamentos empenhados nas telecomunicações entre os estados e com o exterior, além das redes nacionais de telex e transmissão de dados. Contando com os recursos do Fundo Nacional de

1 Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/embratel>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

2 Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/embratel>>. Acesso em: 21 mar. 2019.

Telecomunicações (FNT), a empresa iniciou o processo de interligar todas as capitais e principais cidades brasileiras por troncos de microondas, recebendo ainda a missão de conectar o país ao sistema mundial de comunicações por satélite. O trabalho desenvolvido pela Embratel contribuiu para a melhoria dos serviços interurbanos e internacionais, mas os problemas da telefonia local persistiram.

Com a Constituição de 1967, encerrou-se a fragmentação do poder concedente no setor de telecomunicações, concentrando todo o feixe de competências na União.

Nesse contexto de centralizar, coordenar e planejar as atividades de telecomunicações no país, surgiu a Telebrás.

A Telecomunicações Brasileiras S/A – TELEBRAS é uma sociedade de economia mista, constituída em 09 de novembro de 1972, vinculada atualmente ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), nos termos da autorização inscrita na Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972:

Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S/A. - TELEBRÁS, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a finalidade de:

I - planejar os serviços públicos de telecomunicações, de conformidade com as diretrizes do Ministério das Comunicações;

II - gerir a participação acionária do Governo Federal nas empresas de serviços públicos telecomunicações do país;

III - promover medidas de coordenação e de assistência administrativa e técnica às empresas de serviços públicos de telecomunicações e aquelas que exerçam atividades de pesquisas ou industriais, objetivando a redução de custos operativos, a eliminação de duplicações e, em geral a maior produtividade dos investimentos realizados;

IV - promover a captação em fontes internas e externas, de recursos a serem aplicados pela Sociedade ou pelas empresas de serviços públicos de telecomunicações, na execução de planos e projetos aprovados pelo Ministério das Comunicações;

V - promover, através de subsidiárias ou associadas, a implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações, no território nacional e no exterior.

VI -promover e estimular a formação e o treinamento de pessoal especializado, necessário às atividades das telecomunicações nacionais;

VII -executar outras atividades afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério das Comunicações.

§ 1º A TELEBRÁS terá sede e foro na Capital Federal e o prazo de sua duração será indeterminado.

§ 2º A TELEBRÁS poderá constituir subsidiárias e participar do capital de outras empresas, cujas atividades sejam relacionadas com o setor de telecomunicações.

A partir daí a Telebrás iniciou o processo de aquisição, absorção e unificação das centenas de concessionárias que prestavam serviços telefônicos no país e a Embratel foi transformada em sociedade de economia mista e tornou-se sua subsidiária. Surgia, assim, o sistema Telebrás composto pela empresa federal, pela Embratel e por mais 27 empresas subsidiárias atuantes no âmbito estadual e local.³

Após sua efetiva criação e com o processo de consolidação, veio o Decreto nº 74.379, de 8 de agosto de 1974, que conferiu à empresa a condição de concessionária geral para a exploração de serviços públicos de telecomunicações, nos seguintes termos:

Art. 1º. A Telecomunicações Brasileiras S/A – Telebrás é a concessionária geral para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, em todo o território nacional.

3 A *holding* Telebrás tornou-se acionista majoritária de todas as empresas-pólo estaduais, salvo no Rio Grande do Sul. A razão social dessas empresas foi uniformizada, sendo composta pelo termo inicial “telecomunicações”, complementado pelo nome da unidade da federação e pela sigla S.A. que indicava seu regime jurídico. Surgiram assim, como ficaram conhecidas de forma abreviada, a Telemig (1973), sucessora da CTMG, a Telesp (1973), herdeira do sistema telefônico da CTB em São Paulo, a Telerj (1976), que assumiu o patrimônio da CTB no Rio de Janeiro, e assim por diante. Embora vinculada ao sistema Telebrás, a Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT) permaneceu sob controle do governo gaúcho, constituindo um caso excepcional entre as empresas-pólo de integração estadual. Uma outra concessionária gaúcha, a Companhia Telefônica Melhoramentos e Resistência (CTMR), atuante em Pelotas, foi incorporada, entretanto, pela *holding* federal em 1976.

Em sua configuração final, o sistema foi composto pela *holding* Telebrás, pela Embratel, empresa *carrier* de longa distância de âmbito nacional e internacional, responsável também pelos serviços de comunicação de dados, telex, retransmissão de televisão e satélites, e 27 empresas de âmbito estadual ou local: Telesp, Telerj, Telemig, Telest (Espírito Santo), Telepar (Paraná), Telesc (Santa Catarina), Telebrasil (operadora do Distrito Federal e áreas vizinhas), Telegoiás (atuante também no estado de Tocantins), Telemat (Mato Grosso), Telems (Mato Grosso do Sul), Telebahia, Telergipe (Sergipe), Telasa (Alagoas), Telpe (Pernambuco), Telpa (Paraíba), Telern (Rio Grande do Norte), Teleceará, Telepisa (Piauí), Telma (Maranhão), Telepará, Telamapá, Telaima (Roraima), Telamazon (Amazonas), Teleacre, Teleron (Rondônia), CTMR e CTBC. (<http://www.fgv.br/Cpdoc/Acervo/dicionarios/verbeta-tematico/telebras>)

§1º A Telebrás poderá delegar a empresa subsidiária ou associada, concessão para a exploração parcial de serviços públicos de telecomunicações.

Verifica-se, então, que a Telebrás, em conjunto com suas subsidiárias e associadas, foi a principal responsável pela prestação dos serviços de telecomunicações no Brasil, tendo a Constituição da República de 1988, inclusive, previsto o monopólio estatal no setor.⁴

Com a crise financeira da década de 1980, restaram prejudicados os investimentos necessários para a expansão do sistema nacional de telecomunicações, o que abriu espaço para a privatização do sistema e a reestruturação do setor.⁵

No governo Sarney já começaram os debates sobre a privatização das telecomunicações. Todavia, a Constituinte de 1988, como visto, optou pelo modelo público exclusivo de exploração das telecomunicações básicas, deixando para entidades de direito privado a prestação de serviços de informação por meio da rede pública de telecomunicações da União.

A crise enfrentada no setor, entretanto, não fora dissipada, como comprovam os seguintes dados:⁶

De todo modo, o sistema Telebrás não conseguiu cumprir as metas fixadas para o ano de 1989. Do milhão de terminais telefônicos prometidos, somente 342 mil foram colocados em serviço. Tratava-se de número altamente insuficiente para atender aos milhares de compradores dos planos de expansão que já haviam quitado seus carnês há mais de dois anos. O longo prazo de espera para a instalação das linhas contribuiria para a formação de um especulativo mercado secundário de linhas telefônicas.

4 Art. 21 - Compete à União:

XI – explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

5 A queda dos investimentos comprometeu a continuidade da expansão e da melhoria do sistema nacional de telecomunicações. Com 14,6 milhões de telefones instalados, o Brasil apresentava em 1989 uma densidade de 8,8 telefones por cem habitantes, índice inferior ao do Uruguai (13,6) e da Argentina (10,3). O índice de congestionamento das linhas saltou do nível considerado aceitável de 6% para 31,1%, ao passo que a taxa de chamadas completadas caiu de 50% para 30%. – Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/telebras>> Acesso em 20/03/19.

6 Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/telebras>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

Nesse contexto, voltaram os debates sobre a privatização do sistema, tendo o Presidente Fernando Collor de Melo dado alguns passos para a abertura do mercado para a iniciativa privada. Como exemplo, citam-se a Portaria MC nº 882/1990⁷ e o Decreto nº 177/1991, que inseriram modificações tendentes a contornar o monopólio estatal no setor. Tais normativos foram questionados judicialmente, deixando patente a fragilidade e a insegurança jurídica das referidas medidas.

Em 1995, o Presidente Fernando Henrique Cardoso tomou posse com o compromisso de promover a mudança do modelo de organização institucional das telecomunicações brasileiras. Em agosto do mesmo ano, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 08, que facultou a exploração dos serviços de telecomunicações pelo capital privado, acabando, assim, com o monopólio estatal na prestação desses serviços.

Posteriormente, em julho de 1997, foi aprovada a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472), que substituiu o Código Brasileiro de Telecomunicações, dispondo sobre a criação de um órgão regulador (Anatel), a redefinição e a classificação dos serviços de telecomunicações, o estabelecimento das condições de interconexão e concorrência na rede básica (longa distância e local), a conceituação do serviço universal e dos mecanismos de seu financiamento e a reorganização da Telebrás.

A ideia central da reforma promovida era *conferir ao Estado o papel principal de regulador, diminuindo suas funções como agente econômico*. De acordo com o artigo 65, §1º, da LGT, a União assumiu o compromisso de garantir a existência e a universalização dos serviços de telecomunicações de interesse coletivo considerados essenciais, prestados em princípio sob o regime de direito público. Já os serviços de interesse restrito deveriam ser prestados sob o regime de direito privado.

Estava pavimentado o caminho para a efetiva desestatização do Sistema Telebrás, autorizada pelo artigo 187 da LGT.⁸

7 Portaria MC nº 882, de 8 de novembro de 1990 – Revoga a Portaria nº 109, de 25 de janeiro de 1979 e determina ao Secretário de Telecomunicações que reveja os regulamentos e as normas técnicas que disciplinam a prestação de serviços de telecomunicações, com o objetivo de eliminar as restrições ao acesso da iniciativa privada à prestação dos mesmos serviços.

8 Em 29 de julho de 1998, num dos maiores leilões de privatização já realizados no mundo, o governo federal vendeu as 12 *holdings* criadas a partir da cisão do sistema Telebrás, arrecadando o montante de R\$ 22,057 bilhões, equivalentes a US\$ 19 bilhões ao câmbio do dia. Os grupos estrangeiros, principalmente espanhóis e portugueses, dominaram a disputa. Das 12 empresas, quatro foram arrematadas por consórcios de capital externo. Em outras seis, houve associação entre capital nacional e estrangeiro. Somente duas foram compradas por grupos exclusivamente nacionais. Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/telebras>> Acesso em 20/03/19.

Embora a Telebrás tenha perdido a função de controladora do sistema, ela não foi formalmente extinta.⁹ A empresa remanesceu, pois apenas suas controladas/subsidiárias foram desestatizadas, sendo reativada no ano de 2010, conforme será abordado a seguir.

2 DA POSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES PELA TELEBRÁS

Diante do contexto acima explicitado, questiona-se se a Telebrás poderia, atualmente, prestar diretamente serviços de telecomunicações. A questão tem sido alvo de debates, havendo questionamentos junto ao Judiciário e ao Tribunal de Contas.

A primeira constatação importante é a de que permanece em vigor o arcabouço jurídico para seu funcionamento (lei de autorização, decretos, seus estatutos e regimento). Assim, a atuação da Telebrás encontra embasamento legal.

Corroborando tal entendimento, verifica-se que a Telebrás obteve, em conformidade com as novas exigências da LGT, autorização para prestação de Serviços de Comunicação Multimídia – SCM.¹⁰

Subsistindo sua base normativa, o que se pode questionar é em quais moldes se daria a sua atuação, à luz de um ambiente de livre concorrência e abertura de mercado, implementados no final da década de 1990, como visto acima.

Assim, a ‘reativação’ da Telebrás se dá fora do ambiente monopolista, bem como de forma direta, uma vez que não faz mais sentido uma atuação intermediada por subsidiárias, como o foi no passado em razão de contingências históricas já explicitadas.

Nesse contexto, em um primeiro momento, foi editado, em 12 de maio de 2010, o Decreto nº 7.175, que instituiu o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL), conferindo à Telebrás a função de viabilizar sua implantação nos seguintes termos:

Art. 4º Para a consecução dos objetivos previstos no art. 1º, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei no 5.792, de 11 de julho de 1972, caberá à Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS:

I - implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal;

9 A Reativação da Telebrás – Juarez Quadros. Disponível em: <<http://www.teleco.com.br/emdebate/quadros08.asphttp://fndc.org.br/clipping/reativacao-da-telebras-383024/>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

10 Ato nº 1.027, de 16 de fevereiro de 2011, aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel.

II - prestar apoio e suporte a políticas públicas de conexão à Internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, telecentros comunitários e outros pontos de interesse público;

III - prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos; e

IV - prestar serviço de conexão à Internet em banda larga para usuários finais, apenas e tão somente em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços.

§ 1º A TELEBRÁS exercerá suas atividades de acordo com a legislação e a regulamentação em vigor, sujeitando-se às obrigações, deveres e condicionamentos aplicáveis.

§ 2º Os sistemas de tecnologia de informação e comunicação destinados às atividades previstas nos incisos I e II do **caput** são considerados estratégicos para fins de contratação de bens e serviços relacionados a sua implantação, manutenção e aperfeiçoamento.

§ 3º A implementação da rede privativa de comunicação da administração pública federal de que trata o inciso I do **caput** consistirá na provisão de serviços, infraestrutura e redes de suporte à comunicação e transmissão de dados, na forma da legislação em vigor.

§ 4º O CGPID definirá as localidades onde inexista a oferta adequada de serviços de conexão à Internet em banda larga a que se refere o inciso IV do **caput**.

§ 4º O Ministério das Comunicações definirá as localidades onde inexista a oferta adequada de serviços de conexão à Internet em banda larga a que se refere o inciso IV do **caput**. (Redação dada pelo Decreto nº 8.776, de 2016)

Art. 5º No cumprimento dos objetivos do PNBL, fica a TELEBRÁS autorizada a usar, fruir, operar e manter a infraestrutura e as redes de suporte de serviços de telecomunicações de propriedade ou posse da administração pública federal.

Parágrafo único. Quando se tratar de ente da administração federal indireta, inclusive empresa pública ou sociedade de economia mista controlada pela União, o uso da infraestrutura de que trata o **caput** dependerá de celebração de contrato de cessão de uso entre a TELEBRÁS e a entidade cedente.¹¹

¹¹ O Decreto nº 7.175/2010 foi revogado pelo Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018.

Da leitura dos dispositivos transcritos, verifica-se que as funções outorgadas à Telebrás o foram em consonância com os objetivos elencados no diploma legal autorizativo de sua criação.

Nesse novo paradigma, a Telebrás figura como autorizatória do Serviço de Comunicação Multimídia, explorando diretamente atividade econômica, em decorrência do relevante interesse coletivo.

Percebe-se também que sua atuação não se dá em concorrência com as demais operadoras, mas com o objetivo de viabilizar a execução de políticas públicas calcadas no interesse coletivo. Nesse sentido era significativo o disposto no artigo 4º, incisos I e IV, do Decreto nº 7.175/2010, segundo o qual cabe à Telebrás implementar a rede privativa de comunicação da Administração Federal e prestar serviço de conexão à internet em banda larga para usuários finais, nas localidades onde exista oferta adequada desses serviços.

O papel precípua da estatal, portanto, não é atuar direta e puramente como agente econômico no mercado de telecomunicações, e sim complementá-lo e regulá-lo, com base em uma ação subsidiária e em consonância com o marco regulatório vigente.

Em contraposição ao que foi aqui exposto, parte da doutrina – e também as operadoras de telecomunicações – entendem que a estatal não pode prestar diretamente qualquer serviço na área de telecomunicações.

Defende esse ponto de vista, por exemplo, Pedro Dutra que, ao tratar do decreto em comento, assim se posiciona:¹²

Não pode haver dúvida de que essa situação, admitida pelo decreto, confronta o princípio da livre concorrência estipulado na Constituição e nela objetivado nos termos do §4º do art. 173.

Na mesma linha de raciocínio, o Partido Político Democratas – DEM – ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal, impugnando justamente os artigos 4º e 5º do Decreto nº 7.175/2010. Sustentou que o atual regime jurídico das telecomunicações não permitiria a presença do Estado como explorador de serviços por intermédio da Telebrás, *verbis*:

Não há compatibilidade com o atual regime jurídico das telecomunicações, desenhado para instrumentar um mercado regulado e competitivo, a presença do Estado na prestação e exploração de serviços por meio

¹² DUTRA, Pedro. A 'recriação' da Telebrás. In: BARRIONUEVO, Arthur (Org.). *Direito e Economia das Telecomunicações*. São Paulo: Singular, 2013. p 43.

da TELEBRÁS, sociedade de economia mista cuja desativação deve se operar com base na lei.

No bojo da ação, a Advocacia Geral da União sustentou a legalidade dos dispositivos impugnados, pois aqueles visam a promover as finalidades constitucionais da ordem econômica e a finalidade do PNBL é a de atender ao relevante interesse coletivo, e não gerar lucros para o Estado através do desempenho de atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Colhe-se da referida manifestação:

Vê-se, da leitura dos dispositivos transcritos, que as atribuições conferidas à TELEBRÁS inserem-se nas hipóteses em que é autorizado ao Poder Público atuar na ordem econômica, pois tratam da prestação de serviço público ou da atuação direta na atividade econômica em razão de relevante interesse coletivo.

Também a Procuradoria Geral da República posicionou-se favoravelmente às normas editadas. Confira-se o seguinte trecho do Parecer apresentado ao STF:

As normas regulamentares ora impugnadas têm o propósito claro de promover a efetivação dos direitos fundamentais à informação (art. 5º, XIV, da CR) e ao conhecimento educacional (art. 6º da CR). A prestação pela TELEBRÁS da atividade de difusão do acesso ao serviço de conexão à internet em banda larga, nos termos propostos, consiste em política pública voltada à ampliação do uso desse canal de comunicação nas entidades públicas (art. 4º, I a III do Decreto nº 7.715/10) e entre os particulares (“usuários finais”) apenas nas regiões não atendidas pelas empresas privadas (art. 4º, IV, do Decreto nº 7.175/10). Essas medidas não possuem qualquer conotação lucrativa, pois a TELEBRÁS não atuará em setores do mercado explorados pela iniciativa privada.

Embora o mérito da referida ação (ADPF nº 215) nunca tenha sido julgado, foi **negada** a medida cautelar, que visava a suspensão da eficácia dos artigos 4º e 5º do referido decreto e parte do artigo 3º da Lei nº 5.792/1972.

A discussão ganhou novo patamar com a edição do Decreto nº 8.135, de 4 de novembro de 2013, dispondo sobre as comunicações de dados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e sobre a dispensa de licitação nas contratações que possam comprometer a segurança nacional. Assim, dispôs:

Art. 2º Com vistas à preservação da segurança nacional, fica dispensada a licitação para a contratação de órgãos ou entidades da administração pública federal, incluindo empresas públicas e sociedades de economia mista da União e suas subsidiárias, para atendimento ao disposto no art. 1º.

§ 1º Enquadra-se no **caput** a implementação e a operação de redes de telecomunicações e de serviços de tecnologia da informação, em especial à garantia da inviolabilidade das comunicações de dados da administração pública federal direta e indireta.

§ 2º Os fornecimentos referidos no § 1º para a administração pública federal consistirão em:

I - rede de telecomunicações - provimento de serviços de telecomunicações, de tecnologia da informação, de valor adicionado e de infraestrutura para redes de comunicação de dados; e

II - serviços de tecnologia da informação - provimento de serviços de desenvolvimento, implantação, manutenção, armazenamento e recuperação de dados e operação de sistemas de informação, projeto de infraestrutura de redes de comunicação de dados, modelagem de processos e assessoramento técnico, necessários à gestão da segurança da informação e das comunicações.

Assim, foi reafirmado que não só a empresa poderia prestar esses serviços, como também deveria ser contratada, por dispensa de licitação, pela Administração Pública com a finalidade de implementar e operacionalizar rede segura de telecomunicações e de serviços de tecnologia da informação da Administração Pública Federal, com a finalidade de preservar a segurança nacional.

A autorização dada pelo decreto para a contratação direta da Telebrás pelos órgãos da Administração Pública Federal buscou conferir sustentação financeira para a empresa, de modo que ela pudesse atender aos objetivos do PNBL.

Essa medida, no entanto, não foi bem recebida, sendo fortemente atacada pelas empresas do setor, o que culminou com a revogação do Decreto nº 8.135/2013, conforme se expõe adiante.

3 DO PANORAMA ATUAL E AS PERSPECTIVAS DA ATUAÇÃO DA TELEBRÁS

Conforme anteriormente exposto, não há qualquer impedimento a que a Telebrás, em determinadas circunstâncias, preste serviços no mercado de Telecomunicações. Aliás, a legislação, inclusive, em determinado

momento, criou um nicho de atuação para a empresa com a sua contratação direta para a implantação da rede segura de comunicações de dados da Administração Federal, com vistas a garantir a inviolabilidade dessas comunicações.

Essa ‘reserva de mercado’ foi fortemente atacada pelas empresas de Telecom, representadas pelo SindiTelebrasil, que representou junto ao TCU contrariamente a contratações diretas celebradas pela ANTT, Ibama e Ministério da Defesa com a Telebrás com fundamento no Decreto nº 8.135/2013.¹³

Embora não tenha havido posicionamento desfavorável à estatal, a pressão exercida pelas operadoras parece ter surtido efeito, de modo que, recentemente, tanto o Decreto nº 8.135/2013 quanto o Decreto nº 7.175/2010 foram revogados.¹⁴

Todavia, o Decreto nº 9.612, de 17 de dezembro de 2018, que dispôs sobre ‘políticas públicas de telecomunicações’, o fez nos seguintes termos:

Art. 12. As políticas públicas de telecomunicações de que trata este Decreto substituem, para todos os fins legais, o Programa Nacional de Banda Larga e o Programa Brasil Inteligente, mantidas as seguintes atribuições da Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebrás:

I - implementação da rede privativa de comunicação da administração pública federal;

II - prestação de apoio e suporte às políticas públicas de conexão à internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, tele centros comunitários e outros pontos de interesse público;

III - provisão de infraestrutura e de redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios e por entidades sem fins lucrativos; e

IV - prestação de serviço de conexão à internet em banda larga para usuários finais, apenas em localidades onde inexista oferta adequada daqueles serviços.

§ 1º A Telebrás exercerá suas atividades nos termos da legislação.

13 Disponível em: <<http://teletime.com.br/31/07/2018/teles-entram-com-nova-representacao-no-tcu-contratos-sem-licitacao-da-telebras/>> Acesso em: 10 mar. 2019.

14 Revogados, respectivamente, pelo Decreto nº 9637/2018 e 9612/2018.

§ 2º Os sistemas de tecnologia de informação e comunicação destinados às atividades de que tratam os incisos I e II do **caput** são considerados estratégicos para fins de contratação de bens e serviços relacionados à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento.

§ 3º A implementação da rede privativa de comunicação da administração pública federal de que trata o inciso I do **caput** consistirá na provisão de serviços, infraestrutura e redes de suporte à comunicação e à transmissão de dados, na forma da legislação em vigor.

§ 4º O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações definirá as localidades onde inexista a oferta adequada de serviços de conexão à internet em banda larga a que se refere o inciso IV do **caput**.

§ 5º A Telebrás permanece autorizada a usar, fruir, operar e manter a infraestrutura e as redes de suporte de serviços de telecomunicações de propriedade ou posse da administração pública federal e a firmar o correspondente contrato de cessão, na hipótese de uso de infraestrutura detida por entidade da administração pública federal indireta.

§ 6º As ações executadas ou em execução com fundamento nos programas indicados no **caput** não serão prejudicadas pela entrada em vigor deste Decreto.

Percebe-se, assim, que, apesar da revogação do decreto do Plano Nacional de Banda Larga, não houve alteração substancial no tratamento anteriormente dado para a atuação da estatal.

Continua como incumbência da empresa a implementação da rede privativa de comunicação da administração pública federal, bem como prestar apoio e suporte às políticas públicas de conexão à internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, tele centros comunitários e outros pontos de interesse público e prestação de serviço de conexão à internet em banda larga para usuários finais onde inexista oferta adequada desses serviços.

Permanece, portanto, incólume a base legal para a atuação da Telebrás no mercado de comunicações como executora de relevantes políticas públicas voltadas ao atendimento do interesse social/coletivo.

Uma incerteza que se apresenta, no cenário atual, é acerca da sustentabilidade financeira da empresa, uma vez que a revogação do Decreto nº 8.135/2013 lhe retirou uma importante fonte de recursos.

Vale ressaltar que o setor de Telecomunicações é estratégico para qualquer país, de modo que a manutenção de uma empresa estatal nesse

setor afigura-se relevante, inclusive, para assegurar a efetivação de interesses estratégicos nacionais nessa seara.

Nesse contexto, a Telebrás tem boas perspectivas, principalmente por conta da gestão do Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas (SGDC)¹⁵, que visa, primordialmente, garantir a soberania do País em suas comunicações militares (pela banda X, de responsabilidade do Ministério da Defesa), prover a comunicação segura entre os órgãos e entidades da Administração Pública Federal e aumentar significativamente o número de municípios com banda larga atendidos pelo Plano Nacional de Banda Larga.¹⁶

O SGDC é o primeiro artefato em banda Ka totalmente operado pelo governo brasileiro e é o único satélite em órbita brasileira capaz de cobrir todo o território nacional com conectividade de altíssima velocidade. Os artefatos até então em funcionamento (de empresas europeias, mexicanas e norte-americanas) somente fornecem alta capacidade de conexão para as regiões economicamente mais atraentes.¹⁷

A operação do referido satélite foi viabilizada por meio de acordo de parceria celebrado pela empresa Telecomunicações Brasileiras S.A. (Telebrás) e pela empresa norte-americana Viasat Inc., por meio de sua representante no Brasil, a empresa Viasat Brasil Serviços de Comunicações Ltda. (Viasat), com o fito de estabelecer o compartilhamento da receita decorrente da utilização da capacidade do Satélite Geoestacionário de Defesa e de Comunicações Estratégicas (SGDC).¹⁸

Vale ressaltar que foi oferecida às empresas operadoras de Telecomunicações a oportunidade de explorar a banda Ka do referido satélite, por meio do Chamamento Público nº 02/2017, mas, depois de 8 meses de negociações, não houve apresentação de qualquer proposta comercial.¹⁹ Isso demonstra, de modo incontestado, que a presença da Telebrás

15 O Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações Estratégicas (SGDC) foi desenvolvido pelo INPE, em colaboração com a empresa Visiona (joint venture entre a Telebras S/A e a Embraer Defesa e Segurança), e lançado em maio de 2017. Trinta por cento da sua capacidade está reservada para as comunicações militares, por meio da banda X. O restante correspondente à banda Ka. MAGALHÃES, Alex. SGDC: O Brasil não pode esperar. Disponível em: <<http://teletime.com.br/05/07/2018/sgdc-o-brasil-nao-pode-esperar/>>. Acesso em: 03 abr. 2019

16 Em conformidade com o Termo de Referência 001/GE/SGDC, de 23/10/2012, do Grupo-Executivo do Projeto do SGDC, constante do TC 018.569/2013-7 (TCU)

17 MAGALHÃES, Alex. SGDC: O Brasil não pode esperar. Disponível em: <<http://teletime.com.br/05/07/2018/sgdc-o-brasil-nao-pode-esperar/>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

18 A referida parceria foi contestada perante o Tribunal de Contas da União (TC 022.981/2018-7) e o Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Liminar 1157/AM). Inicialmente, o contrato foi suspenso e, posteriormente, liberado pelo STF.

19 MAGALHÃES, Alex. SGDC: O Brasil não pode esperar. Disponível em: <<http://teletime.com.br/05/07/2018/sgdc-o-brasil-nao-pode-esperar/>>. Acesso em: 03 abr. 2019

nesse mercado é essencial, haja vista a necessidade de ofertar serviços em áreas não atendidas pelos agentes econômicos.

De acordo com dados da Abrasat – Associação Brasileira de Telecomunicações por Satélite –, 40% da população brasileira não tem acesso à internet e mais de 75% das que vivem no meio rural não têm conexão em banda larga ou o acesso é de baixa qualidade.²⁰

Constata-se, portanto, que a privatização levada a efeito no setor de telecomunicações não foi capaz, por si só, de universalizar tais serviços públicos, principalmente os serviços de comunicação multimídia.

A presença da Telebrás no mercado, portanto, ganha imensa importância, atuando onde as operadoras não têm interesse.

Atualmente, a Telebrás atua, por exemplo, para viabilizar programas governamentais de inclusão digital, como o Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (GESAC).

Outro exemplo de atuação da estatal foi o fornecimento de conexão à internet de alta velocidade e gratuita para apoiar os trabalhos de resgate e salvamento na tragédia de Brumadinho-MG, que vitimou centenas de pessoas.²¹

Da mesma forma como a criação da Telebrás atendeu ao propósito de coordenar e planejar as atividades de telecomunicações com a finalidade de prestar esses serviços essenciais de maneira adequada, também agora percebe-se com clareza a necessidade de se perpetuar a atuação da empresa com vistas a atender relevantes interesses coletivos e sociais na seara das Telecomunicações.

O desafio que se apresenta é ofertar os serviços necessários, nas circunstâncias específicas já apresentadas, e, ao mesmo tempo, conferir sustentação financeira à empresa.

20 Empresas de Satélite reclamam dos privilégios da Telebras. Disponível em: <<https://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&UserActiveTemplate=mobile%252Csite&infoid=49985&sid=8>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

21 Em menos de uma semana após o rompimento da barragem, a Telebrás ativou o atendimento às famílias das vítimas na Estação do Conhecimento, em Brumadinho, e à Comunidade Parque das Cachoeiras, próximo dali, para disponibilizar comunicação rápida à Defesa Civil e à população local. Em sete dias de buscas por vítimas do rompimento da barragem da Vale, nove profissionais, entre engenheiros e técnicos da Telebrás vêm atuando incansavelmente em Brumadinho para viabilizar a conectividade do serviço de internet rápida e gratuita via *WiFi* ao Comando Central de Operações, às Polícias Federal e Militar de Minas Gerais, à Força Aérea, Corpo de Bombeiros, Defesa Civil, aos militares israelenses no apoio às operações de campo, ao serviço de cadastramento das famílias necessitadas e à comunidade na região. Disponível em: <<https://www.telebras.com.br/inst/?tag=satelite-geoestacionario-de-defesa-e-comunicacoes-estrategicas>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo traçou inicialmente um breve histórico do contexto que culminou com a criação de uma empresa estatal no setor de Telecomunicações: a Telecomunicações Brasileiras S/A.

Ao longo dos anos, naturalmente, o papel da Telebrás foi se modificando. Com a mudança de paradigma ocasionada pela abertura do mercado de Telecomunicações na década de 1990, a empresa deixou de ser uma *holding* estatal monopolista que direcionava a atuação de suas subsidiárias locais/regionais. Passou a atuar diretamente no mercado, baseada em extenso conjunto de normas que lhe garantem, basicamente, a tarefa de apoiar a Administração Pública Federal na consecução de políticas públicas para o setor de telecomunicações.

Atualmente, o foco de atuação da empresa encontra-se na prestação de serviços de telecomunicações via satélite, que trará imensos ganhos para a população mais desassistida – escolas, unidades de saúde, postos de fronteira, aldeias indígenas, quilombolas e localidades historicamente isoladas digitalmente – que passará a ter acesso à banda larga de qualidade.

Assim, de tudo que foi exposto no presente trabalho, infere-se que a atuação direta da Telebrás no mercado não somente é juridicamente possível como também desejável, pois tem a finalidade precípua de regular o setor, provendo infraestrutura e prestando diretamente serviços de telecomunicações, mas de forma complementar à iniciativa privada, visando à massificação do acesso a serviços de conexão à internet em banda larga e à promoção da inclusão digital.

REFERÊNCIAS

DUTRA, Pedro. A ‘recriação’ da Telebrás. In: BARRIONUEVO, Arthur (Org.). *Direito e Economia das Telecomunicações*. São Paulo: Singular, 2013

MAGALHÃES, Alex. SGDC: O Brasil não pode esperar. Disponível em: <<http://teletime.com.br/05/07/2018/sgdc-o-brasil-nao-pode-esperar/>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

OMMATI, José Emílio Medauar. Breves anotações sobre o procedimento de privatização do sistema Telebrás em face do paradigma do estado democrático de direito. Belo Horizonte, *Revista do CAAP*, ano IV, n. 6, p 247-268, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. A regulação das Telecomunicações: Papel atual e Tendências Futuras. São Paulo, *Interesse Público – IP*, ano 3, n. 10, p. 17-26, abr./jun. 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Reforma das telecomunicações: o problema da implantação das novas redes. *Interesse Público – IP*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 30-49, abr./jun. 1999.

VEDANA, Wilson. A Telebrás e a nova lei geral de telecomunicações. *Cadernos Asselegis – Edição comemorativa dos 25 anos da Assessoria Legislativa*. Brasília, volume 1, n. 2, p. 35-42, maio/ago. 1997 (ps. 38 e 39)

DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 12 DA
LEI Nº 13.116/2015. APLICABILIDADE A
ÁREAS URBANAS E RURAIS

*INTERPRETATION OF ARTICLE 12 OF LAW N. 13.116 / 2015.
APPLICATION TO URBAN AND RURAL AREAS*

*Luciana Chaves Freire Félix
Procuradora Federal em Brasília-DF
Pós-Graduada em Direito Público, em Direito Processual Civil e em Direito
Administrativo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do objeto da Lei nº 13.116/2015; 2 Do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015; 3 Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho trata da aplicabilidade do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 a áreas urbanas e rurais. Assim é que o presente estudo, sem a pretensão de esgotar o assunto, discorre sobre a origem e interpretação do dispositivo. Por fim, destaca precedentes jurisprudenciais sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 12. Lei nº 13.116/2015. Áreas Urbanas e Rurais.

ABSTRACT: This article addresses the applicability of article 12 of Law n. 13.166/2015 to urban and rural areas. Thus the present study, with no intention to deplete the issue, discusses the origin and interpretation of this legal article. Finally, the study highlights jurisprudential precedents regarding the subject.

KEYWORDS: Article 12. Law n. 13.116/2015. Urban and Rural Areas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da aplicabilidade do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 a áreas urbanas e rurais.

Para tanto, apresenta uma breve descrição do objeto e das finalidades da Lei nº 11.116/2015, bem como das diretrizes que permearam sua edição.

Em seguida, o trabalho trata especificamente da interpretação do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015. Nesse ponto, o objetivo principal do presente trabalho é demonstrar que, pelas regras de hermenêutica, seja pela interpretação literal, lógica (ou racional) e teleológica, o artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 é aplicável tanto a áreas urbanas quanto a áreas rurais.

Por derradeiro, são colacionados precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que tratam da matéria.

1 DO OBJETO DA LEI Nº 13.116/2015

A Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015 (Lei nº 13.116/2015), nos termos de sua ementa, “estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nºs 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 5 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001”.

Verifica-se, de início, que não há qualquer indicativo em sua ementa, tampouco dispositivo na Lei que indistintamente restrinja sua aplicação a determinadas áreas.

Inclusive, a *Lei nº 13.116/2015 teve sua ementa alterada durante a tramitação de seu Projeto de Lei*. A Lei nº 13.116/2015 teve origem no Projeto de Lei do Senado nº 293, de 2012, cuja redação final da ementa enviada à Câmara dos Deputados era a seguinte:

Estabelece normas gerais de política urbana e de proteção à saúde e ao meio ambiente associadas à implantação e ao compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações.

(grifos acrescidos)

Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei recebeu o nº 5.013/2013, tendo recebido nova ementa, tendo sido esta a ementa final constante da Lei nº 13.116/2015:

Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nºs 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 5 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001.

(grifos acrescidos)

Verifica-se, portanto, a nítida intenção do legislador de estabelecer *normas gerais* para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações, sem restringi-las a áreas urbanas.

Nesse sentido, vale transcrever a manifestação do Relator do Projeto, Deputado Edson Santos, na Comissão Especial da Câmara dos Deputados destinada a tratar da matéria:

É nesse contexto que se insere a presente proposição, que tem como principal objetivo uniformizar em nível nacional as regras de licenciamento e de instalação de infraestrutura de telecomunicações – processo que vem se burocratizando ao longo do tempo com o estabelecimento de centenas de novas legislações municipais e estaduais. Desse modo, o projeto propõe a instituição de mecanismos que permitirão uma tramitação mais célere entre os requerimentos de licenciamento e a efetiva instalação dos equipamentos. (grifos acrescidos)

Ademais, há de se considerar as diretrizes que permearam a edição da Lei, as quais também restaram estampadas em sua própria ementa, no sentido de estabelecer normas gerais para implantação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, de modo a uniformizá-las em todo o país, seja em áreas urbanas seja em áreas rurais - não foi feita qualquer diferenciação nesse ponto.

Nesse sentido, vale transcrever o disposto no artigo 1º da Lei nº 13.116/2015:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais aplicáveis ao processo de licenciamento, instalação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, com o propósito de torná-lo compatível com o desenvolvimento socioeconômico do País.

§ 1º A gestão da infraestrutura de que trata o caput será realizada de forma a atender às metas sociais, econômicas e tecnológicas estabelecidas pelo poder público.

§ 2º Não estão sujeitos aos dispositivos previstos nesta Lei:

I - as infraestruturas de telecomunicações destinadas à prestação de serviços de interesse restrito em plataformas off-shore de exploração de petróleo;

II - os radares militares e civis com propósito de defesa ou controle de tráfego aéreo, cujo funcionamento deverá obedecer à regulamentação específica;

III - as infraestruturas de radionavegação aeronáutica

e as de telecomunicações aeronáuticas, fixas e móveis, destinadas a garantir a segurança das operações aéreas, cujo funcionamento deverá obedecer à regulamentação específica.

§ 3º Aplicam-se de forma suplementar as legislações estaduais e distrital, resguardado o disposto no art. 24, § 4º, da Constituição Federal.

(grifos acrescentados)

Verifica-se que, além de a Lei nº 13.116/2015 estabelecer normas gerais aplicáveis ao licenciamento, instalação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, ela tem o propósito de torná-lo compatível com o desenvolvimento socioeconômico do país, de modo a atender às metas sociais, econômicas e tecnológicas. Tal desenvolvimento deve abranger o país como um todo, seja áreas urbanas ou áreas rurais.

De se salientar, ainda, que o §2º do artigo 1º da Lei nº 13.116/2015, que estabelece as hipóteses em que ela não é aplicável, não elenca, dentre elas, as áreas rurais.

Ainda sobre os objetivos da Norma, vale transcrever o artigo 2º da Lei nº 13.116/2015, *verbis*:

Art. 2º O disposto nesta Lei tem por objetivo promover e fomentar os investimentos em infraestrutura de redes de telecomunicações, visando, entre outros:

I - à uniformização, simplificação e celeridade de procedimentos e critérios para a outorga de licenças pelos órgãos competentes;

II - à minimização dos impactos urbanísticos, paisagísticos e ambientais;

III - à ampliação da capacidade instalada de redes de telecomunicações, tendo em vista a atualização tecnológica e a melhoria da cobertura e da qualidade dos serviços prestados;

IV - à precaução contra os efeitos da emissão de radiação não ionizante, de acordo com os parâmetros definidos em lei; e

V - ao incentivo ao compartilhamento de infraestrutura de redes de telecomunicações.

(grifos acrescentados)

Nesse ponto, aliás, a Lei nº 13.116/2015 está em consonância com a própria Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997 (LGT), em seu artigo 2º. Vejamos:

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

IV - fortalecer o papel regulador do Estado;

V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;

VI - criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

Como já salientado, as metas e políticas públicas direcionam-se ao desenvolvimento do País como um todo, o que engloba áreas urbanas e rurais.

Dessa feita, a primeira premissa a ser estabelecida é a de que *a Lei nº 13.116/2015 é aplicável a áreas urbanas e rurais, salvo nos casos de dispositivos que especifica e expressamente restrinjam sua aplicação a áreas urbanas.*

2 DO ARTIGO 12 DA LEI Nº 13.116/2015

Passemos a analisar especificamente o artigo 12 da Lei nº 13.116/2015, *verbis*:

Art. 12. Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei.

§ 1º O disposto no caput não abrange os custos necessários à instalação, à operação, à manutenção e à remoção da infraestrutura e dos equipamentos, que deverão ser arcados pela entidade interessada, e não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa.

§ 2º O direito de passagem será autorizado pelos órgãos reguladores sob cuja competência estiver a área a ser ocupada ou atravessada.

Da interpretação literal do dispositivo, verifica-se que não há qualquer restrição de sua aplicação às áreas urbanas. Nesse ponto, aliás, verifica-se que, nos casos em que o legislador quis restringir a aplicação de dispositivos às áreas urbanas, o fez expressamente. A bem da verdade, verifica-se que apenas nos dispositivos abaixo há menção expressa a áreas urbanas:

Art. 5º O licenciamento para a instalação de infraestrutura e de redes de telecomunicações *em área urbana* obedecerá ao disposto nesta Lei e será pautado pelos seguintes princípios:

I - razoabilidade e proporcionalidade;

II - eficiência e celeridade;

III - integração e complementaridade entre as atividades de instalação de infraestrutura de suporte e de urbanização;

IV - redução do impacto paisagístico da infraestrutura de telecomunicações, sempre que tecnicamente possível e economicamente viável.

Art. 6º A instalação de infraestrutura de rede de telecomunicações *em área urbana* não poderá:

I - obstruir a circulação de veículos, pedestres ou ciclistas;

II - contrariar parâmetros urbanísticos e paisagísticos aprovados para a área;

III - prejudicar o uso de praças e parques;

IV - prejudicar a visibilidade dos motoristas que circulem em via pública ou interferir na visibilidade da sinalização de trânsito;

V - danificar, impedir acesso ou inviabilizar a manutenção, o funcionamento e a instalação de infraestrutura de outros serviços públicos;

VI - pôr em risco a segurança de terceiros e de edificações vizinhas;

VII - desprezar as normas relativas à Zona de Proteção de Aeródromo, à Zona de Proteção de Heliponto, à Zona de Proteção de Auxílios à Navegação Aérea e à Zona de Proteção de Procedimentos de Navegação Aérea, editadas pelo Comando da Aeronáutica.

Art. 7º As licenças necessárias para a instalação de infraestrutura de suporte *em área urbana* serão expedidas mediante procedimento simplificado, sem prejuízo da manifestação dos diversos órgãos competentes no decorrer da tramitação do processo administrativo.

[...]

Art. 10. A instalação, *em área urbana*, de infraestrutura de redes de telecomunicações de pequeno porte, conforme definido em regulamentação específica, prescindirá da emissão das licenças previstas no art. 7o.

(grifos acrescidos)

Importa mencionar, ainda, que o artigo 12 está inserido no Capítulo II - “*Da Instalação de infraestrutura e de redes de telecomunicações*”. Nesse ponto, verifica-se que o próprio título do Capítulo não faz qualquer diferenciação entre área urbana e rural, assim como não o fez a ementa da Lei nº 13.116/2015 e o próprio artigo 1º, que trata de sua abrangência.

Outrossim, como já salientado, há também de se levar em consideração as *diretrizes* que permearam a edição da Lei nº 13.116/2015, bem como suas *finalidades*. Nesse sentido, a *interpretação lógica (ou racional) e teleológica* da Norma e do próprio artigo 12 também indica que ele é aplicável indistintamente, seja em áreas urbanas, seja em áreas rurais.

Sobre a interpretação *lógica (ou racional)*, vale transcrever a lição de Caio Mário da Silva Pereira (2000, p. 127):

É já um processo mais complexo, tendo em vista mais do que a disposição na sua expressão vocabular, porém, na comparação com outras disposições existentes, na razão que ditou o preceito, na transformação por que passou o direito com a promulgação da lei, nas condições ambientais que a inspiraram. Pesquisa-se a razão da norma, e verifica-se o que se pretendeu obter com a sua votação.

No que se refere à interpretação *teleológica*, César Fiusa (2006, p. 91) a define como “aquela que busca a finalidade da Lei, seus objetivos”.

Em suma, verifica-se que, pelas regras de hermenêutica, seja pela interpretação literal, lógica (ou racional) e teleológica, o artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 é aplicável tanto a áreas urbanas quanto a áreas rurais.

Ainda sobre questões atinentes à hermenêutica, cumpre destacar o princípio hermenêutico segundo o qual o *intérprete não deve fazer distinções, quando a lei não as faz*. Nesse sentido, vale transcrever os seguintes trechos do Parecer nº 522/2016/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU:

27. Desta forma, ratifica-se o exarado pela Procuradoria Federal Especializada do DNIT, no Parecer nº 00073/2016/PFE-DNIT/PGF/AGU (doc. 1024960), quando esta aduz que o legislador, quando quis restringir o alcance da norma, o fez expressamente; bem como

a aplicação de regra hermenêutica segundo a qual o intérprete não deve fazer distinções quando a lei não as faz. Acerca deste princípio hermenêutico, numerosos são os julgados dos tribunais pátrios neste sentido, observe-se:

“STJ

“É clássica a regra hermenêutica segundo a qual onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.” (REsp 1287915/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012).

Tribunal Regional Federal da 5ª Região

“Se a norma em discussão não fez qualquer ressalva nesse sentido, não caberia ao intérprete fazê-lo, haja vista o princípio hermenêutico de que não cabe ao aplicador do direito efetivar distinções não realizadas pelo próprio texto normativo. Precedentes desta Corte de Justiça.” (TRF 5ª Região, AG 00000320920124050000, 2ª Turma, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo. DJE - Data: 29/03/2012 - Página: 509).

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

“Não cabe ao intérprete da norma fazer distinções e/ou restrições onde a mesma não o faz de forma expressa.” (TRF 2ª Região, APELRE 201250010019842, Segunda Turma Especializada, Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, E-DJF2R - Data: 11/07/2013).

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

“ Não cabe ao aplicador ou intérprete da lei efetuar distinções que não foram eleitas pelo legislador.” (TRF 1ª Região, APELAÇÃO CIVEL – 00268599120144013300, Sétima Turma, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSSES, e-DJF1 DATA: 22/01/2016 PAGINA).”

Dessa feita, não há como se restringir a aplicabilidade do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 a áreas urbanas, se a própria Lei não o fez expressamente.

Importa salientar ainda que eventual entendimento no sentido de que o artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 seria aplicável apenas a áreas urbanas poderia implicar a interpretação de que a Lei como um todo também se aplicaria apenas a áreas urbanas, o que não faria sentido, ao menos, no setor de telecomunicações.

É que a Lei nº 13.116/2015 traz importantes regras ao setor, as quais, caso aplicadas apenas às áreas urbanas, restringiriam o alcance dos objetivos almejados pela própria norma.

Por exemplo, a Lei nº 13.116/2015 trata do compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações em seu capítulo II. A finalidade do compartilhamento consiste na utilização da infraestrutura construída para um determinado serviço público igualmente para o suporte de outro, com vistas à diluição dos custos pelas várias atividades e reduzir os valores cobrados dos usuários, contribuindo para a modicidade tarifária. E não é só, o compartilhamento gera eficiência na utilização da propriedade e elimina as principais barreiras para a entrada de novos agentes no mercado.

Pois bem, não faria sentido que as normas atinentes ao compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações estivessem adstritas às áreas urbanas, sob pena de até mesmo, como salientado, restringir o alcance das finalidades contidas na própria Lei nº 13.116/2015.

Aliás, importa consignar que a área rural, a bem da verdade, representa porção significativa do território brasileiro, por onde passa infraestrutura de telecomunicações. Ou seja, representa grande impacto para o setor, razão pela qual as diretrizes a serem alcançadas pela norma também a ela se endereçam. Sem dúvida, a finalidade da lei é expandir a infraestrutura de telecomunicações no país, sobretudo, em localidades mais carentes, que, em muitos casos, se encontram em áreas rurais.

É que, no direito das telecomunicações, a universalização é uma das metas regulatórias basilares para concretização de direitos fundamentais. Dessa maneira, visa-se com a universalização dos serviços de telecomunicações em regime público concretizar direitos fundamentais a eles atinentes, de modo a garantir tratamento isonômico a seus usuários. *Nesse sentido, vale citar a lição de Márcio Iorio Aranha (2013, p. 205/208):*

A universalização, como meta regulatória, é o instituto de regime jurídico regulatório mais sensível à afirmação de dependência entre regulação e concretização de direitos fundamentais no conjunto de produções normativas e administrativas de diuturna reconfiguração do ambiente regulado.

[...]

A universalização dos serviços de telecomunicações em regime público é o termo utilizado no direito regulatório para denotar a meta voltada à concretização do clássico princípio da generalidade na organização do serviço público aplicável às concessões e permissões em geral. Esse princípio é uma manifestação do princípio da igualdade na dinâmica

de organização do setor. A universalização, portanto, significa que a normatização e administração estatais devem ser elaboradas e reelaboradas para garantia de tratamento isonômico dos usuários dos serviços de telecomunicações.

[...]

Um dos efeitos mais conhecidos da universalização encontra-se na orientação à expansão geográfica dos serviços de telecomunicações e, regime público – à zona rural, às zonas fronteiriças, às zonas de baixo interesse econômico, às pequenas localidades –, mas o termo abarca outros conteúdos, como a expansão da base de usuários – ampliação do acesso individualizado, ampliação do número de usuários por habitantes do país – a expansão de acesso a uma maior diversidade de utilidades – atualmente, acesso à internet em banda larga –, a oferta de serviços em condições especiais conforme as especificidades dos usuários – acesso ao juridicamente pobre, ao habitante da zona rural, ao portador de deficiência física –, a oferta de serviços em ambientes de relevante interesse público – escolas, universidades, bibliotecas, hospitais, postos de saúde, instituições de assistência social –, a oferta de serviços para acesso às atividades de relevante interesse público – aplicações educacionais, aplicações médicas –, ou mesmo a oferta de facilidades ou de intercomunicação a serviços de interesse público – defesa civil, serviço público de resgate a vítimas de sinistros, serviço público de remoção de doentes, corpo de bombeiros, polícia militar e civil.

A LGT anuncia, como obrigação de universalização “as que objetivam possibilitar o acesso a qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviços de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações e, serviços essenciais de interesse público” (LGT, art. 79, §1º), detalhando-as como aquelas referentes “a disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas” (LGT, art. 80, *caput*).

Nesse ponto, aliás, cumpre transcrever trechos da Nota Técnica nº 608/2016/SEI-MC, no sentido de que restringir a incidência do artigo 12 aos trechos de faixas de domínio rodoviárias que porventura atravessassem áreas urbanas significaria fazer letra morta desse dispositivo legal, *verbis*:

[...]

16. Para além das minúcias redacionais, ressalta-se que a Lei Geral de Antenas foi elaborada sob as diretrizes de harmonização das normas para a implantação de infraestrutura de redes de telecomunicações em todo o país, com vistas à promoção da qualidade do serviço prestado ao cidadão, por meio da simplificação da implantação de infraestrutura, diante das patentes dificuldades sofridas pelo setor, que é excessivamente onerado. Nesse sentido, pode-se afirmar que o art. 12 da Lei, que, consoante afirmado acima, não possui seu âmbito restrito às áreas urbanas, ao vedar a exigência de contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, constitui-se em um dispositivo nevrálgico da Lei nº 13.116/2015, mormente devido a três razões.

17. Em primeiro lugar, porque a cobrança pelo direito de passagem, que, hoje ocorre em todos os estados brasileiros, seja pelo Poder Público, seja por concessionárias de exploração de infraestrutura e áreas públicas, de fato, encarece o preço do serviço para o usuário final, quando não inviabiliza a expansão de redes de telecomunicações para o acesso à Internet em banda larga tanto em área urbana, quanto em área rural.

18. Em área urbana, a cobrança de contraprestação pela ocupação de vias públicas por dutos e caixas de passagem destinados à implantação de redes de telecomunicações tem causado grande obstáculo à expansão de redes metropolitanas, especialmente aquelas baseadas em fibra ótica e a instalação de torres de telefonia celular. As redes metropolitanas baseadas em fibra ótica possibilitam a oferta de serviços de alta capacidade e de maior valor agregado para domicílios, empresas, instituições públicas e da sociedade civil. As torres de telefonia celular têm por objetivo melhorar a cobertura e a qualidade do serviço, demanda socialmente pujante, conforme se lê diuturnamente na imprensa.

19. Em conjunto com a dificuldade de obtenção de licenciamento urbano, a cobrança de contraprestação tem sido apontada por prestadores de serviços de telecomunicações como um dos principais gargalos para a expansão de infraestrutura e para o aumento da competição na prestação do serviço de banda larga (ou Serviço de Comunicação Multimídia - SCM). Isso atinge especialmente as cidades de médio e grande porte, com prejuízo para a oferta de serviços de alta capacidade e de maior impacto na produtividade e na renda.

20. Em área rural, o cenário é análogo. A medida de vedação à exigência de contraprestação pelo direito de passagem prevista no art. 12 tem como consequência a facilitação da expansão de infraestrutura de

telecomunicações de transporte de dados para as regiões mais carentes do país. Redes de Transportes baseadas em fibra ótica comumente se utilizam da faixa de domínio à margem de obras de infraestrutura, incluindo ilhas de transmissão de energia elétrica, redes de distribuição de petróleo e gás, ferrovias e rodovias. Como no caso das áreas urbanas, a histórica cobrança de valores muito significativos, em função da área ocupada pela infraestrutura de telecomunicações tem representado óbice significativo à prestação de serviços de telecomunicações com destaque para o acesso à Internet. As regiões mais afetadas são justamente as mais carentes, em que a expansão de infraestrutura e a operação dos serviços não se remuneram - já que as receitas auferidas não fazem face aos custos incorridos. Na prática, em função da cobrança de direito de passagem, muitas localidades permanecem atendidas somente por serviços prestados via satélite ou por rádios de baixa capacidade de tráfego de dados.

21. A título de ilustração, o custo mensal com esse tipo de cobrança eferente a uma rede de fibra ótica de 100 Km que percorra as margens de uma rodovia, em áreas urbanas, ou rurais, ligando um município a outro, por exemplo, pode variar de R\$ 12.000,00, em rodovias estaduais sergipanas, a R\$ 120.000,00, em rodovias federais concedidas no Estado do Rio de Janeiro. O impacto no custo do serviço para o usuário final é significativo e, em muitos casos, o município a ser atendido por essa rede não gera uma receita capaz de suplantar essa cobrança, inviabilizando a própria implantação da rede. Não se pode olvidar que a implantação da rede em si já implica custos significativos (de R\$ 80.000,00 a R\$ 310.000,00 por quilômetro, a depender do perfil do terreno), além dos custos operacionais, que têm que ser recuperados ao longo da vida útil da infraestrutura, e da carga tributária de cerca de 50%, a mais alta do mundo para o setor.

22. Restringir a incidência do art. 12 aos trechos de faixas de domínio de rodoviárias que porventura atravessassem áreas urbanas significaria fazer letra morta desse dispositivo legal. Dos cerca de 125 mil Km de rodovias federais existentes e analisadas por este Departamento, apenas 16 mil Km (13%) de sua extensão estão localizados em áreas urbanas, conforme se observa da figura 1. Ou seja, praticamente se aniquila a eficácia do art. 12.

[...]

(grifos acrescidos)

Consoante explicitado na aludida Nota Técnica, a aplicabilidade do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 a áreas rurais facilita a expansão de

infraestrutura de telecomunicações para as regiões mais carentes do país, medida esta salutar para o desenvolvimento socioeconômico do país.

No mesmo sentido, vale transcrever entendimento da área técnica da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL quanto ao tema:

Informe nº 144/2016/SEI/PRRE/SPR:

3.7. De início, é importante lembrar que o primordial objetivo da Lei nº 13.116/2015 é o de uniformizar, em todo o país, os regramentos aplicáveis à instalação de infraestruturas de suporte às redes de telecomunicações, bem como desonerar e desburocratizar os procedimentos associados, com vistas a viabilizar a expansão dessas redes e a massificação do acesso aos serviços.

3.8. À luz desse propósito, há que se reconhecer a necessidade de se fazer uso de vias públicas, faixas de domínio e outros bens públicos para efeitos de instalação e operação de redes de telecomunicações para a prestação de serviços de interesse coletivo à população em geral.

3.9. Contudo, quando tal uso é onerado (somando-se à já elevada carga tributária a que se sujeita o setor de telecomunicações no Brasil), reduz-se a viabilidade econômica do negócio para a prestadora de serviço de telecomunicações, podendo ensejar ora o não provimento do serviço em algumas áreas, ora a prestação de serviços (ainda que com infraestrutura deficiente) com custos mais elevados para o consumidor.

3.10. Nesse cenário, vale lembrar que a cobertura de áreas rurais e de estradas e rodovias já foi identificada pela Anatel como relevante desafio de rentabilidade, tendo se buscado mecanismos regulatórios para estimular essa cobertura, em linha com as políticas públicas estabelecidas pelo Governo Federal.

3.11. A interpretação de que seria exigível “contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo” em ambientes rurais contrapõe-se a essa política e à lógica da Lei nº 13.116/2015, ao trazer mais um desincentivo aos investimentos privados tão necessários para a massificação do acesso a serviços de telecomunicações com qualidade e preços adequados.

3.12. Há ainda que se observar que não são apenas as grandes prestadoras de serviços de telecomunicações as afetadas, mas também os pequenos provedores, que sabidamente possuem maiores dificuldades para negociar as condições de remuneração pelo direito de passagem.

3.13. Tem-se como resultado a já mencionada gravosa consequência para a coletividade: a não implantação de infraestruturas em ambientes rurais, normalmente já pouco atendidos por redes de telecomunicações, inviabilizando o acesso de parcela relevante da população às comunicações (36% da população brasileira em 2015, segundo pesquisa realizada em parceria entre o Ministério do Desenvolvimento Agrário, o Instituto Interamericano de Cooperação para a Agricultura, o Ministério do Planejamento e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES) e o encarecimento dos serviços nos locais onde tal infraestrutura for implantada, sujeitando consumidores que tradicionalmente tendem a possuir menor poder aquisitivo a planos de serviço com preços mais elevados.

3.14. Do ponto de vista do próprio poder público, cabe ainda apontar que a onerosidade do direito de passagem implica custos administrativos, no sentido em que a multitudine de atores envolvidos potencializa a necessidade frequente de condução de procedimentos de arbitragem para fins de se determinar os valores a serem pagos por esse direito.

3.15. Assim, parece claro que a interpretação pela aplicabilidade do art. 12 da Lei nº 13.116/2015 apenas a áreas urbanas se traduz em risco concreto à massificação do acesso às telecomunicações no Brasil, ao retirar da citada Lei um de seus mais importantes mecanismos para viabilizar o atendimento da população que se encontra afastada dos principais centros urbanos.

3.16. Por fim, no que se refere às potenciais consequências da aplicação de outros dispositivos da Lei, atinentes ao setor de telecomunicações, apenas a infraestruturas localizadas em ambientes urbanos, vislumbra-se que a principal questão a se apontar seria a manutenção de um ambiente de insegurança jurídica para as prestadoras, abrindo margem para o estabelecimento de procedimentos diversos que podem implicar em regras insustentáveis e custos imprevisíveis ao setor, acarretando, em última instância, na inviabilidade de investimentos ou em serviços de menor qualidade e maiores preços aos consumidores.

De fato, há de se considerar que o objetivo primordial da Lei nº 13.116/2015 é uniformizar, em todo o país, os regramentos aplicáveis à instalação de infraestruturas de suporte às redes de telecomunicações, de modo a viabilizar a expansão dessas redes e a massificação do acesso aos serviços.

E o artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 constitui-se justamente em importante mecanismo para viabilizar o atendimento da população que se

encontra afastada dos principais centros urbanos. Dessa maneira, restringir a aplicabilidade do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015 apenas a áreas urbanas prejudicaria a própria massificação do acesso às telecomunicações no Brasil.

Em relação ao conteúdo do artigo 12 da Lei nº 13.116/2015, observa-se que também não qualquer faria sentido que fosse aplicado apenas a áreas urbanas. Não haveria razão para que, em áreas urbanas, não fosse exigida contraprestação ao direito de passagem, e, em áreas rurais, tal contraprestação fosse permitida.

O dispositivo, aliás, é bem completo em relação à *regra* (“Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação”) e *respectiva exceção* (“exceções aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei”), bem como em relação à sua *abrangência* (§ 1º “O disposto no *caput* não abrange os custos necessários à instalação, à operação, à manutenção e à remoção da infraestrutura e dos equipamentos, que deverão ser arcados pela entidade interessada, e não afeta obrigações indenizatórias decorrentes de eventual dano efetivo ou de restrição de uso significativa”). Não cabe, portanto, ao intérprete restringir sua aplicação, se o próprio dispositivo não o fez expressamente.

3 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento pela impossibilidade de cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo para a implantação de dutos e cabos de telecomunicações. Nesse sentido, vale citar o seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL; BENS PÚBLICOS. USO DE SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO (IMPLANTAÇÃO DE DUTOS E CABOS DE TELECOMUNICAÇÕES, P. EX.).

COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia no debate acerca da legalidade da exigência de valores pela utilização de faixas de domínio das rodovias sob administração do DER para passagem de dutos e cabos de telecomunicações ou de outros serviços públicos essenciais prestados pela recorrente.

2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a cobrança em face de concessionária de serviço público pelo uso de solo, subsolo ou espaço aéreo é ilegal (seja para a instalação de postes, dutos ou linhas de transmissão, p. ex.) porque (i) a utilização, neste caso, reverte em favor da sociedade - razão pela qual não cabe a fixação de preço público - e (ii) a natureza do valor cobrado não é de taxa, pois não há serviço público prestado ou poder de polícia exercido. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(REsp 1246070/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 18/06/2012)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento pela impossibilidade de cobrança de retribuição pecuniária pela instalação de equipamentos necessários à prestação de serviço público em faixas de domínio de vias públicas, a não ser que a referida instalação resulte em extinção de direitos - sem fazer qualquer distinção quanto ao direito de passagem em áreas urbanas e em áreas rurais, *verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. COBRANÇA DE RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA PELA INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. BEM PÚBLICO DE USO COMUM DO POVO. INCONSTITUCIONALIDADE DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, IV, DA CF/88). PRECEDENTE DO PLENÁRIO: RE 581.947/RO. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 581.947/RO, rel. Min. Eros Grau, DJe 27.08.2010, firmou o entendimento de que o Município não pode cobrar indenização das concessionárias de serviço público em razão da instalação de equipamentos necessários à prestação do serviço em faixas de domínio público de vias públicas (bens públicos de uso comum do povo), a não ser que a referida instalação resulte em extinção de direitos. 2. O Município do Rio de Janeiro, ao instituir retribuição pecuniária pela ocupação do solo para a prestação de serviço público de telecomunicações, invadiu a competência legislativa privativa da União (art. 22, IV, da CF/88). Precedente. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RE 494163 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 22/02/2011, DJe-048 DIVULG 14-03-2011 PUBLIC 15-03-2011 EMENT VOL-02481-01 PP-00178)

(grifos acrescidos)

1) Embargos de Declaração. Repercussão Geral. Cobrança de taxa pelo uso de bens municipais. Delimitação da controvérsia jurídica. 2) *In casu*, todo o litígio travado nos autos gravitou em torno da lei do município de Ji-Paraná que instituiu a cobrança de taxa pelo uso do solo e subsolo. 3) Embargos de Declaração conhecidos e providos, sem efeitos infringentes, para esclarecer que o decism dispõe sobre a impossibilidade de cobrança de taxa, espécie de tributo, pelos municípios em razão do uso do espaço público municipal.

(RE 581947 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-054 DIVULG 18-03-2014 PUBLIC 19-03-2014)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA POR USO E OCUPAÇÃO DE SOLO PELAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(AI 663090 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 14/06/2011, DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 EMENT VOL-02555-04 PP-00657)

No bojo do Voto da Ministra Relatora Ellen Grace, constante do RE 494163, além de ter restado consignado que o Município, ao instituir retribuição pecuniária pela ocupação do solo para prestadores de serviços de telecomunicações, invadiu a competência privativa da União (artigo 22, inciso V, da Constituição Federal), destacou que a instalação dos equipamentos de que se trata não compromete o uso comum dos bens públicos em questão, inexistindo prejuízo que justifique o recebimento pelo Município de qualquer indenização. Destacou-se, ainda, que se trata de direito restritivo vinculado que possibilita ao prestador, instrumentando sua atuação, o pleno cumprimento do dever-poder, que o vincula, de prestar o serviço público.

Como é sabido, o Brasil é um Estado Federativo, sendo seus componentes a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios, e cada um desses componentes possui suas respectivas competências delineadas na Constituição.

Dessa maneira, deve haver uma lealdade federativa nas relações entre os entes federativos, de modo a preservá-las e a manter o pacto federativo e as competências constitucionalmente fixadas. Nesse ponto, vale citar os apontamentos de Patrícia Tiana Pacheco Lamarão, no artigo intitulado “O Princípio da lealdade federativa como cláusula geral nas relações Federativas” (2011):

O art. 1º da Constituição Federal dispõe que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal e, complementando-o, o art. 18 define que a organização político-administrativa da República compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. Destes dispositivos extrai-se o princípio federativo que sustenta a necessária harmonia que deve permear as relações entre as unidades políticas com vistas a manter a aliança indissolúvel entre os entes que compõem a federação.

Dessa necessária harmonia para a manutenção da “união indissolúvel”, podemos extrair o dever de lealdade entre as unidades federadas, que no exercício de suas competências autônomas devem observar obrigações e limitações que possibilitem a manutenção da federação.

Nota-se portanto que o princípio da lealdade federativa se apresenta como uma *conditio sine qua non* que deve ser observada para a preservação da federação.

Do mesmo modo, podemos verificar o princípio da lealdade federativa como fundamento necessário do próprio princípio da autonomia, pois não há como as unidades federadas exercerem a autonomia preconizada no art. 18 da Constituição sem que haja um dever mútuo de reconhecimento das competências de cada uma, e a obrigação de que cada ente observe o conjunto de limitações que lhes são impostas.

[...]

Citem-se, ainda, os ensinamentos de José Afonso da Silva (2000, p. 114), que apesar de se referirem à harmonia entre os poderes, aplicam-se, *mutatis mutandis*, à harmonia entre os entes federativos:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas no trato recíproco e nos respeitos às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um ente em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Quanto à competência municipal, no que se refere aos serviços de telecomunicações, importa destacar que ela está relacionada a aspectos urbanísticos. Nesse sentido, vale transcrever, além da previsão constitucional, constante do artigo 22, inciso V, o artigo 74 da Lei

Geral de Telecomunicações e o artigo 37 do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, anexo à Resolução nº 73, de 25 de novembro de 1998, *verbis*:

Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

IV - águas, energia, informática, *telecomunicações* e radiodifusão;

Lei Geral de Telecomunicações

Art. 74. A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal *relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos*.

Regulamento dos Serviços de Telecomunicações

Art. 38. Caberá à prestadora quando da instalação de estação de telecomunicações:

I - dispor de projeto técnico, que permanecerá em seu poder, devendo mantê-lo atualizado e, a qualquer tempo, disponível à Agência;

II - informar, por intermédio de resumo do projeto devidamente avaliado por profissional habilitado, a intenção de promover a instalação ou alteração de características técnicas de estação de telecomunicações;

III - observar as posturas municipais e outras exigências legais pertinentes, quanto a edificações, torres e antenas, bem como a instalação de linhas físicas em logradouros públicos;

IV - assegurar que a instalação de suas estações está em conformidade com a regulamentação pertinente;

V - obter a consignação da radiofrequência necessária.

(grifos acrescentados)

Dessa maneira, as prestadoras de serviços de telecomunicações devem cumprir as normas de engenharia e as leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal, sendo que as normas municipais, nesse ponto, referem-se a edificações, construção civil, torres, antenas e instalação

de cabos e equipamentos em logradouros públicos. Enfim, referem-se a *aspectos urbanísticos*.

Portanto, a questão atinente à implantação e ao compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações propriamente ditas são matérias de competência privativa da União.

Assim é que foi editada a Lei nº 13.116/2015, que estabelece justamente normas gerais para implantação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, e estabelece, especificamente no que se refere ao objeto do presente trabalho, em seu artigo 12, que não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei.

Trata-se, portanto, de matéria de *lei federal*, tendo sido editada norma que trata da questão (Lei nº 13.116/2015), nos termos explicitados no presente trabalho.

4 CONCLUSÃO

Em vista do exposto neste presente trabalho, conclui-se que a Lei nº 13.116/2015 estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, de modo a uniformizá-las em todo o país, seja em áreas urbanas seja em áreas rurais.

Além de a Lei nº 13.116/2015 estabelecer normas gerais aplicáveis ao licenciamento, instalação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, ela tem o propósito de torná-lo compatível com o desenvolvimento socioeconômico do país, de modo a atender às metas sociais, econômicas e tecnológicas. Tal desenvolvimento deve abranger o país como um todo.

Dessa feita, a Lei nº 13.116/2015 é aplicável a áreas urbanas e rurais, salvo nos casos de dispositivos que específica e expressamente restrinjam sua aplicação a áreas urbanas.

Nesse viés, especificamente no que se refere ao artigo 12 da Lei nº 13.116/2015, *conclui-se que, pelas regras de hermenêutica, seja pela interpretação literal, lógica (ou racional) e teleológica, o dispositivo é aplicável tanto a áreas urbanas quanto a áreas rurais.*

Como destacado no presente trabalho, *a área rural, a bem da verdade, representa porção significativa do território brasileiro, por onde passa infraestrutura de telecomunicações. Ou seja, representa grande impacto para o setor, razão pela qual as diretrizes a serem alcançadas pela norma também a*

ela se endereçam. Sem dúvida, a finalidade da lei é expandir a infraestrutura de telecomunicações no país, sobretudo, em localidades mais carentes, que, em muitos casos, se encontram em áreas rurais.

Nesse sentido, restringir a aplicabilidade do dispositivo a áreas urbanas restringiria o próprio alcance das finalidades contidas na Lei nº 13.116/2015.

Por fim, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal firmaram entendimento pela impossibilidade de cobrança de retribuição pecuniária pela instalação de equipamentos necessários à prestação de serviço público em faixas de domínio de vias públicas, sem fazer qualquer distinção quanto ao direito de passagem em áreas urbanas e em áreas rurais.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Scotts Valley, CA: CreateSpace, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fev/mar./abr. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

FIUSA, César. *Direito Civil. Curso Completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LAMARÃO, Patrícia Tiana Pacheco. O princípio da lealdade federativa como cláusula geral nas relações federativas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2899, 9 jun. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19294/o-principio-da-lealdade-federativa-como-clausula-geral-nas-relacoes-federativas>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. revisada e atualizada. Sao Paulo: Malheiros, 2000.

OS DIFERENTES LICENCIAMENTOS REALIZADOS
PARA A INSTALAÇÃO DE ANTENAS (ESTAÇÕES
RÁDIO-BASE - ERBS) E A IMPOSSIBILIDADE DE O
PODER JUDICIÁRIO CONDICIONAR O DEFERIMENTO
DO LICENCIAMENTO REALIZADO PELA ANATEL AO
PRÉVIO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

*THE DIFFERENT LICENSES CARRIED OUT FOR THE
INSTALLATION OF ANTENNAS (RADIO BASE STATIONS) AND
THE INABILITY OF THE JUDICIAL AUTHORITY TO CONDITION
THE DEFENSE OF THE LICENSING ACHIEVED BY ANATEL TO
THE FIRST ENVIRONMENTAL LICENSE*

*Mariana Karam de Arruda Araújo
Procuradora Federal em exercício na PFE/Anatel
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Distinção entre a competência da Anatel e a dos Municípios no licenciamento de ERBs; 2 Independência entre os licenciamentos de ERBs nas esferas federal e municipal; 3 Limites do controle jurisdicional em face do licenciamento de ERBs: impossibilidade de o Poder Judiciário condicionar o deferimento do licenciamento realizado pela Anatel ao prévio licenciamento ambiental na esfera municipal; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Com a intensificação do uso dos diversos serviços de telecomunicações que utilizam radiofrequências, houve o aumento na demanda de instalação de Estações Rádio-Base, surgindo, assim, a necessidade de análise dos diferentes licenciamentos a que estão submetidos nos âmbitos federal e municipal. O presente estudo analisa as competências da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel no licenciamento de Estações Rádio-Base e busca demonstrar a distinção existente entre o licenciamento realizado pela Agência Reguladora federal e pelos Municípios, verificando se a relação entre eles é de independência ou interdependência. Também se pretende analisar os limites do controle jurisdicional realizado em face do licenciamento de Estações Rádio-Base a cargo da Anatel, especificamente no que tange à possibilidade ou não de se exigir, por decisão judicial, a prova de prévio licenciamento ambiental local para fins de deferimento do licenciamento pela Agência Reguladora.

PALAVRAS-CHAVE: Estações Rádio-Base. Procedimento de Licenciamento. Licenciamento Ambiental. Competência. Controle Jurisdicional. Princípio da Separação dos Poderes.

ABSTRACT: With the increase in the use of the various telecommunications services that use radio frequencies, there was an increase in the demand for the installation of Radio-Base Stations, thus arising the need to analyze the different licenses that are submitted at the federal and municipal levels. This study analyzes the competences of the National Telecommunications Agency - Anatel in the licensing of Radio-Base Stations and seeks to demonstrate the distinction between the licensing carried out by the Federal Regulatory Agency and the Municipalities, verifying whether the relationship between them is one of independence or interdependence. It is also intended to analyze the limits of the jurisdictional control carried out in view of the licensing of Radio-Base Stations by Anatel, specifically as to whether or not it is possible to require, by judicial decision, proof of previous local environmental licensing for the purpose of granting the permit by the Regulatory Agency.

KEYWORDS: Radio-Base Stations. Licensing Procedure. Environmental Licensing. Competence. Judicial Control. Principle of Separation of Powers.

INTRODUÇÃO

A instalação de antenas, denominadas tecnicamente de Estações Rádio-Base – ERBs, consiste em providência indispensável à prestação de serviços de telecomunicações, dentre os quais se destaca o Serviço Móvel Pessoal – SMP, na medida em que elas promovem a ligação entre a infraestrutura de telecomunicações e o receptor do usuário.

Com a intensificação do uso dos diversos serviços de telecomunicações nos últimos anos, principalmente os que utilizam radiofrequências, como os serviços de telefonia e banda larga móveis, houve o aumento na demanda de instalação de ERBs, seja no solo (Estações *Greenfield*), seja em pavimentos de cobertura de edifícios (Estações *Rooftop*).

É diante desse quadro que vem à tona a crescente necessidade de licenciamento de ERBs pelo Poder Público, surgindo como desafio, neste processo de licenciamento, a necessidade de compatibilização dos diversos interesses envolvidos, tais como os urbanísticos, paisagísticos, ambientais, os relativos à segurança e à saúde pública, bem como os ligados ao funcionamento do próprio setor e ao desenvolvimento socioeconômico do país.

De fato, sem a infraestrutura adequada, não é possível a prestação dos serviços de telecomunicações, pois é por meio dela que ocorre o transporte da informação, seja voz ou dados. Por isso é importante o emprego de todos os esforços, municipais, estaduais e federais, para que a infraestrutura esteja presente em todo o país.

Tomando como ponto de partida o referido contexto, este artigo pretende analisar as diferentes competências envolvidas no processo de licenciamento de ERBs, buscando esclarecer os aspectos envolvidos nos distintos licenciamentos dessas infraestruturas, que estão a cargo da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e dos Municípios, os quais são realizados com enfoques diversos e devem respeitar a esfera de atuação de cada ente público.

Será realizada, assim, uma análise do tema à luz do ordenamento jurídico vigente, buscando delimitar a atuação da Anatel no licenciamento de ERBs, e fazendo, ao final, considerações sobre os limites do controle jurisdicional a que esse tipo de procedimento pode ser submetido, analisando especificamente se a relação entre o licenciamento realizado pela Anatel e o licenciamento ambiental realizado no âmbito municipal é de in(ou inter)dependência.

1 DISTINÇÃO ENTRE A COMPETÊNCIA DA ANATEL E A DOS MUNICÍPIOS NO LICENCIAMENTO DE ERBS

Inicialmente, convém registrar que compete à União legislar sobre telecomunicações, bem como explorar os serviços de telecomunicações, seja diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o art. 21, inc. XI e o art. 22, inc. IV, ambos da Constituição Federal de 1998.

Por sua vez, cabe à Anatel organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, mediante regulamentação e outorga para terceiros prestarem tais serviços, conforme prescreve o art. 1º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997 - LGT).

Os Municípios, por seu turno, têm competência para legislar sobre assuntos de interesse local e promover a adequada ocupação do solo urbano, de acordo com o que dispõe o art. 30, incs. I e VIII, da Constituição Federal de 1998.

Diante desse contexto, observa-se, no que toca aos serviços de telecomunicações, que há uma distinção entre as competências da ANATEL e dos Municípios, o que se reflete nos limites de atuação dos referidos entes públicos diante dos licenciamentos por eles realizados em face da instalação de ERBs.

As ERBs, cumpre registrar, são uma espécie do gênero estação de telecomunicações, utilizada para a operação das redes de telefonia celular.

Como explicita o art. 3º, inc. XVI da Resolução ANATEL nº 477, de 07/08/2007, a ERB pode ser entendida como uma estação de radiocomunicações de base do Serviço Móvel Pessoal (SMP), usada para radiocomunicação com Estações Móveis.

Enquanto a Anatel realiza, com exclusividade, o licenciamento de ordem técnica para o funcionamento dessas estações de radiocomunicação e fiscaliza sua operação, cabe aos Municípios zelar pelo adequado ordenamento territorial para a instalação das infraestruturas de suporte dessas estações de telecomunicações e efetuar a fiscalização daí decorrente.

Assim, a competência da Anatel relativa ao licenciamento de ERBs reporta-se aos aspectos técnicos dos equipamentos de telecomunicações relacionados à exploração do serviço.

Além disso, cabe à Anatel verificar os limites de exposição humana à radiação não ionizante (RNI) no licenciamento das ERBs a seu cargo. A Anatel possui regulamentação específica sobre o tema (Regulamento sobre a Avaliação da Exposição Humana a Campos Elétricos, Magnéticos e Eletromagnéticos Associados à Operação de Estações Transmissoras de Radiocomunicação, aprovado pela Resolução ANATEL nº 700, de 28 de

setembro de 2018), contemplando importantes práticas e recomendações internacionais, que, inclusive, encontram-se alinhadas com as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS). Desse modo, todas as ERBs devem atender os procedimentos de avaliação e os limites estabelecidos pela Anatel de exposição humana à RNI.

Nessa toada, a operação das ERBs é licenciada pela Anatel seguindo o disposto na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, na Lei nº 11.934, de 5 de maio de 2009, e em regulamentos da Agência. Esse licenciamento a cargo da Anatel autoriza que os equipamentos ativos da estação emitam radiofrequências e depende de análise técnica prévia para assegurar que os parâmetros da estação são adequados aos limites da legislação e da regulamentação.

Já o licenciamento a cargo dos Municípios se reporta aos aspectos ambientais, paisagísticos e urbanísticos, ligados à ocupação do solo.

Cabe aos Municípios realizar o licenciamento das infraestruturas físicas, como por exemplo as torres em que os equipamentos emissores de radiofrequências são instalados, seguindo, neste mister, os regramentos gerais da Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015, (Lei das Antenas) e a legislação local específica de ocupação do solo, a qual pode exigir ou não licenciamento ambiental, tal qual ocorre para qualquer construção civil. Trata-se, assim, no âmbito municipal, do licenciamento da estrutura física de instalação.

Também quanto aos aspectos relacionados à proteção contra descargas elétricas e níveis de ruído emitido, cada prestadora deve seguir as especificações do Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) e do Código de Posturas Municipais, conforme respectivas competências, visto que a atuação da Anatel, conforme explicitado, limita-se aos aspectos técnicos de operação dos equipamentos de telecomunicações referentes à exploração do serviço, o que também inclui a questão referente aos limites estabelecidos para a exposição humana à RNI, como já explicitado.

Vê-se, portanto, que há competências distintas no que tange ao licenciamento das estações de telecomunicações a cargo da Anatel e dos Municípios, as quais devem ser respeitadas pelos entes envolvidos nos respectivos procedimentos.

Nesse sentido, a Lei nº 13.116/2015 (Lei das Antenas) determina que cabe exclusivamente ao ente federal a regulamentação e a fiscalização dos aspectos técnicos das redes e dos serviços de telecomunicações, vedando expressamente a realização de tal mister pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Além disso, a Lei das Antenas estatui que compete somente à Anatel a fiscalização quanto aos limites de exposição humana aos campos elétricos,

magnéticos e eletromagnéticos estabelecidos em lei e na regulamentação específica.

Ao mesmo tempo, a referida Lei exorta os entes federados a promover a conciliação entre as normas ambientais, de ordenamento territorial e de telecomunicações, de modo que cada um, dentro dos limites de sua competência, contribua para o bom funcionamento da infraestrutura de telecomunicações.

Nesse sentido, têm-se os seguintes dispositivos da Lei das Antenas:

Art. 4º A aplicação das disposições desta Lei rege-se pelos seguintes pressupostos:

[...]

II - a regulamentação e a fiscalização de aspectos técnicos das redes e dos serviços de telecomunicações é competência exclusiva da União, sendo vedado aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal impor condicionamentos que possam afetar a seleção de tecnologia, a topologia das redes e a qualidade dos serviços prestados;

[...]

VII - aos entes federados compete promover a conciliação entre as normas ambientais, de ordenamento territorial e de telecomunicações;

[...]

Art. 18. As estações transmissoras de radiocomunicação, incluindo terminais de usuário, deverão atender aos limites de exposição humana aos campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos estabelecidos em lei e na regulamentação específica.

§ 1º A fiscalização do atendimento aos limites legais mencionados no caput é de competência do órgão regulador federal de telecomunicações.

§ 2º Os órgãos estaduais, distritais ou municipais deverão oficiar ao órgão regulador federal de telecomunicações no caso de eventuais indícios de irregularidades quanto aos limites legais de exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos.

Diante desse contexto, leis municipais relacionadas à implantação de infraestrutura de suporte a serviços de telecomunicações não devem versar sobre requisitos de operação das estações de radiocomunicação, tampouco sobre limites de exposição à RNI, atendo-se a regras de caráter urbanístico, paisagístico e/ou ambiental.

Ocorre que diversos Municípios têm editado leis para regulamentar a instalação de estações de telecomunicações e respectiva infraestrutura, sob a alegação de danos ou riscos à saúde humana decorrentes da exposição a campos eletromagnéticos. Nessas leis, comumente, são definidas distâncias mínimas que as estações devem guardar de determinadas áreas, tais como residências, hospitais, escolas, etc. Esse tipo de especificação, entretanto, como visto, constitui matéria de telecomunicações, de competência exclusiva da esfera federal, a cargo do licenciamento de ERBs realizado pela Anatel, não cabendo aos municípios disciplinarem o tema. A legislação municipal deve restringir-se aos aspectos de segurança relacionados à ocupação do solo.

Da mesma forma, em respeito à competência municipal, o licenciamento de ERBs realizado pela Anatel não trata de questões como o licenciamento urbano de infraestruturas de suporte a telecomunicações (art. 3º, VI, da Lei nº 13.116/2015), atendimento às normas de engenharia civil, análise de impacto da construção sobre o solo, nível de ruído sonoro emitido pelas estações e equipamentos, além de aspectos visuais. Esses pontos podem ser discutidos no âmbito municipal ou do direito privado, conforme o caso.

Têm-se, portanto, competências distintas no que tange ao licenciamento de ERBs a cargo da Anatel e dos Municípios. No que toca à fiscalização, cabe a cada órgão ou ente verificar o cumprimento das normas a que se sujeita.

2 INDEPENDÊNCIA ENTRE OS LICENCIAMENTOS DE ERBS NAS ESFERAS FEDERAL E MUNICIPAL

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997 - LGT) possui dispositivo que demonstra a necessidade de observância pela prestadora do serviço de telecomunicações, não apenas das normas federais ali esposadas, mas também das normas municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros. De fato, assim dispõe o art. 74 da LGT:

Art. 74. A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros.

O Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução ANATEL nº 73, de 25 de novembro de 1998, reforça esse entendimento nos seguintes dispositivos:

Art. 38. Caberá à prestadora quando da instalação de estação de telecomunicações:

[...]

III - observar as posturas municipais e outras exigências legais pertinentes, quanto a edificações, torres e antenas, bem como a instalação de linhas físicas em logradouros públicos;

Por sua vez, a Lei nº 13.116/2015 (Lei das Antenas) também diferenciou as competências da União, Estados, Municípios e Distrito Federal em matéria relativa aos serviços de telecomunicações, como anteriormente esposado, notadamente em seus arts. 4º, incs. II e VII e art. 18, §§1º e 2º.

As normas acima citadas explicitam a necessidade de adoção de diligências pela prestadora do serviço de telecomunicações para atender os regramentos locais e federal, bem como expõem a necessidade de respeito pelos entes federados das diferentes competências previstas legalmente, do que decorre, por exemplo, que o licenciamento de ERBs feito pelo Município deve observar as normas ambientais e de ordenamento territorial, não cabendo adentrar na análise de atendimento a limites de RNI, o que é feito pela Anatel, como já analisado.

Na mesma linha, em face da separação de competências e da distinção do objeto das licenças, o licenciamento da operação de ERB pela Anatel não torna dispensável o licenciamento a cargo do Município (inclusive quanto a aspectos ambientais), nem o licenciamento pelo Município torna dispensável aquele realizado pela Anatel, tratando-se, pois, de licenças distintas e independentes, que devem ser providenciadas pela empresa prestadora do serviço, sob pena das sanções cabíveis.

De fato, tem-se que os licenciamentos realizados diante de ERBs pelos Municípios e pela ANATEL são diversos, nem sempre concomitantes, independentes em suas conclusões, fiscalizações e eventuais sanções, inexistindo qualquer embasamento legal que condicione o deferimento do licenciamento técnico a cargo da Anatel à prova de prévio licenciamento na esfera municipal.

São, assim, licenças distintas e independentes entre si, uma embasada em competência municipal, a referente à estrutura física e outra em competência federal, referente à operação das estações de radiocomunicações.

A partir dessa diferenciação, percebe-se que os referidos licenciamentos não podem ser exigidos numa relação de interdependência, colocando-se um como requisito prévio para o deferimento do outro, na medida em que se reportam a análises distintas, feitas por entes competentes

diversos. Não bastassem tais aspectos, o ordenamento jurídico vigente não exige que o licenciamento municipal referente a aspectos urbanísticos, paisagísticos e/ou ambiental seja condição prévia para o deferimento do licenciamento realizado pela Anatel.

3 LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL EM FACE DO LICENCIAMENTO DE ERBS: IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO CONDICIONAR O DEFERIMENTO DO LICENCIAMENTO REALIZADO PELA ANATEL AO PRÉVIO LICENCIAMENTO AMBIENTAL NA ESFERA MUNICIPAL.

A Lei nº 13.116/2015 (Lei das Antenas), ao se reportar ao licenciamento necessário para a infraestrutura de suporte em área urbana, assim estabelece em seu art. 7º, *caput* e §10:

Art. 7º As licenças necessárias para a instalação de infraestrutura de suporte em área urbana serão expedidas mediante procedimento simplificado, sem prejuízo da manifestação dos diversos órgãos competentes no decorrer da tramitação do processo administrativo.

[...]

§ 10. O processo de licenciamento ambiental, quando for necessário, ocorrerá de maneira integrada ao procedimento de licenciamento indicado neste artigo.

Os referidos dispositivos legais, como já ressaltado, reportam-se especificamente ao licenciamento de infraestrutura de suporte em área urbana, o qual é realizado na esfera municipal. De fato, como esclarece o art. 3º, inc. VI da referida lei:

Art. 3º Para os fins desta Lei, adotam-se as seguintes definições:

[...]

VI - infraestrutura de suporte: meios físicos fixos utilizados para dar suporte a redes de telecomunicações, entre os quais postes, torres, mastros, armários, estruturas de superfície e estruturas suspensas;

Desse modo, as referidas normas prescrevem que o licenciamento das infraestruturas físicas das redes de telecomunicações realizado pelos Municípios deverá observar um procedimento simplificado, sem prejuízo da manifestação dos diversos órgãos competentes no decorrer da tramitação do correspondente processo administrativo, devendo, inclusive, o eventual processo de licenciamento ambiental, quando for necessário, ocorrer também de forma integrada ao requerimento de licença formulado no âmbito municipal.

Ao se analisar os referidos dispositivos legais, constata-se que eles longe estão de criar uma condicionante sequer prevista em qualquer lei federal ou regulamento, que venha a obrigar a Anatel a exigir a prova de licenciamento ambiental antes de deferir o licenciamento de ERBs que se encontra a seu cargo, o qual toma por base requisitos técnicos específicos, que não englobam o licenciamento ambiental local.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que, ainda que o já citado art. 4º, inciso VII da Lei nº 13.116/2015 preveja que os entes federados devem promover a conciliação entre as normas ambientais (licenciamento municipal), de ordenamento territorial (licenciamento municipal) e de telecomunicações (licença para funcionamento de estação de telecomunicações emitida pela Anatel), inexistente norma no sentido de que o licenciamento ambiental local deve ser requisito para o deferimento do licenciamento de ERBs sob competência da Anatel.

Sobre o ponto aqui enfrentado, há que se destacar o veto legislativo realizado ao inciso II do artigo 13 da Lei nº 13.116/2015, o qual previa que, caso o Poder Público Municipal não expedisse as licenças necessárias para a instalação de infraestrutura de suporte em área urbana no prazo definido pelo artigo 7º da Lei, caberia à Anatel fazê-lo. O referido veto buscou assegurar o pacto federativo e as competências locais do licenciamento urbano, inclusive aspectos ambientais, o qual não pode ser transferido para a análise do órgão regulador federal, que defere um outro tipo de licença, baseada em pressupostos técnicos distintos, de operação da própria estação e não da instalação em solo urbano de torres, postes ou outras construções.

Diante desse quadro, exigir o licenciamento ambiental como condicionante prévia ao deferimento do licenciamento de ERBs realizado pela Anatel representaria uma ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, protegido constitucionalmente (art. 2º da CF/88), bem como às competências da Anatel fixadas na Constituição e na LGT.

Sobre o Princípio da Separação dos Poderes, tem-se que ele ilustra a existência de uma diferenciação entre atribuições e competências conferidas às diferentes estruturas – ou Poderes – que compõem o Estado, a saber, a legislativa, a executiva e a judiciária. Reconhece-se, atualmente, que não existe uma divisão rígida entre os Poderes que compõem o Estado, mas sim uma separação funcional, em que se atribui a cada um dos Poderes uma função principal ou preponderante, ao lado de outras secundárias.

A feição moderna do princípio da separação dos poderes enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos dos diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito (KRELL, 2004, p. 40), o que resulta no que se convencionou chamar de sistema de “freios e contrapesos”, evitando-se que um Poder possa extrapolar suas competências

de modo a suplantar os demais. Exemplo relevante da manifestação do sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição Federal de 1988 (decorrente de seu art. 5º, inciso XXXV) consiste na possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos, evitando que a função executiva seja desempenhada em contrariedade ao direito.

Sobre o controle jurisdicional empreendido em face da atuação da Administração Pública, José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, 2008, p. 895) o define como “o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário”. Ao se reportar aos limites do controle jurisdicional, o referido doutrinador assim leciona (CARVALHO FILHO, 2008, p. 900):

O controle judicial sobre os atos da Administração é exclusivamente de legalidade. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará a sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos ilícitos.

Nessa toada, é importante destacar que o controle jurisdicional da atividade administrativa não pode representar uma “judicialização administrativa”, suprimindo totalmente as competências decisórias da Administração Pública por causa da atuação do Poder Judiciário (BINENBOJM, 2008, p. 18).

É propriamente diante desse contexto, que se verifica que o Poder Judiciário não pode instituir, por meio de decisão judicial, em sede de Ação Civil Pública, por exemplo, um requisito não previsto no ordenamento jurídico para o deferimento do licenciamento realizado pela Anatel para o funcionamento de ERBs, qual seja: o prévio deferimento do licenciamento ambiental municipal da estrutura física da estação de radiocomunicação.

Conforme dispõe o art. 225 da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Conforme esclarece Édis Milaré (MILARÉ, 2015, p. 787): “Por ser de todos e de ninguém em particular, inexistente direito subjetivo à sua utilização, que, por conseguinte, só pode legitimar-se mediante ato próprio de seu direto guardião – o Poder Público”

O art. 225, § 1º, inciso, IV, da Constituição Federal de 1988, estabelece, para as obras que causem danos ambientais, a exigência

prévia de elaboração de estudo de impacto ambiental. O art. 10 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) estabelece que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidoras, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão local competente. Infere-se, portanto, que o licenciamento ambiental deve ser conduzido quando se estiver diante de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

Ocorre que, se não há lei federal ou regulamento que determine à Anatel, em seu procedimento de licenciamento de ERBs, que se exija e verifique previamente a regularidade do licenciamento ambiental local eventualmente incidente no caso, não se pode criar tal obrigação por meio de decisão judicial.

Tal controle jurisdicional diante do licenciamento de ERBs realizado pela Anatel também não se sustenta especialmente ao se considerar que ele acabará por transferir para a Agência Reguladora uma análise que foge às suas competências técnicas e regulatórias: como exigir que este ente federal dê a palavra final sobre a regularidade ou não de um licenciamento ambiental de ERB, o qual é regido por normas locais e variadas em seu teor, a depender de cada Município e Estado da Federação? Isso não transferirá a responsabilidade de uma conclusão a cargo de um ente local para um ente federal, que não possui competência para tanto?

Como acima demonstrado, os licenciamentos realizados pelos Municípios e pela ANATEL em face da instalação de ERBs são distintos, nem sempre concomitantes, independentes em suas conclusões, fiscalizações e eventuais sanções, inexistindo qualquer embasamento legal que condicione o deferimento do licenciamento técnico a cargo da Anatel à prova de prévio licenciamento ambiental.

O que se tem no caso são proteções distintas, feitas por entes distintos, com competências específicas. Se eventualmente houver alguma falha nesta proteção, ela deverá ser comprovada diante de um caso concreto, exigindo-se a responsabilização do ente competente e/ou da prestadora respectiva, não subsistindo, assim, a pretensão de se criar, por meio de uma Ação Civil Pública, como aqui analisado, um novo organograma burocrático, não previsto em qualquer legislação que rege o assunto, e que termine por transferir para a Anatel a análise de um requisito em face do qual ela não possui *know how* ou sequer competência legal para atestar o seu atendimento.

Além disso, a impossibilidade de imposição, por meio de decisão judicial, da verificação do prévio licenciamento ambiental de uma ERB

por parte da Anatel também sobressai ao se considerar que a criação de um novo critério para o licenciamento de ERB realizado no âmbito federal representará uma maior complexidade no procedimento de licenciamento, o que, a rigor, contraria a própria gênese da Lei nº 13.116/2015 (Lei das Antenas), que buscou delinear os papéis da Anatel, de órgãos municipais e ambientais no processo de licenciamento, instalação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, de modo a tornar este procedimento mais célere e eficiente.

Sendo assim, analisando-se os limites do controle jurisdicional em face do licenciamento de ERBs realizado pela Anatel, constata-se que não cabe ao Poder Judiciário condicionar o deferimento deste pela Agência Reguladora federal ao prévio licenciamento ambiental na esfera municipal, na medida em que tais licenciamentos são diversos em seus objetos e competências, encontrando-se numa relação de independência, ao invés de interdependência, considerando o ordenamento jurídico vigente.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho serviu para analisar os diferentes licenciamentos realizados nos âmbitos federal (pela Anatel) e municipal diante das Estações Rádio-Base (ERBs), que correspondem às antenas utilizadas para a operação das redes de telefonia celular.

Constatou-se que os licenciamentos a cargo da Anatel e dos Municípios tomam por base enfoques diversos: enquanto a Anatel realiza, com exclusividade, o licenciamento de ordem técnica para o funcionamento dessas estações de radiocomunicação, verificando, inclusive, os limites de exposição humana à radiação não ionizante (RNI); cabe aos Municípios zelar pelo adequado ordenamento territorial diante da instalação das infraestruturas de suporte das ERBs (como, por exemplo, postes, torres, mastros, armários, estruturas de superfície e estruturas suspensas da estação de radiocomunicação), verificando a adequação do empreendimento às normas locais que se reportam aos aspectos urbanísticos, paisagísticos e ambientais.

Além disso, a análise das normas que regem o tema, sobretudo de dispositivos da Lei nº 13.116/2015 (Lei das Antenas), apontou para a necessidade da atuação integrada dos entes federativos, que devem respeitar a esfera de competência de cada ente público e salvaguardar os diversos interesses envolvidos, tais como os urbanísticos, paisagísticos, ambientais, os relativos à segurança e à saúde pública, bem como os ligados ao funcionamento dos serviços de telecomunicações e ao desenvolvimento socioeconômico do país.

Verificou-se, também, que o licenciamento da operação de ERB realizado pela Anatel não torna dispensável o licenciamento a cargo do

Município, nem vice-versa, na medida em que se reportam a licenças distintas e independentes entre si, que devem ser providenciadas pela empresa prestadora do serviço, sob pena das sanções cabíveis.

Ademais, constatou-se que os referidos licenciamentos não podem ser exigidos numa relação de interdependência, colocando um como requisito prévio para o deferimento do outro.

Sobre o ponto específico referente à exigência de prévio licenciamento ambiental local para fins de deferimento pela Anatel do licenciamento de ERB a seu cargo, verificou-se que tal condicionante não se encontra prevista em qualquer lei federal ou regulamento, bem como que ela não pode ser imposta por ordem judicial, na medida em que representará uma ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes, bem como às competências da Anatel fixadas na Constituição e na LGT. Além disso, a criação desta nova condicionante por ordem judicial representará uma maior complexidade no procedimento de licenciamento realizado pela Anatel, o que, a rigor, contraria os objetivos da própria Lei nº 13.116/2015 (Lei das Antenas), que buscou delinear os papéis dos diversos entes envolvidos no processo de licenciamento, instalação e compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, de modo a tornar esse procedimento mais célere e eficiente.

Diante do exposto, analisando os limites do controle jurisdicional em face do licenciamento de ERBs realizado pela Anatel, concluiu-se que não cabe ao Poder Judiciário condicionar o deferimento deste pela Agência Reguladora federal ao prévio licenciamento ambiental na esfera municipal, na medida em que tais licenciamentos são diversos e encontram-se numa relação de independência, e não de interdependência, considerando o ordenamento jurídico vigente.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). *Resolução nº 73, de 25/11/1998*. Aprova o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/13-1998/34-resolucao-73>>. Acesso em: abr. 2019.

_____. *Resolução nº 477, de 07/08/2007*. Aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2007/9-resolucao-477>>. Acesso em: abr. 2019.

_____. *Resolução nº 700, de 28/09/2018*. Aprova o Regulamento sobre a Avaliação da Exposição Humana a Campos Elétricos, Magnéticos e Eletromagnéticos Associados à Operação de Estações Transmissoras de Radiocomunicação. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2018/1161-resolucao-700>>. Acesso em: abr. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 3-37, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 6.938, de 31.08.1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 02.09.1981.

_____. Lei nº 9.472, de 16.07.1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17.07.1997.

_____. Lei nº 11.934, de 05.05.2009. Dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos; altera a Lei no 4.771, de 15 de setembro de 1965; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06.05.2009.

_____. Lei nº 13.116, de 20.04.2015. Estabelece normas gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis nos 9.472, de 16 de julho de 1997, 11.934, de 5 de maio de 2009, e 10.257, de 10 de julho de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22.04.2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 895-900.

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Interesse Público*, Porto Alegre, Ano 5, nº 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 787.

INCIDÊNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DA AGÊNCIA SOBRE CONTRATOS DE COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA

Valéria de Souza Martins Braga
Procuradora Federal

PARECER n. 00843/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.004138/2016-89

INTERESSADOS: ANATEL - CPRP - GERÊNCIA DE MONITORAMENTO
DE RELAÇÕES ENTRE PRESTADORAS E OUTROS

ASSUNTOS: RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA

EMENTA: 1. Reclamação Administrativa. 2. Conflito entre prestadoras sobre valores praticados de EILD. 3. Regime jurídico aplicável. Art. 15 da Resolução nº 590/2012, com redação dada pela Resolução nº 639/2014. Art. 27 do Anexo I do Regulamento do PGMC. Incidência do Regulamento de EILD c/c Regulamento do PGMC c/c Resolução nº 639/2014. 4. Âmbito de incidência. Art.155 da LGT. Contrato de compartilhamento de infraestrutura. Sujeição à ampla regulação estatal, quanto à obrigatoriedade de contratar e quanto à forma e às condições de contratação. Aplicação aos contratos vigentes. 5. Efeitos da decisão a ser proferida. Art. 35 do Regulamento de EILD. Protocolização do pedido de resolução de conflitos.

1 RELATÓRIO

1. Trata-se de Reclamação Administrativa com pedido de concessão de medida cautelar, proposta por TIM CELULAR S.A e INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA. denominadas TIM, em desfavor da TELEMAR NORTE LESTE S.A. e OI S.A., Grupo OI, em razão de divergências acerca dos valores de circuitos de Exploração Industrial de Linha Dedicada -EILD a serem praticados.

2. Alega a Reclamante que, tendo em vista a entrada em vigor da Resolução nº 639 em 1/07/2014 e do Ato nº 6.212, editado na mesma data e com entrada em vigor em 24/02/2016, não caberia a prevalência dos valores de EILD estabelecidos no contrato firmado entre as partes em 16/06/2014, e homologados pela Anatel, em Oferta de Referência de Produto de Atacado (ORPA) de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), em 14/09/2015.

3. A defesa do Grupo Oi foi apresentada em 20/06/2016 e alega que devem ser aplicados os valores pactuados em contrato celebrado entre as partes, por já haver Oferta de Referência de Produto de Atacado - ORPA homologada pela Anatel, estando este em pleno vigor, por ter sido celebrado entre as partes espontaneamente e por possuir caráter privado.

4. Em seguida, em 28/06/2016, foi iniciada a audiência de conciliação entre as partes, conforme consta na Nota de Reunião da CPRP anexada aos autos.

5. Em 03/08/2016, foi realizada nova reunião entre as partes, em continuidade à audiência anterior, tendo sido suspensa, para possibilitar a negociação entre as partes.

6. Em 25/08/2016, foi realizada a continuação da reunião iniciada em 28/06/2016, mas em razão de as partes não terem chegado a um consenso, foram notificadas para apresentarem Alegações Finais, em respeito ao Procedimento previsto no Regimento Interno da Anatel, no tocante à Reclamação Administrativa.

7. Durante o trâmite da presente Reclamação, o Grupo Oi ajuizou ação com pedido de concessão de tutela de urgência, autos nº 0116351-28.2016.4.02.5101, porém, não teve êxito na tutela requerida.

8. Em 05/09/2016, a TIM e o Grupo OI apresentaram suas Alegações Finais.

9. Por fim, foi elaborado o Informe nº 383/2016/SEI/CPRP/SCP, de 20/09/2016, por meio do qual a área técnica propõe:

a) reconhecer a aplicabilidade da Oferta de Referência de Produto de Atacado de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), homologada conforme Despacho Decisório nº 7.932/2015-SCP, publicado no D.O.U., em 14 de setembro de 2015, e refletida nos Contratos Padrão de Provisão de Linhas Dedicadas sob a Modalidade de Exploração Industrial, celebrados entre Telemar Norte Leste S.A. e OI S.A. e as empresas Tim Celular S/A e Intelig Telecomunicações LTDA., quanto a valores, condições e especificações neles contidas, até o prazo final estabelecido para sua vigência, afastando-se a incidência dos valores de referência estabelecidos no Ato nº 6212/2014.

b) notificar as partes do teor do presente Despacho.

10 É o relatório. Passa-se à fundamentação.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Aspectos formais

11 O art. 36 do Regulamento de EILD, aprovado pela Resolução nº 590, de 15 de maio de 2012, dispõe:

Art. 36 Os processos de Resolução de Conflitos entre Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, envolvendo oferta de EILD por Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD, regem-se pelo disposto neste artigo, sem prejuízo da aplicação do disposto no art. 31.

§ 1º A autoridade julgadora de primeira instância intimará as partes envolvidas designando a realização de audiência de instrução em data compreendida entre trinta e quarenta dias após a intimação.

§ 2º Na audiência referida no § 1º, antes de iniciar a instrução, a autoridade competente pela condução da audiência tentará conciliar

as partes. Se houver acordo, este será reduzido a termo, para posterior homologação, no mesmo prazo previsto no § 5º.

§ 3º Não obtida a conciliação, cabe à Entidade Fornecedora o ônus de demonstrar que o caso em exame trata-se de EILD Especial, devendo a decisão ser a favor da Entidade Solicitante sempre que não houver demonstração cabal do alegado pela Entidade Fornecedora;

§ 4º Todos os documentos apresentados na audiência de instrução devem ser disponibilizados à Anatel para consulta pelas partes com antecedência de dez dias da data da audiência.

§ 5º A autoridade julgadora de primeira instância deverá proferir a decisão de mérito em até quinze dias após a audiência, improrrogáveis.

§ 6º Poderão ser designados servidores para conduzir a audiência de instrução.

§ 7º Os valores de referência mencionados no art. 44 serão utilizados pela Anatel nos Processos de Resolução de Conflitos entre Prestadoras de Serviços de Telecomunicações envolvendo oferta de EILD, inclusive nos casos de adoção de medidas acautelatórias.

12. Pela instrução dos autos, observa-se que a ampla defesa e o contraditório foram devidamente observados, de modo que não se verifica a necessidade de saneamento de qualquer ato processual.

13. A Reclamante alega que o Grupo Oi impõe a aplicação dos valores de EILD contratados anteriormente à edição da Resolução nº 639 de 1/07/2014 e do Ato nº 6.212, que estabelece novos Valores de Referência de EILD Padrão para Grupo detentor de PMS na oferta de EILD, com base nos modelos de custos, editado também em 1/07/2014 e com entrada em vigor em 24/02/2016, requerendo haja pronunciamento da Anatel quanto ao impasse.

14. No curso do processo, a Agência observou ainda as regras procedimentais previstas no Regimento Interno da Anatel (RIA), no tocante à Reclamação Administrativa, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo sido oportunizada às partes, inclusive, prazo para apresentação de alegações finais. Vejamos, *in verbis*, o que dispõe o Regimento Interno:

Regimento Interno/Resolução nº 612/2013

Art. 102. Aquele que tiver seu direito violado, nos casos relativos a legislação de telecomunicações, poderá propor reclamação

administrativa perante a Agência, observado o procedimento disposto neste artigo.

I - a reclamação deverá ser apresentada por escrito, acompanhada das provas julgadas pertinentes ou da indicação, de forma especificada, daquelas que se pretende produzir;

II - o reclamado será intimado, nos termos do art. 110, para, no prazo de 15 (quinze) dias, oferecer sua defesa e apresentar ou requerer, de forma especificada, as provas que julgar pertinentes;

III - apresentada a defesa, de que será intimado o reclamante, a autoridade competente para instruir poderá convocar as partes para reunião de conciliação;

IV - havendo acordo entre as partes, a autoridade competente promoverá sua homologação e a extinção do processo;

V - é irrecorrível a decisão que homologa o acordo entre as partes, a qual terá plena validade e vinculará as partes a partir de sua homologação, e o seu descumprimento poderá ensejar a instauração de Pado;

VI - não havendo acordo, dar-se-á prosseguimento à instrução do processo, aplicando-se as regras expressas nos arts. 84 a 86;

VII - finda a instrução, as partes serão intimadas para apresentação de alegações finais, no prazo comum de 10 (dez) dias;

VIII - até a decisão, a autoridade competente poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, convocar nova reunião de conciliação ou homologar acordo que venha a ser apresentado pelas partes, observado o disposto no inciso VI;

IX - apresentadas as alegações finais, a autoridade competente proferirá decisão fundamentada e intimará as partes de seu conteúdo;

X - a decisão a que se refere o inciso IX terá efeito vinculante para as partes envolvidas e será publicada na página da Agência na Internet e, após o trânsito em julgado administrativo, no Diário Oficial da União;

XI - constatado indício de descumprimento de obrigações ao final da Reclamação, a Superintendência competente deverá ser informada com vistas a adoção das providências cabíveis, podendo ensejar a instauração de Pado;

XII - não havendo indícios ou comprovação dos fatos reclamados, os autos serão arquivados e o reclamante informado dessa decisão.

15. Como se percebe, o instituto da reclamação ganhou novos contornos com o novo Regimento Interno da Agência, passando de procedimento voltado à colheita de indícios de infração para abertura de um PADO para um procedimento que tem como principal foco a resolução de conflitos relacionados à legislação de telecomunicações.

16. Conforme se depreende da presente Reclamação foi iniciada a audiência de conciliação entre as partes em 28/06/2016, tendo prosseguido nos dias 03/08/2015 e 25/08/2016, tendo sido as partes notificadas para apresentação de Alegações Finais, em obediência ao rito estabelecido na Resolução nº 612/2013, atendidas assim as formalidades processuais para o correto deslinde da questão, sobretudo o contraditório e a ampla defesa.

17. Portanto, visto o procedimento sob o enfoque formal, não se encontram disparidades em relação aos mandamentos regimentais pertinentes ao assunto.

2.2 Valores Aplicáveis

18. No mérito, há controvérsia acerca dos valores a serem praticados em circuitos de EILD, tendo em vista a existência de contratos celebrados pelas partes em 16/06/2014, que estabelecem os valores definidos na Oferta de Referência de Produto de Atacado (ORPA) homologados pela Anatel em 14/09/2015.

19. O art. 44 do Regulamento de EILD, aprovado pela Resolução nº 590 de 15/05/2012, dispõe, *in verbis*:

Art. 44. No período que antecede a data referida no art. 15, os valores de referência de EILD Padrão a serem utilizados pelas Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD serão estabelecidos pela Anatel, por meio de ato do Conselho Diretor, na forma do Anexo II.

20. O art.15 reportado, em sua redação original, previa que a partir de uma data fixada em Resolução da Agência, os valores de referência de EILD seriam outros que não os estabelecidos no Ato n. 2.716, de 15.05.2012, editado pelo Conselho Diretor:

Art. 15. A partir da data estabelecida em Resolução da Anatel, os valores de referência de EILD Padrão a serem utilizados pelas Entidades Fornecedoras pertencentes a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD serão estabelecidos com base no modelo LRIC e considerando:

I - os custos correntes incorridos por uma prestadora hipotética eficiente, apurados por modelo desenvolvido pela Anatel; e

II - os custos correntes informados pelas prestadoras e aceitos pela Anatel, nos termos da regulamentação.

Parágrafo único. Os valores mencionados no caput serão utilizados como referência pela Anatel nos processos de resolução de conflitos entre Prestadoras de Serviços de Telecomunicações.

21. Em uma análise temporal da legislação em vigor, deve-se ter em mente que o Ato nº 2.716 de 15/05/2012 estabeleceu valores de referência para a exploração de linha dedicada. Após a edição deste ato, entrou em vigor a Resolução nº 600 de 08/11/2012, que aprovou o Plano Geral de Metas de Competição - PGMC, e estabeleceu que haveria a transição dos valores de referência previstos no Ato nº 2.716, de 15/05/2012, para novos valores a serem considerados pela Anatel no processo de resolução de conflitos, conforme disposto no art. 27 do Anexo I do PGMC:

Art. 27. Enquanto não forem homologadas as Ofertas de Referência de EILD e de exploração de *backhaul*, em composição de conflitos envolvendo essas ofertas por parte de Grupo com PMS no Mercado Relevante de oferta atacadista de infraestrutura de rede fixa de transporte local e de longa distância para transmissão de dados em taxas de transmissão iguais ou inferiores a 34 Mbps, a Anatel utilizará como referência os valores estabelecidos pelo Ato nº 2.716, de 15 de maio de 2012, ou por outro que venha a substituí-lo. (grifou-se)

22. Assim, neste contexto, interpretando-se sistematicamente a legislação, já que se tratam de microssistemas de implicações mútuas, conclui-se que os valores de referência constantes no Ato nº 2.716, de 15.5.2012, seriam aplicáveis até o momento em que houvesse a homologação da Oferta de Referência de EILD, o que significa que após a homologação desta, não haveria mais que se falar em aplicação dos valores de referência de EILD tratados no Ato nº 2.716, de 15.5.2012. Neste sentido dispôs o Parecer nº 1353/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU :

23. Ora, resta evidente, portanto, que os valores de referência de EILD previstos no Ato nº 2.716, de 15.05.2012, só devem ser aplicados enquanto não forem homologadas as Ofertas de Referência de EILD respectivas. *A contrario sensu*, uma vez homologada a Oferta de Referência de EILD, não há mais que se falar em aplicação dos valores de referência constantes no Ato nº 2.716, de 15.05.2012.

24. Registra-se, nesse ponto, que tanto a Resolução nº 590, de 15.05.2012, que aprovou o Regulamento de EILD, quanto a Resolução nº 600, de 08.11.2012, que aprovou o PGMC, possuem a mesma hierarquia normativa, de modo que, tratando do mesmo assunto, deve prevalecer o contido na posterior. Tal situação não implica a revogação do Regulamento de EILD, mas apenas a não aplicação do Ato nº 2.716, de 15.05.2012, em algumas hipóteses. É que para que este Ato deixe de ser aplicado faz-se mister a existência de uma Oferta de Referência de EILD devidamente homologada para a prestadora envolvida no conflito, o que é o caso da Oi, conforme afirma a área técnica no seu Informe nº 552/2013-CPRP/SCP:

5.54. Nessa conjuntura do PGMC, paralelamente ao curso do presente conflito, foi homologada a Oferta de Referência de Produto de Atacado de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), para o Grupo Oi, nos termos do Processo nº 53500.016088/2013 (Informe nº 367/2013-CPRP/SCP, de 29.8.2013, e Despacho Decisório nº 4301, de 29/8/2013, publicado no D.O.U., de 3/9/2013).

25. Forma-se, então, um microsistema jurídico de implicações mútuas entre ambos os Regramentos em referência, de modo que, no caso concreto, deve ser aplicado o Regulamento de EILD, utilizando-se como parâmetro, contudo, os valores constantes da Oferta de Referência de Produto de Atacado de EILD, para o Grupo Oi, nos termos do Despacho Decisório 4301, de 29/08/2013.

26. O art. 6º do Anexo I do PGMC, aliás, é bem claro ao dispor que “as Ofertas de Referência homologadas pela Anatel deverão ser obrigatoriamente praticadas pelos Grupos detentores de PMS”.

27. Afora essa questão, é de bom alvitre registrar que, em termos de mérito, a área técnica ainda aponta que a Oferta de Referência consubstancia “um referencial de negociação de produto mais completo e aprimorado” do que o Ato nº 2.716, de 15.05.2012, “permitindo inclusive uma valoração mais precisa dos elementos customizados do produto em oferta”.

23. Posteriormente, em 1.7.2014 foi editada a Resolução nº 639, que estabeleceu os valores de referência de Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD), com base em Modelos de Custos. Esta Resolução deu nova redação ao art. 15 da Resolução nº 590 de 15.5.2012:

Art. 15. Os valores de referência de EILD Padrão apurados com base em modelo de custos e definidos em Ato do Conselho Diretor serão utilizados como referência pela Anatel nos processos de resolução de conflitos entre Prestadoras de Serviços de Telecomunicações. (Redação dada pela Resolução nº 639, de 1º de julho de 2014)(grifou-se)

24. Resta claro pela nova redação do artigo 15 acima mencionado, que os valores de referência, apurados com base em modelo de custos, editados por Ato do Conselho Diretor serão utilizados como referência pela Anatel nos processos de resolução de conflitos entre Prestadoras de Serviços de Telecomunicações.

25. O novo Ato do Conselho Direito foi editado, Ato nº 6212, na mesma data da Resolução nº 639, ou seja, em 1.7.2014 estabelecendo os valores de referência, mas com vigência diferida, estabelecida, no caso do primeiro, para a data de 24.2.2016.

26. Impende destacar que a Resolução nº 590, de 15.5.2012, que aprovou o Regulamento de EILD, a Resolução nº 600, de 8.11.2012, que aprovou o PGMC e a Resolução nº 639, de 1.7.2014, que estabeleceu os valores de referência de EILD com base no Modelos de Custos, têm a mesma hierarquia normativa, devendo prevalecer o disposto na posterior ao tratarem do mesmo assunto.

27. Assim, os dispositivos em vigor, interpretados sistematicamente, quais sejam, o art. 44 da Resolução nº 590, de 15.5.2012, o art. 27 da Resolução nº 600, de 8.11.2012, e a nova redação do art. 15 da Resolução nº 590, trazida pela Resolução nº 639, de 1.7.2014, levam à conclusão de que cabe a aplicação do Ato nº 6212, de 1.7.2014, com vigência desde 24.2.2016, pela Anatel, no caso de composição de conflitos, ainda que a homologação de Oferta de Referência tenha adotado como parâmetro anterior Ato do Conselho Diretor, qual seja, o Ato nº 2.716, de 15.5.2012.

28. Isso significa que, neste novo contexto regulatório, devem ser aplicados os valores de referência contidos no Ato mais recente editado pelo Conselho Diretor, tendo em vista que, no caso em tela, o contexto

normativo existente à época da homologação da Oferta de Referência de EILD do Grupo Oi foi substancialmente alterado, não havendo razão por que afastar a aplicabilidade da evolução regulatória do setor às relações contratuais firmadas em contexto ultrapassado.

29. Nessa perspectiva, é importante salientar que, embora o Informe nº 383/2016/SEI/CPRP/SCP, de 20/09/2016, considere o Parecer nº 1353/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, como um fundamento para concluir pela aplicabilidade ao caso concreto dos valores de Oferta de Referência já homologada, observa-se que o Parecer foi exarado num contexto normativo substancialmente diferente do atual, razão pela qual a resolução do conflito exige uma abordagem que considere também os atos normativos posteriores à edição do Parecer.

30. Ademais, vale mencionar que, nesta oportunidade, a Procuradoria ratifica a mesma linha principiológica empregada no Parecer nº 1353/2013/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, segundo a qual os contratos de EILD, por se tratarem de contratos obrigatórios (contratos coativos), estão sujeitos às modificações da regulamentação setorial supervenientes à celebração do contrato, uma vez que, para esse tipo de contrato, se não havia plena autonomia da vontade na própria celebração, não há razão por que se afastar a regulamentação setorial.

31. Conclui-se, então, que os Regramentos em referência trazem implicações ao caso concreto, devendo ser aplicado o Regulamento de EILD, utilizando-se os valores de referência do novo Ato nº 6212, de 1.07.2014, pela Anatel, a partir de sua vigência em, 24/02/2016, produzindo-se efeitos a partir da protocolização do pedido de resolução de conflitos.

2.3 Incidência do novo regramento

32. Discute-se, no processo, a aplicação da Resolução nº 639, de 1.7.2014, e do Ato nº 6212, de 1.7.2014, com vigência desde 24.2.2016, nos contratos de EILD já celebrados, datados de 16.6.2014 e que praticam os valores da Oferta de Valores de Referência homologada pela Anatel em 14.9.2015.

33. O art. 6º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro - LINDB, bem como o art. 5º da Constituição Federal assim dispõem:

LINDB

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Constituição Federal

Art. 5º (...)

XXXVI a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada

34. A regra é a de que a lei em vigor terá efeito imediato e geral, devendo se respeitar o ato jurídico perfeito. No entanto, dúvidas surgem ao se tratar das relações de trato sucessivo, de relação continuativa, já que há efeitos dessas relações que vão repercutir na vigência da lei nova.

35. O Código Civil estabelece no art. 2035:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (grifou-se)

36. A matéria em questão, exploração industrial de linha dedicada, em que prestadora de serviço de telecomunicação, ao invés de construir sua rede própria de telecomunicações, utiliza a rede já instalada de

outra, mediante contraprestação, não pode ser tratada com absoluta autonomia de vontades entre as partes ao contratarem. A exploração de tais insumos deve ocorrer sob regulação estatal, observando-se as condições estabelecidas pela Anatel no artigo 155 da LGT:

Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

37. Assim, determinando-se na lei que haja compartilhamento das redes de telecomunicações, visa-se que haja um setor de telecomunicações diversificado em serviços e com preços mais acessíveis à população.

38. Resta claro que o legislador optou por um regime competitivo de prestação, com o fomento a esta competição, conforme se pode extrair dos incisos III do art. 2º e II do art. 3º, da LGT:

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;

39. Tendo em vista a função social destes contratos, importantes para o uso de redes, para a competição, para o consumidor e para a sociedade, o ordenamento jurídico obriga que as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo disponibilizem suas redes às demais prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, como o são a Tim e o Grupo Oi, partes na Reclamação em tela.

40. Sendo assim, a regulação estatal sobre os contratos de EILD ocorrem em dois momentos: com a obrigatoriedade de disponibilização de redes a terceiros e com a necessidade de que tais contratos sejam firmados nos casos e condições fixados pela Anatel, obedecendo e se adequando à regulamentação da Agência, que está materializada no Regulamento de EILD aprovado pela Resolução nº 590/2012, c/c as regras do Regulamento do PGMC e da nova Resolução nº 639/2014.

41. Diante do exposto, infere-se que os contratos de compartilhamento de rede, dentre os quais estão o de exploração industrial de linhas dedicadas são obrigatórios, não havendo que se falar em autonomia de vontade no tocante à intenção de contratar. O ordenamento jurídico impõe a contratação.

42. E sendo compulsórios os contratos em questão, não se pode falar em prestação de EILD sob regime privado, já que neste predomina a autonomia da vontade ao contratar, já que o vínculo contratual não é obrigatório. Nos contratos de EILD, o vínculo é obrigatório, regido pelo direito público e sujeito à regulação estatal.

43. Utilizando a nomenclatura de “contrato coativo”, Sílvio de Salvo Venosa^[1] assim se manifesta sobre o assunto, *ad litteram*:

A expressão contrato coativo contém o máximo do dirigismo contratual. Não há como defender a autonomia da vontade se o contrato é imposto. (...) Na verdade, aqui não estamos diante de uma manifestação de dirigismo contratual, mas perante uma consequência inevitável do privilégio concedido às empresas que detêm o monopólio dos serviços públicos (Borba, 1989:19). O intuito contratual está praticamente desaparecido nesse negócio jurídico. As cláusulas do negócio são totalmente predispostas (...) Existe no fenômeno aparência de contrato e não contrato propriamente dito. Trata-se de negócio jurídico guarnecido de normas de Direito Público. Resolvem-se as pendências levando-se em conta princípios de Direito Público, embora parcela ponderável das cláusulas situe-se no âmbito da contratação privada e como tal deva ser encarada.

44. O compartilhamento de redes tem tamanha importância que é consagrado na legislação como função social, conforme se depreende do art. 146 da Lei 9.472, de 16/07/1997, que também dispõe sobre a obrigatoriedade do compartilhamento de redes na forma da regulamentação:

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

I - é obrigatória a interconexão entre as redes, na forma da regulamentação;

II - deverá ser assegurada a operação integrada das redes, em âmbito nacional e internacional;

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

Parágrafo único. Interconexão é a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de serviços de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis.

45. Deve-se ter em vista que sendo os contratos de EILD obrigatórios e que, nesses casos, a autonomia da vontade resta mitigada em relação à vontade de contratar e em relação ao próprio conteúdo do contrato, conseqüentemente devem se adequar à nova legislação, a fim de cumprirem sua função social.

46. Ademais, sendo o princípio da função social do contrato norma de ordem pública, segundo se depreende do art. 2035, parágrafo único, do Código Civil, acima transcrito, então, um contrato válido que foi celebrado em consonância com o ordenamento jurídico à época de sua celebração, pode, durante sua execução, tornar-se incompatível com a função social a que está sujeito, de forma que se tornam ineficazes as cláusulas do contrato incompatíveis com a nova regulamentação.

47. Neste sentido foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal RE 211304/RJ, quando da discussão de periodicidade de reajuste e plano real, em que entendeu que as normas que tratam do sistema monetário e plano econômico são normas imperativas, não tendo as partes direito de dispor do seu conteúdo, ou seja, os contratos deveriam aderir às novas normas^[9].

48. Neste sentido também foi a decisão judicial proferida pelo juízo da 19ª Vara Federal de São Paulo nos autos da ação 0014190-59.2012.4.03.6100, em que se discutia essa questão:

Também não parece que a Anatel esteja se envolvendo em contratos meramente privados. Isso porque, embora não seja atividade fim da autora, que é a telefonia fixa, o aluguel dos circuitos beneficia o consumidor indiretamente, sendo, por isso regulado e incentivado pelo agente regulador, havendo interesse público a justificar a intervenção.

49. Desta forma, pode-se concluir, de que mesmo nas relações privadas reguladas pelo Código Civil, sujeitas ao regime privado, em que há uma maior autonomia da vontade na celebração dos contratos, em havendo um contrato celebrado sob um determinado regime, com a superveniência de outro regime, no curso de sua execução, caso o contrato deixe com isso de atender a sua função social – norma de ordem pública– deve se adequar às novas normas, que têm aplicação imediata.

50. Ora, sendo este o entendimento de que cabe a aplicação imediata das normas supervenientes de natureza cogente aos contratos de natureza privada regulados pelo Código Civil, com mais razão cabe sua aplicação nos contratos celebrados com mitigação à vontade de contratar e ao seu próprio conteúdo.

51. Além disso, caso se entendesse diferentemente, poderiam gerar situações em que houvesse celebração de contratos extremamente longos pelo particular que escapariam do regramento estatal, em burla ao ordenamento jurídico, gerando privilégios indevidos de algumas prestadoras em detrimento de outras.

52. Neste sentido, cabe mencionar ainda o disposto no art. 130 da Lei 9.472/97, segundo o qual *“a prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação.”*

53. Ademais, considerando que as prestadoras em regime privado têm que observar novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação, com mais razão as prestadoras em regime público, como no caso das concessionárias do STFC.

54. De todo exposto, há que se concluir pela aplicação imediata da nova regulamentação aos contratos estabelecidos sob a égide da legislação anterior, sendo ineficazes as cláusulas que não se coadunam com aquela.

2.4 Dos efeitos da decisão

55. Por fim, entendendo-se pela aplicação imediata da regulamentação em vigor, neste novo contexto, devem ser aplicados

os valores de referência contidos no Ato mais recente editado pelo Conselho Diretor, qual seja, o Ato nº 6212, de 1.7.2014, em vigência desde 24.2.2016.

56. No caso concreto, os efeitos da decisão devem ser definidos a partir do dia 25.2.2016, data da protocolização do pedido de resolução de conflitos pela Tim, como se observa da petição de fls. 1/21. Esta determinação consta no art. 35 do Regulamento de EILD:

Art. 35. Nos processos de Resolução de Conflitos entre Prestadoras de Serviços de Telecomunicações quanto à oferta de EILD, as decisões da autoridade julgadora de primeira instância e do Conselho Diretor terão efeito a partir da protocolização do pedido de Resolução de Conflitos na Anatel.

3. CONCLUSÃO

57. Por todas as razões acima expostas, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União - AGU, opina:

a) pela regularidade formal do processo, encontrando-se o feito pronto para a tomada de decisão;

b) diferentemente do que sugeriu a área técnica no Informe nº 383/2016/SEI/CPRP/SCP, de 20/09/2016, esta Procuradoria entende que no caso concreto, considerando que o Regulamento de EILD, com a alteração promovida pela Resolução nº 639/2014, e o PGMC devem ser interpretados sistematicamente, com implicações mútuas, de modo que devem ser utilizados **como referência**, os valores constantes no último Ato editado pelo Conselho Diretor, qual seja, nº 6212 de 1.07.2014, que tem vigência desde 24/02/2016, nos termos do art. 27 do Anexo I do PGMC e do art. 15 da Resolução nº 590/2012, com a alteração promovida pela Resolução nº 639/2014;

c) pela aplicação do regime descrito no item b aos contratos de EILD, inclusive aos celebrados antes da Resolução nº 639/2014 e do Ato nº 6.212/2014, tendo em vista que o contrato de compartilhamento de infraestrutura, nos termos do art. 155 da LGT, encontra-se sujeito à ampla regulação estatal;

d) pela produção de efeitos da decisão a ser produzida a partir do dia 25.2.2016, ou seja, data da protocolização do pedido de resolução de conflitos, nos termos do art. 35 da Resolução nº 590/2014.¹

À consideração superior.

Brasília, 01 de dezembro de 2016.

VALÉRIA DE SOUZA MARTINS BRAGA
PROCURADORA FEDERAL
MATRÍCULA 1.873.247

1 Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500004138201689 e da chave de acesso f0fee574
Notas

1. ^ Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2003, p. 386.

2. ^ Ementa: CONSTITUCIONAL E ECONÔMICO. SISTEMA MONETÁRIO. PLANO REAL. NORMAS DE TRANSPOSIÇÃO DAS OBRIGAÇÕES MONETÁRIAS ANTERIORES. INCIDÊNCIA IMEDIATA, INCLUSIVE SOBRE CONTRATOS EM CURSO DE EXECUÇÃO. ART. 21 DA MP 542/94. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À MANUTENÇÃO DOS TERMOS ORIGINAIS DAS CLÁUSULAS DE CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. A aplicação da cláusula constitucional que assegura, em face da lei nova, a preservação do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI) impõe distinguir duas diferentes espécies de situações jurídicas: (a) as situações jurídicas individuais, que são formadas por ato de vontade (especialmente os contratos), cuja celebração, quando legítima, já lhes outorga a condição de ato jurídico perfeito, inibindo, desde então, a incidência de modificações legislativas supervenientes; e (b) as situações jurídicas institucionais ou estatutárias, que são formadas segundo normas gerais e abstratas, de natureza cogente, em cujo âmbito os direitos somente podem ser considerados adquiridos quando inteiramente formado o suporte fático previsto na lei como necessário à sua incidência. Nessas situações, as normas supervenientes, embora não comportem aplicação retroativa, podem ter aplicação imediata. 2. Segundo reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as normas que tratam do regime monetário - inclusive, portanto, as de correção monetária -, têm natureza institucional e estatutária, insuscetíveis de disposição por ato de vontade, razão pela qual sua incidência é imediata, alcançando as situações jurídicas em curso de formação ou de execução. É irrelevante, para esse efeito, que a cláusula estatutária esteja reproduzida em ato negocial (contrato), eis que essa não é circunstância juridicamente apta a modificar a sua natureza. 3. As disposições do art. 21 da Lei 9.069/95, resultante da conversão da MP 542/94, formam um dos mais importantes conjuntos de preceitos normativos do Plano REAL, um dos seus pilares essenciais, justamente o que fixa os critérios para a transposição das obrigações monetárias, inclusive contratuais, do antigo para o novo sistema monetário. São, portanto, preceitos de ordem pública e seu conteúdo, por não ser suscetível de disposição por atos de vontade, têm natureza estatutária, vinculando de forma necessariamente semelhante a todos os destinatários. Dada essa natureza institucional (estatutária), não há inconstitucionalidade na sua aplicação imediata (que não se confunde com aplicação retroativa) para disciplinar as cláusulas de correção monetária de contratos em curso. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (grifou-se)(RE 211304, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2015, DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015 EMENT VOL-03992-02 PP-00339)

Documento assinado eletronicamente por VALERIA DE SOUZA MARTINS BRAGA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 16314214 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VALERIA DE SOUZA MARTINS BRAGA. Data e Hora: 13-12-2016 17:43. Número de Série: 9002857191735935633. Emissor: AC VALID RFB.

DESPACHO N. 01983/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU
NUP: 53500.004138/2016-89
INTERESSADOS: ANATEL - CPRP - GERÊNCIA DE MONITORAMENTO
DE RELAÇÕES ENTRE PRESTADORAS E OUTROS
ASSUNTOS: RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA

De acordo com o Parecer nº 00843/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU.

Encaminhem-se os autos para a análise e aprovação do Procurador-Geral.²

Brasília, 13 de dezembro de 2016.

LEANDRO DE CARVALHO PINTO
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

IGOR GUIMARÃES PEREIRA
PROCURADOR FEDERAL
ASSESSOR ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL

² Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500004138201689 e da chave de acesso f0fee574. Documento assinado eletronicamente por LEANDRO DE CARVALHO PINTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 17548612 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LEANDRO DE CARVALHO PINTO. Data e Hora: 13-12-2016 17:46. Número de Série: 3119737330213051911. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por IGOR GUIMARAES PEREIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 17548612 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): IGOR GUIMARAES PEREIRA. Data e Hora: 13-12-2016 17:48. Número de Série: 8081901340172081351. Emissor: AC CAIXA PF v2.

DESPACHO N. 01984/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU
NUP: 53500.004138/2016-89
INTERESSADOS: ANATEL - CPRP - GERÊNCIA DE MONITORAMENTO
DE RELAÇÕES ENTRE PRESTADORAS E OUTROS
ASSUNTOS: RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA

Aprovo o Parecer nº 843/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU.

Restituam-se os autos à origem.³

Brasília, 13 de dezembro de 2016.

PAULO FIRMEZA SOARES
PROCURADOR-GERAL

³ Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500004138201689 e da chave de acesso f0fee574. Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 17549908 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 13-12-2016 17:54. Número de Série: 1277741. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.

ANÁLISE ACERCA DA OCORRÊNCIA DE CASO FRTUITO NA OPERAÇÃO DO SEGMENTO ESPACIAL REFERENTE AO DIREITO DE EXPLORAÇÃO DE SATÉLITES

Luciana Chaves Freire Félix

Procuradora Federal. Coordenadora de Procedimentos Regulatórios Adjunta

Marina Georgia de Oliveira e Nascimento

Procuradora Federal. Coordenadora de Procedimentos Regulatórios

PARECER n. 00365/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.023907/2012-14

INTERESSADA: ECHOSTAR 45 TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ASSUNTO: Prorrogação do prazo de entrada em operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite conferido à Echostar 45 Telecomunicações Ltda. na posição orbital 45°W por meio do Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV n° 157/2012-ANATEL.

EMENTA: 1. Prorrogação do prazo de entrada em operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite conferido à Echostar 45 Telecomunicações Ltda. na posição orbital 45°W por meio do Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV n° 157/2012-ANATEL. 2. Não caracterização de caso foruito ou força maior. 3. Óbice à prorrogação pleiteada.

1. RELATÓRIO.

1. Trata-se de pedido de prorrogação do prazo de entrada em operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite conferido à Echostar 45 Telecomunicações Ltda. (Echostar) na posição orbital 45°W por meio do Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV nº 157/2012-ANATEL.

2. Para fins de relato, vale transcrever os itens 3.2 a 3.7 do Informe nº 1405/2017/SEI/ORLE/SOR:

3.2. A Echostar 45 Telecomunicações Ltda. participou da Licitação nº 002/2011/PVSS/SPV-ANATEL, que teve como objeto “conferir até quatro Direitos de Exploração de Satélite Brasileiro para Transporte de Sinais de Telecomunicações, doravante apenas Direito de Exploração, utilizando satélites geoestacionários, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma única vez, em posições orbitais que estejam em processo de coordenação ou de notificação em nome do Brasil ou resultantes de processos de coordenação a serem iniciados ante a União Internacional de Telecomunicações - UIT, e uso de radiofrequências associadas”.

3.3. Originalmente, o Direito de Exploração de Satélite Brasileiro, mediante ocupação, sem exclusividade, da posição orbital 45°W e radiofrequências associadas nas faixas referentes às bandas Ku (Apêndices 30 e 30A), Ka e S, foi conferido pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogáveis por igual período, à HNS AMÉRICAS COMUNICAÇÕES LTDA, CNPJ nº 33.804.832/0001-10, por meio do Ato nº 1.797, de 28 de março de 2012 e Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV nº 157/2012-ANATEL, e transferido posteriormente para ECHOSTAR 45 TELECOMUNICAÇÕES LTDA, CNPJ nº 15.787.701/0001-90, por intermédio do Ato nº 5.246, de 28 de agosto de 2013, e Termo de Direito de Exploração ORLE/SOR nº 03/2013-ANATEL (Termo de Sub-rogação de Direitos e Obrigações).

3.4. O extrato do Termo de Direito de Exploração nº 157/2012 foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) no dia 8 de maio de 2012.

3.5. Nas Cartas datadas de 2 de junho de 2016 (SEI nº 0538597), 31 de outubro de 2016 (SEI nº 0926021) e 19 de dezembro de 2016 (SEI nº 1052396), a empresa apresentou argumentos favoráveis à prorrogação do prazo para entrada em operação do segmento espacial.

- 3.6. Tendo em vista as manifestações da interessada, foram expedidos Memorandos à Gerência de Espectro, Órbita e Radiodifusão - ORER, registrados no SEI sob os nº 0846211, 1061787 e 1206179, solicitando subsídios para prosseguimento do processo.
 - 3.7. Em resposta, a ORER encaminhou os Memorandos cadastrados no SEI sob os nº 1012506, 1108246 e 1227050.
3. Registre-se que, por meio do Despacho Decisório nº 71/2017/SEI/ORLE/SOR (SEI 1317837), foram deferidos os pedidos de restrição de acesso das cartas registradas sob os nºs SEI 0380655, 0538597, 0926021, 0934252, 1009208 e 1052396, por conterem informações técnicas de caráter estratégico da Echostar.
4. A área técnica analisou o pedido de prorrogação, por meio do Informe nº 1405/2017/SEI/ORLE/SOR, e propôs o seguinte:
 - 4.1. Tendo em vista o disposto acima, propõe-se que seja prorrogado o prazo para entrada em operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite conferido à Echostar 45 Telecomunicações Ltda. por meio do Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV nº 157/2012-ANATEL, na posição orbital 45°W, até 8 de dezembro de 2020.
5. Foi anexada ao referido Informe Minuta de Termo Aditivo ao Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV nº 157/2012-ANATEL (SEI nº 1326777).
6. Por meio da Matéria para Apreciação do Conselho Diretor nº 247/2017, o Superintendente de Outorga e Recursos à Prestação propôs o seguinte:
 - 5.1. Atendidas as exigências legais pela interessada, conforme instruído no processo, manifesta-se favoravelmente ao atendimento da solicitação de prorrogação, até 8 de dezembro de 2020, do prazo para entrada em operação do segmento espacial referente ao direito de exploração de satélite conferido à Echostar 45 Telecomunicações Ltda. na posição orbital 45°W, no contexto da Licitação nº 002/2011/PVSS/SPV-ANATEL, por meio do Termo de Direito de Exploração de Satélite PVSS/SPV nº 157/2012-ANATEL.
 - 5.2. Encaminhe-se o presente processo ao Superintendente Executivo para posterior envio à deliberação do Conselho Diretor.

5.2.1. Nos termos do Regimento Interno, a presente matéria deverá ser objeto de sorteio para sua distribuição ao Conselheiro relator.

7. Por meio da Certidão SEI nº 1393516, foi certificado que o presente processo foi objeto de sorteio no dia 20 de abril de 2017 às 10h, tendo sido o Conselheiro Otavio Luiz Rodrigues Junior designado relator.

8. Após, por meio do Memorando nº 20/2017/SEI/OR, o processo foi devolvido para redistribuição, considerando que o Conselheiro Otávio Luiz Rodrigues Junior estava em férias.

9. Por meio da Certidão SEI 141881, foi certificado que o presente processo foi objeto de sorteio no dia 27 de abril de 2017 às 10h, tendo sido o Conselheiro Leonardo Euler de Moraes designado relator.

10. O Conselheiro Leonardo Euler de Moraes, por meio da Análise nº 32/2017/SEI/LM, propôs a conversão da deliberação em diligência, pelo prazo de 30 (trinta) dias, para que a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel se manifestasse nos autos acerca dos aspectos jurídicos do pedido de prorrogação.

11. Assim é que o Conselho Diretor, por meio do Despacho SEI nº 1448314, decidiu, em sua Reunião nº 825, de 4 de maio de 2017, tendo por fundamento a Análise nº 32/2017/SEI/LM (SEI nº 1420234), converter a deliberação em diligência, pelo prazo de 30 (trinta) dias, para que a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE) manifeste-se nos autos acerca dos aspectos jurídicos do pedido de prorrogação.

12. É o relatório. Passa-se a opinar.

FUNDAMENTAÇÃO.

13. No que atine ao objeto da Licitação nº 002/2011/PVSS/SPV-Anatel, o Edital de Licitação aduz o seguinte:

1.1 O objeto desta licitação é conferir até quatro Direitos de Exploração de Satélite Brasileiro para Transporte de Sinais de Telecomunicações, doravante apenas Direito de Exploração, utilizando satélites geoestacionários, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma

única vez, em posições orbitais que estejam em processo de coordenação ou de notificação em nome do Brasil ou resultantes de processos de coordenação a serem iniciados ante a União Internacional de Telecomunicações - UIT, e uso de radiofrequências associadas.

1.1.1 Direito de Exploração de Satélite Brasileiro para Transporte de Sinais de Telecomunicações, de acordo com a Lei n.º 9.472/97, é o que assegura a ocupação da órbita e o uso das radiofrequências destinadas ao controle e monitoração do satélite e à telecomunicação via satélite.

1.1.2 O prazo pelo Direito de Exploração referido em 1.1 iniciar-se-á na data de publicação no Diário Oficial da União – DOU do extrato do Termo de Direito de Exploração conferido à entidade vencedora de cada etapa desta licitação.

1.2 A Anatel, a seu critério, poderá iniciar, quando considerar conveniente, novo processo visando conferir novos Direitos de Exploração, após o término do presente processo licitatório.

14. No que se refere à obrigação de a adjudicatária colocar o segmento espacial em operação, transcreve-se o item 10.4.3 do Edital de Licitação e seus subitens, *verbis*:

10.4.3 A adjudicatária compromete-se a colocar o segmento espacial em operação no prazo de 4 (quatro) anos, contado a partir da publicação no DOU do extrato do Termo de Direito de Exploração, ressalvadas as situações de força maior ou caso fortuito.

10.4.3.1 Quando se tratar de utilização de posição orbital e faixas de frequências associadas aos Planos dos Apêndices 30, 30A e 30B do Regulamento de Radiocomunicações da UIT, o prazo para colocar em operação o segmento espacial será de 5 (cinco) anos, contado a partir da publicação no DOU do extrato do Termo de Direito de Exploração, ressalvadas as situações de força maior ou caso fortuito.

10.4.3.2 Como condição para assinatura do Termo de Direito de Exploração, a adjudicatária deve apresentar, até 5 (cinco) dias antes da referida assinatura, garantia de execução do compromisso de colocar o segmento espacial em operação, com prazo de validade mínimo de 50 (cinquenta) meses, no caso do item 10.4.3, e de 62 (sessenta e dois) meses, no caso do item 10.4.3.1.

10.4.3.2.1 Se a Adjudicatária não apresentar a garantia de execução do compromisso a que se refere o item 10.4.3.2, serão adotadas as medidas indicadas no item 12.1.

10.4.3.2.2 A adjudicatária deve apresentar garantia de execução do compromisso a que se refere o item 10.4.3.2 no valor de R\$ 394.584,41 (trezentos e noventa e quatro mil, quinhentos e oitenta e quatro reais e quarenta e um centavos).

10.4.3.2.3 A Adjudicatária poderá optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

a) carta de fiança bancária, emitida em favor da adjudicatária por banco comercial, de investimentos ou múltiplo;

b) caução em dinheiro feita na Caixa Econômica Federal, em formulário específico, conforme dispõe o Decreto-Lei n.º 1.737/79.

15. No mesmo sentido, estabelece o Termo n.º 157/2012-ANATEL:

Capítulo III – Do Projeto Técnico

3.1. Obriga-se a EXPLORADORA DE SATÉLITE a informar previamente à Anatel alterações técnicas ao projeto, relativamente ao constante da Metodologia de Execução, sob pena de extinção do Direito de Exploração e perda do valor pago por este direito referido no item 2.1.

3.2. Não serão admitidas alterações:

a) do prazo de 5 (cinco) anos para entrada em operação do segmento espacial, contado a partir da data de publicação do extrato do Termo no Diário Oficial da União, salvo em situações de força maior ou caso fortuito;

b) dos requisitos técnicos do projeto estabelecidos no Anexo 1 deste Termo (Edital de Licitação nº002/2011/PVSS/SPV-ANATEL).

3.2.1. O não cumprimento destas obrigações sujeita a EXPLORADORA DE SATÉLITE à caducidade do Direito de Exploração e perda dos valores das parcelas pagas pelo direito referido no item 2.1.

3.2.2. Além do estabelecido no item 3.2.1, o não cumprimento do compromisso de colocar o segmento espacial em operação no prazo estabelecido implica a execução, pela Anatel, da garantia de execução do referido compromisso.

16. No que se refere às posições orbitais envolvidas, eis o que o Edital de Licitação aduziu:

2.3 Na elaboração de seus projetos técnicos, as Proponentes deverão atender os requisitos técnicos obrigatórios estabelecidos no Anexo I.

2.4. No Anexo II deste Edital constam informações relativas às posições orbitais e radiofrequências associadas em processo de coordenação ou de notificação em nome do Brasil ante a UIT, bem como as posições orbitais e radiofrequências associadas aos Planos dos Apêndices 30, 30A e 30B do Regulamento de Radiocomunicações da UIT em nome do Brasil, entre as quais uma, em cada etapa, poderá ser pleiteada pela Proponente, observado o disposto no item 2.4.2.

2.4.1 A critério da Proponente, em cada uma das etapas, poderá ser pleiteada:

a) outra posição orbital diversa daquelas listadas na Tabela 1 do Anexo II, a qual será objeto de processo de coordenação e notificação pelo Brasil ante a UIT; ou

b) a inclusão de uma nova consignação ao Plano dos Apêndices 30 e 30A em relação àquelas listadas na Tabela 2 do Anexo II, que estará sujeita aos procedimentos de coordenação e notificação previstos nos referidos Apêndices; ou

c) a inclusão de um sistema adicional ou a modificação da posição orbital, no que concerne ao Plano do Apêndice 30B, Tabela 3 do Anexo II, que estará sujeita aos procedimentos de coordenação e notificação previstos no referido Apêndice.

2.4.1.1 Nos casos previstos no item 2.4.1, a Anatel verificará o impacto da utilização da posição orbital, considerando os pedidos de direito de exploração de satélite em andamento e os direitos de exploração de satélite já conferidos, bem como a possibilidade de restringir outros usos de posições orbitais e radiofrequências associadas aos Planos dos Apêndices 30, 30A e 30B em nome do Brasil.

2.4.2 A escolha da posição orbital e radiofrequências associadas a ser utilizada pela Proponente, conforme itens 2.4 e 2.4.1, é de inteira responsabilidade da Proponente, não cabendo, relativamente aos termos e condições estabelecidos neste Edital, quaisquer condicionamentos ou responsabilidades da Anatel que, sempre que possível e observado o disposto neste item:

a) apoiará toda e qualquer ação necessária perante as demais administrações estrangeiras envolvidas na coordenação da posição

orbital escolhida, no sentido de fazer valer os direitos da entidade detentora de Direito de Exploração;

b) promoverá reuniões nacionais entre detentoras de Direito de Exploração, sempre que necessário, por iniciativa da Anatel ou de detentora de Direito de Exploração, de forma a buscar os necessários acordos de coordenação; e

c) permitirá futuras alterações no projeto do segmento espacial da detentora do Direito de Exploração, com relação à escolha original da posição orbital, caso seja esta a solução efetiva para eventuais conflitos de coordenação identificados com outros segmentos espaciais, desde que atendidas as demais condições estabelecidas neste Edital.

2.4.3 É vedada a escolha de posição orbital e radiofrequências associadas para as quais a proponente já detém direito de exploração de satélite.

17. A HNSA Américas Comunicações Ltda. (cujo direito de exploração de satélite foi transferido para a Echostar), após ofertar o maior lance na primeira etapa da Licitação de 2011, escolheu a posição 45°O associada às frequências 12,2-12,7 GHz e 17,3-17,8 GHz, correspondentes a faixa planejada do AP30-30A (item 1.1.2 do Anexo I do Edital e tabela 2 do Anexo II). Além destas faixas, conforme item 3.1 do Anexo I do Edital, a empresa solicitou as faixas 1980-2025 MHz e 2160-2200 MHz, referentes a Banda S, e 17,7-20,2 GHz e 27 à 30 GHz, referentes a Banda Ka.

18. O Direito de Exploração de Satélite Brasileiro foi conferido pela Anatel por meio do Ato nº 1.797/2012, publicado no DOU em 05 de abril de 2012, e por meio do Termo de Direito de Exploração PVSS/SPV nº 157/2012-Anatel assinado em 4 de maio de 2012 e o extrato publicado no DOU de 8 de maio de 2012.

19. O prazo para colocação do satélite em operação na posição orbital e faixas de frequências associadas é de 5 (cinco) anos a partir da publicação no DOU do Termo de Direito de Exploração de Satélite, conforme item 10.4.3.1. Sendo assim, a empresa Echostar teria até o dia 8 de maio de 2017 para colocar em operação o satélite que irá ocupar a posição orbital de 45°O e transmitirá nas faixas de frequências das bandas S, AP30-30A e Ka.

20. De início, cumpre destacar que a área técnica consignou não haver óbice para que uma empresa coloque em operação um segmento espacial que utilize satélites diferentes. Vejamos:

3.10. Inicialmente, para um maior esclarecimento da matéria, transcreveremos abaixo o inciso XVIII, do art. 9º do Regulamento sobre o Direito de Exploração de Satélite para Transporte de Sinais de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 220, de 5 de abril de 2000, que traz o conceito de segmento espacial:

XVIII - Segmento Espacial: são os satélites e as estações de rastreamento, telemetria, comando, controle, monitoração e equipamentos requeridos para suportar a operação desses satélites;

3.11. Tendo em vista a definição acima, não se vislumbra óbice para que uma empresa coloque em operação um segmento espacial utilizando satélites diferentes (divisão por bandas de frequências, por exemplo).

21. *In casu*, segundo informações da interessada, ela já teria promovido a entrada em operação de parte do segmento espacial por meio do satélite Echostar XXIII, na banda Ku (Apêndices 30 e 30A). A empresa informou, por meio da petição SEI nº 1405093 que houve o lançamento do satélite Echostar XXIII em 16 de março de 2017 e que a ativação do segmento espacial estava prevista para ocorrer até 8 de maio de 2017. De qualquer sorte, tal ativação ainda não restou atestada nos autos.

22. Não obstante, ainda resta a entrada em operação do segmento espacial relativo às bandas Ka e S. No que se refere a essas bandas, a Echostar requereu a prorrogação para entrada em operação do segmento espacial, sob a alegação de ocorrência de força maior ou caso fortuito.

23. Nos termos da cláusula 3.2 do Termo nº 157/2012-ANATEL, **“não são admitidas alterações: a) do prazo de 5 (cinco) anos para entrada em operação do segmento espacial, contado a partir da data de publicação do extrato do Termo no Diário Oficial da União, salvo em situações de força maior ou caso fortuito”**.

24. Importa analisar, portanto, *in casu*, a configuração ou não de força maior ou caso fortuito, a justificar a prorrogação de prazo requerida.

25. No que atine aos fundamentos do pedido de prorrogação formulado pela Echostar, cumpre transcrever os itens 3.16 e 3.17 do Informe nº 1405/2017/SEI/ORLE/SOR, que bem os resume:

3.16. A interessada relaciona, como fato necessário a justificar a prorrogação, uma possível redução do espectro da banda S por parte da Anatel, cujas faixas de radiofrequências ainda não teriam sido destinadas para serviços de comunicação móveis via satélite e também poderiam sofrer interferência com links de micro-ondas (faixas terrestres).

3.17. Como fatos secundários, trouxe os seguintes argumentos: o fato de o protocolo da Echo 45 perante a UIT para as bandas Ka e S ter prioridade muito baixa; incertezas quanto a destinação das faixas de radiofrequências relativas à banda Ka; e aspectos relacionados à crise econômica vivida pelo país.

26. No que se refere à banda S, eis o que a área técnica consignou:

3.18. No que concerne à situação envolvendo a banda S, transcrevemos trecho do Memorando nº 23/2017/SEI/ORDER/SOR, de 24 de fevereiro de 2017 (SEI nº 1227050), por meio do qual a Gerência de Espectro, Órbita e Radiodifusão - ORER posiciona-se acerca do caso:

“4. Em resposta ao requerimento da interessada, por meio do Ofício nº 22/2012-PVSSR/PVSS-Anatel, de 22 de março de 2012, observou-se que as referidas faixas de radiofrequências, apesar de atribuídas para o serviço móvel por satélite, ainda não estavam destinadas a serviço de telecomunicações que possa utilizar capacidade espacial de sistemas do serviço móvel por satélite e que somente após a destinação a interessada poderia fazer uso daquelas faixas de radiofrequências.

5. Sobre este assunto, o processo de destinação da banda S (Processo SEI nº 53500.015486/2016-81) foi iniciado em Junho de 2016. A proposta da área técnica, passível de mudança nas instâncias superiores e ainda sujeita a Consulta Pública, é realizar a destinação de faixas na banda S. No entanto, cabe ressaltar que na proposta da área técnica, a largura de faixa a ser destinada será inferior àquela solicitada pela interessada.

6. Como marcos importantes para esse processo, temos a Consulta Pública, cuja previsão para ocorrer é no segundo semestre de 2017, e conclusão do processo, prevista para o terceiro trimestre de 2018.”

3.19. No contexto acima, a interessada já havia informado sobre a contratação da Airbus Defense & Space como empresa responsável pela

construção do satélite nas bandas Ka e S, por meio de correspondência datada de 1 de março de 2016 (SEI nº 0295809).

3.20. Não obstante, na Carta registrada sob o nº SEI 0926021, a interessada expôs sobre a impossibilidade de continuação do projeto do satélite enquanto a situação envolvendo as radiofrequências referentes à banda S não fosse resolvida:

“Até que tenhamos certeza sobre as frequências específicas em que teremos autoridade para operar, nós não podemos progredir no desenvolvimento de um satélite para a 45WL em Banda S. Portanto, trata-se, esse fator, de um evento de força maior, que nos impossibilita de cumprir com os requisitos previstos”.

3.21. A alegação da interessada procede. Invariavelmente, a configuração do satélite contratado sofrerá ajustes de acordo com a quantidade de espectro a ser destinada à banda S pela Anatel. Por exemplo, se houver diminuição, em tese, a empresa carregará menor quantidade de *transponders* em banda S e maior em banda Ka, para tornar o empreendimento viável economicamente, pois o provimento de capacidade em banda S será, obviamente, reduzido. Em contrapartida, se o espectro for mantido como originalmente atribuído, a empresa poderá carregar maior quantidade de *transponders* em banda S, pois haverá maior capacidade na faixa para ser provida.

3.22. Deve ser frisado que, uma vez lançado, não há como reconfigurar o satélite, por isso a preocupação da empresa em desenvolver e lançar uma estação espacial que venha a cumprir as obrigações estabelecidas e, ao mesmo tempo, seja viável economicamente.

27. Como se vê a área técnica consignou que, muito embora as faixas de radiofrequências estejam atribuídas para o serviço móvel por satélite, ainda não estão destinadas a serviço de telecomunicações que possa utilizar a capacidade espacial de sistemas do serviço móvel por satélite e, somente após a destinação, a interessada poderia fazer uso daquelas faixas de radiofrequências. Ademais, continua a área técnica, tramita na Agência processo de destinação da banda S (Processo SEI nº 53500.015486/2016-81), na qual a largura de faixa a ser destinada será inferior àquela solicitada pela interessada.

28. Assim é que a área técnica destaca que, invariavelmente, a configuração do satélite contratado sofrerá ajustes de acordo com a quantidade de espectro a ser destinada à banda S pela Anatel e que, uma

vez lançado, não há como reconfigurar o satélite, por isso a preocupação da empresa em desenvolver e lançar uma estação espacial que venha a cumprir as obrigações estabelecidas e, ao mesmo tempo, seja viável economicamente.

29. Pois bem. Nos termos do Código Civil, o caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, *verbis*:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

30. De modo a conceituar esses institutos, vale transcrever a ementa do Recurso Especial nº 258707/SP, *verbis*:

DIREITO CIVIL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. RESTAURANTE.MANOBRISTA. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. INEVITABILIDADE. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DE INDENIZAR PRECEDENTES DA CORTE. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A responsabilidade de indenizar, na ausência de pactuação em contrário, pode ser afastada pela prova da ocorrência de força maior, como tal se qualificando o roubo de objetos sob a guarda do devedor.

II - Segundo qualificada doutrina, que encontrou eco nesta Corte, caso fortuito é “o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes” enquanto a força maior é “o fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer”, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade.

(REsp 258.707/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2000, DJ 25/09/2000, p. 111) (grifos acrescidos)

31. José dos Santos Carvalho Filho conceitua os institutos da seguinte maneira^[1]:

Caso fortuito e força maior são situações de fato que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais. O primeiro decorre de eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, e o segundo é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, como é o clássico exemplo de greve.

(grifos acrescidos)

32. Ressalte-se que o caso fortuito ou força maior são caracterizados por situações excepcionalíssimas. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho adverte que o caso fortuito ou força maior são situações excepcionais, totalmente diversas de fatos contidos na álea normal dos contratos^[9]:

Assinale-se, por fim, ser correta a advertência de que tais situações devem caracteriza-se pela imprevisibilidade, inevitabilidade e impossibilidade total do cumprimento das obrigações. Fora daí, os fatos estarão dentro da álea normal dos contratos.

33. A ocorrência do caso fortuito ou da força maior deve ser verificada no caso concreto. *In casu*, no entanto, não se verifica a ocorrência de nenhum desses institutos. Não houve qualquer acidente ou fato de terceiro que tivesse criado um obstáculo ao adimplemento da obrigação, tampouco há de se falar na ocorrência de qualquer excepcionalidade característica do caso fortuito ou da força maior.

34. Explica-se. Quando a Echostar, ou melhor, à época a HNSA, solicitou que lhe fosse conferido o direito de também utilizar outras faixas adicionais, nos termos do item 3.1 do Anexo I do Edital de Licitação, as aludidas faixas ainda não estavam destinadas a serviço de telecomunicações que pudesse utilizar a capacidade espacial de sistemas do serviço móvel por satélite e, mesmo assim, ela, por sua conta e risco, conforme prevê o item 2.4.2 do Edital, as escolheu.

35. Cumpre destacar que não havia no Edital de Licitação ou no respectivo Termo, tampouco na regulamentação, qualquer disposição que contivesse o dever jurídico de a Anatel destinar as referidas faixas. Também não havia qualquer disposição nesses instrumentos que estabelecesse que o prazo de 5 (cinco) anos para entrada em operação do segmento espacial apenas começaria a ser contado após a destinação das faixas pela Anatel.

36. Note-se que o extrato do Termo de Direito de Exploração PVSS/SPV n° 157/2012-Anatel foi publicado no DOU de 8 de maio de 2012. Naquela época, como já salientado, as faixas ainda não haviam sido destinadas, e não era imprevisível que não fossem destinadas em um curto espaço de tempo. Até porque, considerando que, via de regra, a construção de satélites é demorada, para que a obrigação de entrada em operação fosse cumprida a tempo, as especificações técnicas do satélite deveriam ser definidas imediatamente ou ao menos em um curto espaço de tempo após a publicação do Termo.

37. Cumpre destacar, ainda, que à época da escolha de faixas adicionais pela HNSA, a Anatel não fez - até porque não cabia fazê-lo - qualquer juízo de valor sobre elas ou qualquer juízo técnico de viabilidade. De acordo com as disposições editalícias, a proponente poderia escolher utilizar outras faixas de frequência, aplicando-se, nesse caso, as disposições do item 2.4.2 do Edital, *verbis*:

2.4.2 A escolha da posição orbital e radiofrequências associadas a ser utilizada pela Proponente, conforme itens 2.4 e 2.4.1, é de inteira responsabilidade da Proponente, não cabendo, relativamente aos termos e condições estabelecidos neste Edital, quaisquer condicionamentos ou responsabilidades da Anatel que, sempre que possível e observado o disposto neste item:

- a) apoiará toda e qualquer ação necessária perante as demais administrações estrangeiras envolvidas na coordenação da posição orbital escolhida, no sentido de fazer valer os direitos da entidade detentora de Direito de Exploração;
- b) promoverá reuniões nacionais entre detentoras de Direito de Exploração, sempre que necessário, por iniciativa da Anatel ou de detentora de Direito de Exploração, de forma a buscar os necessários acordos de coordenação; e
- c) permitirá futuras alterações no projeto do segmento espacial da detentora do Direito de Exploração, com relação à escolha original da posição orbital, caso seja esta a solução efetiva para eventuais conflitos de coordenação identificados com outros segmentos espaciais, desde que atendidas as demais condições estabelecidas neste Edital.

38. Como se vê, o Edital de Licitação contém disposição expressa no sentido de que a escolha da posição orbital e radiofrequências associadas a

ser utilizada pela proponente é de inteira responsabilidade da proponente, não cabendo, relativamente aos termos e condições estabelecidos no Edital, quaisquer condicionamentos ou responsabilidades da Anatel.

39. Aliás, o próprio Edital e respectivo Termo previam a responsabilidade de a proponente observar a regulamentação. Dessa feita, se à época a faixa ainda não estava regulamentada, já era previsível que não poderia ser utilizada, não sendo imprevisível ou inevitável a não regulamentação imediatamente ou em curto espaço de tempo.

40. Dessa feita, tendo a HNSA à época escolhido uma faixa ainda não destinada, por sua conta e risco, e não tendo a Anatel, em razão disso, qualquer dever jurídico de o fazer, não é possível afirmar que o fato de a faixa ainda não estar destinada era algo imprevisível, não se configurando como acidente ou fato de terceiro que capitaneiam o caso fortuito e a força maior.

41. Aliás, a destinação da aludida faixa depende da gestão estratégica da Anatel segundo seu juízo discricionário. Portanto, não há de se falar, *in casu*, em fato alheio à vontade das partes, seja acidente, seja fato de terceiro, que caracterizem a ocorrência de caso fortuito ou força maior. A não regulamentação, repita-se, era plenamente previsível à época, até porque, além de não haver dever jurídico que a imponha à Anatel, a regulamentação depende da gestão estratégica da Agência.

42. Nesse sentido, o fato de o processo nº 53500.015486/2016-81 estar em trâmite na Agência e ter como objeto a destinação das faixas de radiofrequências de 1980 a 2025 MHz e de 2160 a 2200 MHz, a chamada banda S, para o Serviço Móvel Global por Satélite (SMGS), não parece ter relevância para a solução do presente pedido de prorrogação, na medida em que se constitui em proposta de regulamentação, ainda não aprovada pela Agência. Dessa feita, eventual aprovação necessariamente ocorrerá após a expiração do prazo para entrada em operação do satélite, a qual, aliás, já se efetivou em 8 de maio de 2017, não tendo havido qualquer caso fortuito ou força maior que justifique sua prorrogação.

43. Dessa feita, não tendo sido caracterizada a ocorrência de caso fortuito e força maior, que são as únicas exceções previstas no Edital e no respectivo Termo que permitem a alteração do prazo para entrada em operação do segmento espacial, resta inviável a prorrogação pleiteada pela Echostar.

44. A respeito da questão envolvendo a Banda Ka e sua eventual realocação para o 5G, a área técnica destacou que “apenas existem estudos na UIT que buscam identificar parte do *uplink* da banda Ka para o IMT (5G)”.

45. Nesse ponto, cumpre destacar que recentemente foi aprovada a Resolução nº 676, de 7 de abril de 2017, por meio da qual a Anatel limitou a utilização das faixas de radiofrequência de 18,1 GHz a 18,6 GHz e de 27,9 GHz a 28,4 GHz a redes de satélite do Serviço Fixo por Satélite.

46. Dessa forma, ainda que existam estudos em sentido contrário, verifica-se que eles não traduzem a realidade atual. Isso sem contar que é plenamente previsível que haja discussões sobre a destinação e realocação de faixas, sendo que eventual realocação em sentido contrário ao da interessada constitui-se em risco inerente ao negócio. Dessa forma, também não se trata de fato que caracterize caso fortuito ou força maior a justificar a prorrogação pleiteada.

47. Da mesma forma, o fato de o protocolo da Echo 45 perante a UIT para as bandas Ka e S ter eventualmente prioridade baixa não se constitui em caso fortuito ou força maior.

48. Sobre a crise econômica como fato a justificar a prorrogação pleiteada, a área técnica consignou o seguinte:

3.24. Sobre a configuração de uma crise econômica como fato necessário a justificar a prorrogação para entrada em operação de segmento espacial referente a direito de exploração de satélite brasileiro, assim decidiu o Conselho Diretor por meio da Análise nº 35/2017/SEI/AD, de 21 de março de 2017 (SEI nº 1296690), nos autos do processo nº 53500.022042/2016-01, em caso análogo:

4.57. Acrescente-se nesse cenário, a situação econômica vivida no país, causando retração nos últimos 3 (três) anos. É de conhecimento de todos esse fato, que se acentua nas empresas fornecedoras de infraestruturas, uma vez que nesses momentos, o investimento alvo passa a ser aqueles que oferecem retornos financeiros mais rápidos. A Star One, não tem o condão de impedir ou evitar os efeitos de situações dessa natureza.

4.58. Diante dos fatos, fica configurada hipótese de caso fortuito ou força maior a ensejar a possibilidade de prorrogação do pleito da solicitante.

4.59. Em caso semelhante, o Conselho Diretor já se manifestou favoravelmente, ressaltando a situação econômica como justificativa para

aprovar a prorrogação para entrada em operação de segmento espacial referente a direito de exploração de satélite brasileiro. Essa decisão consta do Despacho nº 10.119/2010-CD, de 29 de outubro de 2010, às fls. 141 a 143 e 145 dos autos do processo nº 53500.010933/2010-11 (SEI nº 0855197):

“Acolho, integralmente a fundamentação e análise trazida por meio do Informe nº 497/2010, entendendo que o tema foi devidamente tratado, restando clara a ocorrência de situação de caso fortuito ou força maior no presente processo que conduz ao deferimento do pleito da Requerente. E, ainda, em atendimento ao interesse público, entendo ser a dilação do prazo a melhor alternativa, já que os maiores beneficiados serão os usuários.

Por oportuno, vale salientar que os documentos acostados pela Requerente demonstram os seus esforços em cumprir o prazo anteriormente firmado, contudo demasiadamente afetado pelo cenário econômico mundial que passou por forte turbulência como é de conhecimento público e notório.”

3.25. A interessada solicitou, a priori, por meio da Carta de nº SEI 0538597, a dilação em 3 (três) anos do prazo para entrada em operação. Posteriormente, na Carta registrada sob o nº SEI 1052396, requereu a extensão do prazo para 43 (quarenta e três) meses, com término em 8 de dezembro de 2020.

49. Nesse ponto, muito embora o Conselho Diretor tenha decidido pela prorrogação, nos autos do processo nº 53500.022042/2016-01, em face da situação econômica vivida no país, cumpra a esta Procuradoria consignar que tal fato (crise econômica), por si só, não tem o condão de justificar a prorrogação pleiteada. Trata-se de fato previsível inserido no risco do negócio. Nesse sentido, vale citar os seguintes precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. SUPERMERCADO. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE PRAZO A TÍTULO DE AVISO PRÉVIO. 30 (TRINTA) DIAS. INOBSERVÂNCIA. ALEGAÇÃO DE CRISE ECONÔMICA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO CASO FORTUITO OU MOTIVO DE FORÇA MAIOR. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES TRAZIDAS PARA APRECIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A alegação de crise econômica não pode ser caracterizada como caso fortuito ou motivo de força maior para fins de rescisão contratual, visto

que se enquadra no risco inerente à atividade empresarial exercida pela agravante. Ora, o momento pelo qual passa a nação caracteriza-se como fato previsível, sobretudo em razão dos prognósticos econômicos há muito veiculados na mídia especializada, sendo, portanto, os efeitos passíveis de adequação;

2. Saliente-se que, como o próprio agravante afirma por mais de uma vez em suas razões, os rumores de encerramento de suas atividades já circulavam na imprensa, fato que demonstra que tal decisão já havia sido cogitada com bastante antecedência. É de se estranhar, portanto, ao menos à primeira vista, que os sublocatários do imóvel apenas tenham sido notificados, por meio de carta, dois dias antes do fechamento definitivo. Tal medida não é provida de qualquer razoabilidade, sendo deveras prejudicial aos locatários o abrupto encerramento das atividades lotéricas desempenhadas. Isso sem falar na ofensa aos mais basilares princípios do direito contratual, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva;

3. Demonstrado, portanto, que a crise econômica não pode ser entendida como elemento a configurar caso fortuito ou força maior, bem como que, ausente o termo de rescisão, entende-se como existente e em vigor o contrato de locação estabelecido entre o agravante e o locador, a conclusão a que se chega é que falta verossimilhança em suas alegações, não estando seus argumentos constituídos da solidez necessária à concessão do efeito suspensivo vindicado.

4. Precedentes doS Tribunais Pátrios;

5. Recurso conhecido e improvido. Unanimidade.

(Processo AI 08000787120168020000 AL 0800078-71.2016.8.02.0000, 3ª Câmara Cível, do TJAL Publicação em 22/02/2016, Relator Des. Alcides Gusmão da Silva)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. REJEIÇÃO. MÉRITO: AQUISIÇÃO DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. DEMORA NA ENTREGA DO BEM. ALEGAÇÃO DE CRISE ECONÔMICA. FORÇA MAIOR NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA MANTIDA.

1.NOS TERMOS DO ARTIGO 462 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, “SE, DEPOIS DA PROPOSITURA DA AÇÃO, ALGUM FATO CONSTITUTIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO INFLUIR NO JULGAMENTO DA LIDE, CABERÁ AO JUIZ TOMÁ-LO EM CONSIDERAÇÃO, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE, NO MOMENTO DE PROFERIR A SENTENÇA”.

2.CONSTATADO QUE O PROVIMENTO JURISDICIONAL EXARADO GUARDA CORRELAÇÃO COM O PEDIDO FORMULADO NA INICIAL, DEVE SER REJEITADA A PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA.

3.A CRISE ECONÔMICA MUNDIAL, POR SE ENCONTRAR INSERIDA NO RISCO ESPECÍFICO DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA POR CONSTRUTORAS, NÃO CONFIGURA CIRCUNSTÂNCIA APTA A CARACTERIZAR MOTIVO DE FORÇA MAIOR SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O ATRASO NA ENTREGA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA NO PRAZO FIXADO CONTRATUALMENTE.

4.RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(Processo APC 20100110097762 DF 0005149-56.2010.8.07.0001, 3ª Turma Cível do TJDF, Publicado no DJE em 26/07/2013, Relatora Desa. Nídia Corrêa Lima)

APELAÇÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – PEDIDO ADMINISTRATIVO DE REEQUILÍBRIO FINANCEIRO DO CONTRATO – ENTREGA DE CESTAS BÁSICAS PARA O MUNICÍPIO – AUMENTO DE PREÇOS DOS PRODUTOS – Pretensão da autora ao recebimento de indenização referente ao indeferimento da revisão de preços pleiteada perante à Fazenda Municipal, nos termos do art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93 – Preliminar: cerceamento do direito de defesa – inoocorrência – suficiência de instrução do feito – Mérito: alegação de crise econômica intensa no país, que causou o aumento absurdo das mercadorias que compõem a cesta básica objeto do contrato – descabimento – hipótese em que se cuida de evento esperado e corriqueiro em uma economia como o Brasil, que possui ampla concorrência e possui câmbio flutuante, não tendo sido demonstrada a ocorrência de álea extraordinária – ausência de justificativa razoável apta a elidir a responsabilidade do contratado em prever noções de risco de mercado – empresa que atua no ramo há considerável tempo – sentença mantida. Recurso da autora improvido.

(Processo APL 00039793420138260577 SP 0003979-34.2013.8.26.0577, 4ª Câmara de Direito Público do TJ SP, Publicação em 23/02/2017, Relator Paulo Barcellos Gatti)

50. Diante de todo o exposto, esta Procuradoria, em suma, destaca a excepcionalidade do caso fortuito ou força maior, que possuem elementos caracterizadores restritos não identificados no presente caso. Desse modo, não tendo restado caracterizada a ocorrência

de caso fortuito ou força maior, únicas exceções aptas a permitir a alteração do prazo para entrada em operação do segmento espacial, esta Procuradoria vislumbra óbice à prorrogação pleiteada.

CONCLUSÃO

51. Diante do exposto, não tendo restado caracterizada a ocorrência de caso fortuito ou força maior, únicas exceções aptas a permitir a alteração do prazo para entrada em operação do segmento espacial, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia Geral da União - AGU, vislumbra óbice à prorrogação pleiteada.¹

À consideração superior.
Brasília, 02 de junho de 2017.

LUCIANA CHAVES FREIRE FÉLIX
Procuradora Federal
Coordenadora de Procedimentos Regulatórios Adjunta
Matricula Siape nº 1.585.078

MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO
Procuradora Federal
Coordenadora de Procedimentos Regulatórios
Matricula Siape nº 1.585.369

¹ Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500023907201214 e da chave de acesso 24bdb415

Notas

- ^{1.} ^ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 169.
- ^{2.} ^ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 170.

Documento assinado eletronicamente por LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44650519 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX. Data e Hora: 02-06-2017 18:03. Número de Série: 1162391175095102725. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44650519 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARINA GEORGIA DE OLIVEIRA E NASCIMENTO. Data e Hora: 02-06-2017 18:03. Número de Série: 7039475072024638124. Emissor: AC CAIXA PF v2.

DESPACHO N. 01170/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.023907/2012-14

INTERESSADOS: ECHOSTAR 45 TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ASSUNTOS: PRORROGAÇÃO

1. Aprovo o **Parecer nº 365/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU**.
2. Restituam-se os autos ao Gabinete do Conselheiro Leonardo Euler de Morais²

Brasília, 02 de junho de 2017.

PAULO FIRMEZA SOARES
PROCURADOR-GERAL

² Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500023907201214 e da chave de acesso 24bdb415. Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 49331563 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 02-06-2017 18:12. Número de Série: 1277741. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.

A VENDA CASADA NA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO

Ricardo Ramos Sampaio
Procurador Federal

PARECER n. 00268/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.021969/2013-72

INTERESSADOS: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA

ASSUNTOS: PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES - PADO

EMENTA: Dúvida Jurídica. Serviço de Acesso
Condicionado. Venda casada. Considerações.

1. RELATÓRIO

1. Trata-se de dúvida jurídica no bojo de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações em que se apura a suposta venda casada de serviços de DTH e assistência técnica (Sky Prime 24 horas/Assistência Premium).

2. No Memorando nº 6/2017/SEI/AD constam os questionamentos:

1. Trata o Presente PADO de infração ao consumidor, onde foi proferida decisão pela Superintendente de Controle de Obrigações - SCO, por meio do Despacho Decisório n.º 10836/2015-CODI/SCO, que aplicou a sanção de multa no valor de R\$ 10.100.363,44 (dez milhões, cem mil, trezentos e sessenta e três reais e quarenta e quatro centavos), retratada parcialmente pelo Despacho Decisório n.º 551/2016-CODI/SCO, de 30 de junho de 2016, que reduziu a multa para R\$ 10.005.967,52 (dez milhões, cinco mil, novecentos e sessenta e sete reais e cinquenta e dois centavos), ratificando os demais termos da decisão recorrida, entendendo configurada infração ao artigo 38 do Regulamento de Proteção e Defesa dos Direitos dos Assinantes dos Serviços de Televisão por Assinatura, aprovado pela Resolução n.º 488/2007 e ao artigo 39, I, da Lei n.º 8.078/1990.

2. Contudo, não foi observado o disposto no art. 7º da Portaria nº 642, abaixo transcrito:

“Art. 7º A PFE- Anatel deve ser necessariamente ouvida, nos termos do art. 15, inciso VII, da Portaria nº 321/2013, nos seguintes casos que envolvam procedimentos de contencioso administrativo:

...

IV – processos administrativos sancionadores cuja proposta de multa, em um único processo ou conjunto de processos apensados, seja igual ou superior ao valor nominal de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais);”

3. Desta feita, com o intuito de sanear o presente feito, se faz necessário o envio dos autos à PFE-Anatel para a devida manifestação.

4. Considerando que a área técnica concluiu pela existência de infração tendo em vista a caracterização de venda casada, bem como a proporcionalidade da multa proposta, aproveitou a oportunidade para apresentar à Douta Procuradoria questionamentos pertinentes à elucidação do presente PADO:

O conceito de venda casada, na visão consumerista, se confunde com oferta conjunta?

O serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado é serviço essencial?

Uma vez que há competição no mercado de prestação de serviço de comunicação audiovisual, a hipótese de venda casada é afastada quando o consumidor exerce seu direito à liberdade de escolha?

No presente caso o consumidor poderia buscar outras prestadoras de serviço que melhor o atenda, já que não há poder de mercado na prestação do SeAC?

A observância dos dispositivos do CDC, nas relações de prestação de serviços públicos se dará de modo específico, tendo em conta os limites (i) de fato envolvidos nessa prestação e (ii) do regime jurídico de tais serviços?

5. Caso a Procuradoria considere a existência de prática ilegal de venda casada no presente PADO:

Para a configuração da prática de venda casada é essencial o prejuízo ao consumidor?

Qual foi o efetivo prejuízo ao consumidor no presente caso?

Existe venda casada lícita?

Considerando que apenas uma parcela dos usuários do serviço PREMIUM da SKY foi afetada, a multa aplicada é razoável e proporcional, tendo em vista que para o seu cálculo foi considerada toda a base de assinantes da prestadora como a quantidade de usuários que foram afetados pela infração?

6. Considerando que apenas uma parcela dos usuários do serviço PREMIUM da SKY foi afetada, a multa aplicada é razoável e proporcional, tendo em vista que para o seu cálculo foi considerada toda a base de assinantes da prestadora como a quantidade de usuários que foram afetados pela infração?

Considerando o disposto na Lei 12.485, de 12/09/2011, sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado, não há qualquer obrigação expressa de disponibilização de canais, importa destacar:

“Art. 3º A comunicação audiovisual de acesso condicionado, em todas as suas atividades, será guiada pelos seguintes princípios:

I- liberdade de expressão e de acesso à informação;

...

***VI - liberdade de iniciativa, mínima intervenção da administração pública** e defesa da concorrência por meio da livre, justa e ampla competição e da vedação ao monopólio e oligopólio nas atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado.*

...

Art. 90 As atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País.

...

Art. 29 A atividade de distribuição por meio do serviço de acesso condicionado é livre para empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, sendo regida pelas disposições previstas nesta Lei, na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e na regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel.

...

Art. 75. As prestadoras do SeAC podem promover Oferta Conjunta de Serviços de Telecomunicações, em conformidade com a regulamentação vigente, respeitadas as condições específicas de cada serviço de telecomunicações integrante da oferta.

...

§ 4º As condições de que trata o § 3º devem incluir facilidades e comodidades adicionais, preço conjunto e em separado de cada um dos serviços integrantes da oferta, benefícios, prazos da oferta conjunta, e perda de benefícios, se houver, no caso de rescisão.”

Ao não disponibilizar a contratação avulsa do “plano principal” com o exato mix de canais do “Combo” caracteriza a venda casada?

A prestadora ao não disponibilizar todos os canais do Combo Premium para contratação avulsa pratica venda casada? (grifos nossos)

3. É, em breves linhas, o relatório. Passa-se a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

4. Trazem os autos a esta Procuradoria Federal Especializada consulta jurídica que tem como tema central a denominada “venda casada”. Inicialmente, portanto, é salutar que discorramos acerca da prática vedada na legislação pátria.

5. Não se pode, na questão da venda casada, olvidar que desde 1962, com a Lei Delegada nº 4, a venda casada já estava proibida. *In verbis*:

“Art. 11. Fica sujeito à multa de um terço (1/3) do valor do salário mínimo vigente no Distrito Federal, à época da infração, até cem (100) vezes o valor desse mesmo salário, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

(i) subordinar a venda de um produto, compra simultânea de outros produtos ou a compra de uma quantidade

6. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90) caracterizou, ainda na sua redação original, a venda casada como prática abusiva, conforme se verifica do dispositivo:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

7. A Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, por sua vez, tipificou essa prática como crime:

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:

II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço;

Pena: detenção de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

8. E, da mesma maneira, a Lei n. 8.884/94, em seu art. 21, XXIII, a define como infração a ordem econômica:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

9. De se notar que a Lei 12.529/2011 alterou a Lei n° 8137/90, suprimindo a redação constante do art. 5°, inciso II, e revogou grande parte dos dispositivos da Lei n° 8.884/94, incluindo-se o art. 21, inciso XXIII. Sobreveio, no entanto, a seguinte redação a dispor sobre esse tema:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

10. No âmbito da Anatel, é possível destacar o próprio Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), aprovado pela Resolução n° 581, de 2012, e o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC (Resolução n° 632, de 7 de março de 2014):

Regulamento do SeAC

Art. 74. É vedado à Prestadora condicionar a oferta do SeAC ao consumo casado de qualquer outro bem ou serviço, prestado por seu intermédio ou de parceiros, coligadas, controladas ou controladora, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

RGC

Art. 43. As Prestadoras podem promover Oferta Conjunta de Serviços de Telecomunicações, em conformidade com a regulamentação vigente, respeitadas as condições específicas de cada serviço de telecomunicações integrante da oferta.

Parágrafo único. É vedado à Prestadora condicionar a oferta do serviço ao consumo casado de qualquer outro bem ou serviço, prestado por seu intermédio ou de parceiros, coligadas, controladas ou controladora, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

11. Feito esse breve introito com o objetivo de situar a questão do ponto de vista legal, passemos ao conceito e características do instituto.
12. O Manual de Direito do Consumidor da Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça aborda o assunto:

Uma das mais comuns práticas abusivas ocorrente no mercado, e vedada expressamente CDC, é a venda casada (art. 39, inciso I, CDC). Nela, o fornecedor condiciona que um produto ou serviço “A” só seja adquirido se acompanhado (casado) de outro “B”, obrigando o consumidor, mesmo que não queira, a consumir e pagar por duas coisas distintas (“A” e “B”). Analisando esta situação, vê-se que o fornecedor detém o controle de suas atividades e pode adotar como estratégia de venda do produto “B” (que não possui tanta procura), vendê-lo casado ao produto “A” (normalmente um produto mais conhecido).

O direito que o fornecedor possui de escolher qual será o modo de oferecimento de seus produtos ou serviços no mercado não há de lhe gerar uma vantagem manifestamente excessiva e apoiada na fragilidade do consumidor. Em outras palavras e conforme o exemplo acima, o fornecedor não pode impor o produto “B” sem dar ao consumidor, que apenas se interessa pelo produto “A”, opção de livre escolha.

A reunião destes bens casados não precisa ser só entre produtos ou só entre serviços. O condicionamento ocorre também entre produto e serviço, por exemplo, se uma concessionária só vende um veículo se for contratado com ela (ou outra empresa) um serviço de seguro do bem. Os dois bens são, por natureza, oferecidos individualmente no mercado, o que permitiria ao consumidor pesquisar melhores preços e condições, todavia a venda casada lhe retira tais opções.

Ao fornecedor é proibido fixar a quantidade de produtos e serviços a serem adquiridos ou utilizados pelo consumidor (art. 39, inciso I, CDC). A regra é que a disponibilidade de produtos e serviços permite ao consumidor se beneficiar-se na quantidade que desejar. A limitação quantitativa só poderá ocorrer se houver uma justa causa apresentada pelo fornecedor, mesmo assim atrelada a exigências técnicas, usos e costumes. (Manual de direito do consumidor / Leonardo Roscoe Bessa e Walter José Faiad de Moura ; coordenação de Juliana Pereira da Silva. -- 4. ed. Brasília : Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.)

13. A doutrina, no particular, não destoa do Manual em referência:

Mais urna vez a Lei n. 8.078 apresenta rol de condutas que é exemplificativo. É o que decorre da singela leitura do caput do art. 39. É verdade que essa redação do caput foi introduzida pela Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (a Lei Antitruste), e veio sanar urna aparente dificuldade que o veto ao inciso X da redação original teria trazido.

Com efeito, a redação anterior do caput do art. 39 era: “É vedado ao fornecedor de produtos e serviços: ...”, sem referencia a outras práticas abusivas, que constam da redação atual. E o inciso X da redação original fora vetado. Ele dizia: “praticar outras condutas abusivas”. A supressão desse inciso deixava margem a dúvida a respeito da eventualidade de constatação de outras práticas abusivas praticadas e que não estavam elencadas no art. 39, que teria apresentado, assim, um rol taxativo de condutas.

Essa taxatividade não seria verdadeira mesmo sem a nova redação. É que a norma protecionista deve ser tida como exemplificativa quando se trata de apresentar rol de ações, condutas ou cláusulas contratuais que violem direitos do consumidor. Essa teleologia decorre não só do sistema da lei consumerista como do próprio elenco dos direitos básicos do consumidor, disposto no art. 6º. E para a hipótese em exame cabe a leitura do inciso IV, que dispõe, *verbis*.

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”

De qualquer forma, a modificação introduzida no *caput* pela Lei n. 8.884 resolveu, de vez, qualquer dúvida que se pudesse levantar.

Para concluir esta parte, comente-se, então, o veto ao inciso X original. As razões do veto foram as seguintes:

“O princípio do Estado de Direito (CF, art. 1º) exige que as normas legais sejam formuladas de forma clara e precisa, permitindo que os seus destinatários possam prever e avaliar as consequências jurídicas dos seus atos. É, portanto, inconstitucional a consagração de cláusulas imprecisas, sobretudo em dispositivo de natureza penal”.

Percebe-se claramente o equívoco do veto, tanto que a lei restaurou a redação original. Na realidade, o fato de a lei ter dito “praticar outras condutas abusivas” não era, de maneira alguma, inconstitucional. A

questão tinha caráter civil e não criminal, e a definição da abusividade dependeria da existência real da conduta tida como abusiva. Ora, aceitar as razões do veto seria o mesmo que admitir que, se o fornecedor agisse, concretamente, de forma abusiva, contra o consumidor e se tal conduta não figurasse no elenco do art. 39, a conduta seria válida. E isso é um absurdo, pois, na pior das hipóteses, configuraria o abuso do direito retratado no item 1 dos comentários iniciais a esta seção. Se for constatada qualquer prática abusiva, independente de ela estar ou não no rol das condutas do art. 39 (e dos demais artigos da Lei n. 8.078), não pode ser tida como válida.

Passemos, agora, a análise de cada um dos incisos do art. 39.

Está disposto que é vedado:

“I- condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

A norma do inciso I proíbe a conhecida “operação casada” ou “venda casada”, por meio da qual o fornecedor pretende obrigar o consumidor a adquirir um produto ou serviço apenas pelo fato de ele estar interessado em adquirir outro produto ou serviço.

A regra do inciso I veda dois tipos de operações casadas: a) o condicionamento da aquisição de um produto ou serviço a outro produto ou serviço; e b) a venda de quantidade diversa daquela que o consumidor queira.

É importante observar de início que a expressão “sem justa causa” está atrelada a segunda parte da proposição, porquanto a norma diz “bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

Dessa forma a hipótese da letra a, isto é, o condicionamento da venda de um produto ou serviço a aquisição de outro produto ou serviço, é incondicionada. Não há justificativa nem por justa causa. Esta só é válida na quantidade ofertada. (Nunes, Rizzatto. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 8ª. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015. p.606)

14. Na jurisprudência, nos deparamos com alguns casos paradigmáticos que merecem ser transcritos sob a perspectiva de compreender os requisitos para configuração da prática abusiva:

SFH. SEGURO HABITACIONAL. CONTRATAÇÃO FRENTE AO PRÓPRIO MUTUANTE OU SEGURADORA POR ELE INDICADA. DESNECESSIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. VENDA CASADA. - Discute-se neste

processo se, na celebração de contrato de mútuo para aquisição de moradia, o mutuário está obrigado a contratar o seguro habitacional diretamente com o agente financeiro ou com seguradora por este indicada, ou se lhe é facultado buscar no mercado a cobertura que melhor lhe aprouver. - O seguro habitacional foi um dos meios encontrados pelo legislador para garantir as operações originárias do SFH, visando a atender a política habitacional e a incentivar a aquisição da casa própria. A apólice colabora para com a viabilização dos empréstimos, reduzindo os riscos inerentes ao repasse de recursos aos mutuários. - Diante dessa exigência da lei, tornou-se habitual que, na celebração do contrato de financiamento habitacional, as instituições financeiras imponham ao mutuário um seguro administrado por elas próprias ou por empresa pertencente ao seu grupo econômico. - Apesar da aquisição do seguro ser fator determinante para o financiamento habitacional, a lei não determina que a apólice deva ser necessariamente contratada frente ao próprio mutuante ou seguradora por ele indicada. - Ademais, tal procedimento caracteriza a denominada “venda casada”, expressamente vedada pelo art. 39, I, do CDC, que condena qualquer tentativa do fornecedor de se beneficiar de sua superioridade econômica ou técnica para estipular condições negociais desfavoráveis ao consumidor, cerceando-lhe a liberdade de escolha. Recurso especial não conhecido. (grifos nossos)

(STJ - REsp: 804202 MG 2005/0208075-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 19/08/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/09/2008)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE MULTA PECUNIÁRIA POR OFENSA AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OPERAÇÃO DENOMINADA ‘VENDA CASADA’ EM CINEMAS. CDC, ART. 39, I. VEDAÇÃO DO CONSUMO DE ALIMENTOS ADQUIRIDOS FORA DOS ESTABELECIMENTOS CINEMATÓGRÁFICOS.

1. A intervenção do Estado na ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve observar os princípios do direito do consumidor, objeto de tutela constitucional fundamental especial (CF, arts. 170 e 5º, XXXII).

2. Nesse contexto, consagrou-se ao consumidor no seu ordenamento primeiro a saber: o Código de Defesa do Consumidor

Brasileiro, dentre os seus direitos básicos “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações” (art. 6º, II, do CDC).

3. A denominada ‘venda casada’, sob esse enfoque, tem como *ratio essendi* da vedação a proibição imposta ao fornecedor de, utilizando de sua superioridade econômica ou técnica, opor-se à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatório e preços competitivos.

4. Ao fornecedor de produtos ou serviços, consecutivamente, não é lícito, dentre outras práticas abusivas, condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (art. 39, I do CDC).

5. A prática abusiva revela-se patente se a empresa cinematográfica permite a entrada de produtos adquiridos na suas dependências e interdita o adquirido alhures, engendrando por via oblíqua a cognominada ‘venda casada’, interdição inextensível ao estabelecimento cuja venda de produtos alimentícios constituiu a essência da sua atividade comercial como, *verbi gratia*, os bares e restaurantes.

6. O juiz, na aplicação da lei, deve aferir as finalidades da norma, por isso que, in casu, revela-se manifesta a prática abusiva.

7. A aferição do ferimento à regra do art. 170, da CF é interdita ao STJ, porquanto a sua competência cinge-se ao plano infraconstitucional.

8. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Recurso especial improvido. (grifos nossos)

(STJ - REsp: 744602 RJ 2005/0067467-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 01/03/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 15/03/2007 p. 264)

CONSUMIDOR. PAGAMENTO A PRAZO VINCULADO À AQUISIÇÃO DE OUTRO PRODUTO. “VENDA CASADA”. PRÁTICA ABUSIVA CONFIGURADA.

1. O Tribunal a quo manteve a concessão de segurança para anular auto de infração consubstanciado no art. 39, I, do CDC, ao fundamento de que a impetrante apenas vinculou o pagamento a prazo da gasolina por ela comercializada à aquisição de refrigerantes, o que não ocorreria se tivesse sido paga à vista.

2. O art. 39, I, do CDC, inclui no rol das práticas abusivas a popularmente denominada “venda casada”, ao estabelecer que é vedado ao fornecedor “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”.

3. Na primeira situação descrita nesse dispositivo, a ilegalidade se configura pela vinculação de produtos e serviços de natureza distinta e usualmente comercializados em separado, tal como ocorrido na hipótese dos autos.

4. A dilação de prazo para pagamento, embora seja uma liberalidade do fornecedor – assim como o é a própria colocação no comércio de determinado produto ou serviço –, não o exime de observar normas legais que visam a coibir abusos que vieram a reboque da massificação dos contratos na sociedade de consumo e da vulnerabilidade do consumidor.

5. Tais normas de controle e saneamento do mercado, ao contrário de restringirem o princípio da liberdade contratual, o aperfeiçoam, tendo em vista que buscam assegurar a vontade real daquele que é estimulado a contratar.

6. Apenas na segunda hipótese do art. 39, I, do CDC, referente aos limites quantitativos, está ressalvada a possibilidade de exclusão da prática abusiva por justa causa, não se admitindo justificativa, portanto, para a imposição de produtos ou serviços que não os precisamente almejados pelo consumidor. (grifos nossos)

7. Recurso Especial provido.

(STJ - REsp: 384284 RS 2001/0155359-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 20/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2009)

15. Esta Procuradoria Federal Especializada, por sua vez, já se debruçou sobre a matéria no Parecer n° 1162/2012/LFF/PFE-Anatel/PGF/AGU, exarado nos autos do Processo n° 53500.020847/2010, *in verbis*:

Parecer n° 1162/2012/LFF/PFE-Anatel/PGF/AGU

41. Esta Procuradoria, por meio dos Pareceres n° 255/2011/PGF/PFE-Anatel, exarado nos autos do Processo n° 53500.003600/2009, e n° 1421/2011/BMB/MGN/PFS/PGF/PFE-Anatel, exarado nos autos do Processo n° 53500.021822/2011, já se manifestou sobre o tema. Em ambas as oportunidades, esta Especializada destacou a possibilidade de oferta conjunta de serviços, desde que não se configure venda casada.

42. Entende-se por venda casada a prática comercial em que o fornecedor condiciona a venda de um produto ou serviço, à aquisição de outro produto ou serviço. Referida prática é expressamente proibida, no Brasil, pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 39, I, da Lei n.º 8.137/90), constituindo inclusive crime contra as relações de consumo (art. 5º, II, da Lei n.º 8.137/90).

43. A prática de venda casada configura-se sempre que alguém condicionar, subordinar ou sujeitar a venda de um bem ou utilização de um serviço à aquisição de outro bem ou ao uso de determinado serviço. Das muitas maneiras possíveis de induzir o consumidor a uma compra, a Venda Casada é a mais “disfarçada” delas.

44. Segundo Leonardo Roscoe Bessa, a venda casada ou o ato de combinar vendas pode ser definido como o procedimento em que o fornecedor condiciona o suprimento de um produto ou serviço à aquisição de outro produto ou serviço. Constitui assim, desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor, caracterizando-se como condições irregulares de negociação nas relações de consumo, vez que ferem os alicerces da ordem jurídica seja pela ótica da ordem pública ou dos bons costumes.

45. A Lei n° 8.884/94, em seu artigo 21, inciso XXIII, já definia a venda casada como infração à ordem econômica. Cumpre lembrar que a mesma previsão foi repetida na Lei n° 12.529/2011, em seu art. 36, § 3º, inciso XVIII. Além disso, a Resolução do Banco Central n° 2878/01 (alterada pela n° 2892/01), em seu art. 17, veda a contratação de quaisquer operações condicionadas ou vinculadas à realização de outras operações ou à aquisição de outros bens e serviços.

46. Já o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), em seu art. 39, dispõe que:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

(...)

47. No setor de telecomunicações, com o surgimento dos serviços convergentes, a venda casada pode ocorrer na hipótese de a prestadora ofertar ao usuário apenas a aquisição de trio de serviços (telefone, internet e TV), por exemplo, negando ao consumidor o direito de adquirir determinado serviço de forma isolada.

48. De fato, o instituto da venda casada pode ocorrer quando o prestador não disponibiliza o serviço de forma isolada, quando impõe inúmeros obstáculos para que o consumidor contrate apenas o serviço desejado, ou mesmo quando o prestador disponibiliza o serviço, de forma isolada, por valor exorbitante, bem acima do preço de mercado. Com efeito, todas essas práticas fazem com que o consumidor acabe contratando um pacote de serviços, mesmo não estando interessado em utilizar todos os serviços disponibilizados.

49. É certo que nem sempre o oferecimento conjunto de serviços configura a prática de venda casada, mas a prática da venda conjunta pode se transmutar em venda casada. Nesse viés, caso a prestadora imponha qualquer obstáculo não justificado para que o consumidor deixe de optar pela contratação do serviço de forma individualizada, a venda casada estará caracterizada.

50. Como já visto, a prática é enquadrada como crime e deve ser veementemente repudiada. Desse modo, a Anatel deve tomar todas as precauções para banir tal conduta do mercado das telecomunicações.

51. A convergência dos serviços de telecomunicações possibilita a redução nos custos da prestação conjunta dos serviços, criando ofertas mais atrativas para os usuários. Tal prática é perfeitamente válida. No entanto, os consumidores não estão obrigados a contratar a prestação conjunta dos serviços de telecomunicações. Com efeito, o consumidor tem o direito de optar pela contratação de determinado serviço, de

forma isolada, sendo garantida a cobrança de preço compatível com os praticados pelo mercado e que, concomitantemente, obedeça a parâmetros de razoabilidade comparativamente ao preço cobrado pela prestação conjunta.

52. O que se quer evitar é que o consumidor seja obrigado a contratar pacote de serviços, quando tem interesse apenas em contratar serviço específico, em razão da inexistência de oferta do serviço de interesse ou mesmo da impossibilidade de contratação do mesmo, quando ofertado em condições abusivas.

53. A oferta conjunta só deve ser permitida quando não for prejudicial à justa competição, não configurar a venda casada, e estiver em consonância com as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor. Nesse contexto, esse órgão jurídico recomenda que a oferta conjunta seja rechaçada quando se revestir em típica venda casada.

54. Rizzato Nunes^[1], ao comentar o instituto da “venda casada”, leciona que “a regra do inciso I, do artigo 39, do CDC, veda dois tipos de operações casadas: (i) o condicionamento da aquisição de um produto ou serviço a outro produto ou serviço; e (ii) a venda de quantidade diversa daquela que o consumidor queira. A hipótese (i) é incondicionada, isto é, não há justificativa, nem justa causa, para o condicionamento da aquisição de um produto ou serviço a outro produto ou serviço.”

55. Depreende-se, do excerto coligido, o tratamento rigoroso conferido pela doutrina ao tema in foco, que veda, inclusive, a validade da alegação por parte da empresa de justificativas para a constatação nos casos de condicionamento de aquisição de um produto ou serviço a outro produto ou serviço.

56. No que diz respeito ao tema, é importante mencionar que, no Contrato de Concessão do STFC, em discussão no processo n.º 53500.003187/2009, a área técnica, após a análise das contribuições recebidas por meio da Consulta Pública, sugeriu as seguintes alterações:

Cláusula 14.1. [...]

§ 1º É vedado à Concessionária, suas coligadas, controladas ou controladoras condicionar a oferta do serviço ora concedido ao consumo casado de qualquer outro serviço.

§ 2º A oferta do serviço ora concedido em conjunto com outros serviços deve observar o disposto na regulamentação.

57. No referido processo, esta Procuradoria (Parecer n.º 830/2010) sugeriu, como forma de contemplar remissão ao CDC, bem como a previsão de ocorrência de venda casada indireta, a seguinte redação para as cláusulas acima referidas:

Cláusula 14.1.

§ 1º É vedado à Concessionária, suas coligadas, controladas ou controladoras condicionar, direta ou indiretamente, a oferta do serviço ora concedido ao consumo casado de qualquer outro serviço, nos termos da regulamentação e do Código de Defesa do Consumidor.

§ 2º A oferta do serviço ora concedido em conjunto com outros serviços deve observar o disposto na regulamentação e no Código de Defesa do Consumidor.

58. Da mesma forma, na proposta de revisão do RSTFC, objeto do processo n.º 53500.016573/2010, esta Procuradoria, por meio do Parecer n.º 941/2010/PFS/LBC/PGF/PFE-Anatel, sugeriu a inclusão dos seguintes termos (grifados):

Art. 33. É vedado à prestadora condicionar, direta ou indiretamente, a oferta do STFC ao consumo casado de modalidade do STFC ou de qualquer outro serviço de telecomunicações ou PUC, prestado por seu intermédio ou de suas coligadas, controladas ou controladoras.

59. Dessa forma, nessa mesma linha, esta Procuradoria sugere que a redação dos dispositivos sobre a oferta conjunta seja aprimorada, a fim de afastar qualquer possibilidade de prática de venda casada pelas prestadoras:

Art. 42. É vedado à Prestadora condicionar, direta ou indiretamente, a oferta do serviço ao consumo casado de qualquer outro bem ou serviço, prestado por seu intermédio ou de parceiros, coligadas, controladas ou controladoras, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

Art. 43. As Prestadoras podem promover Oferta Conjunta de Serviços de Telecomunicações, em conformidade com a regulamentação vigente e com o Código de Defesa do Consumidor, respeitadas as condições específicas de cada serviço de telecomunicações integrante da oferta.

60. Outrossim, cumpre destacar que a proposta apresentada pela área técnica também prevê que cada prestadora passará a ter um único Plano de Serviços, uniforme para toda a Área de prestação, contendo

uma lista de serviços e facilidades, denominadas de Componentes, seus preços e condições.

61. Da mesma forma, é importante coibir qualquer possibilidade de prática de venda casada pelas prestadoras, razão pela qual esta Procuradoria também sugere a inclusão dos termos grifados no artigo 45:

Art. 45. É vedado à prestadora condicionar, direta ou indiretamente, a oferta do SMP ao consumo casado de qualquer Componente

16. Com o arcabouço normativo e os conceitos em mente é possível nos debruçarmos sobre as dúvidas encaminhadas a este órgão de assessoramento jurídico.

O conceito de venda casada, na visão consumerista, se confunde com oferta conjunta?

17. Como pontuamos acima, no Parecer nº 1162/2012/LFF/PFE-Anatel/PGF/AGU, “a oferta conjunta só deve ser permitida quando não for prejudicial à justa competição, não configurar a venda casada, e estiver em consonância com as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor.

18. Assim, o conceito de venda casada não se confunde com a oferta conjunta, que, revestindo-se de parâmetros legais, não encontra óbice na legislação. Ao revés, a oferta conjunta que não incide em venda casada ou afronta outras normas consumeristas traduz-se em prática comercial regular.

19. O Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC), inclusive, define, em seu art. 2º, inciso V, a oferta conjunta de serviços de telecomunicações como a prestação de diferentes serviços de telecomunicações pelo Grupo ou por meio de parceria entre Prestadoras, cuja fruição se dá simultaneamente e em condições comerciais diversas daquelas existentes para a oferta individual de cada serviço.

20. No art. 43 do RGC fica claro que há diferença entre a oferta conjunta e a venda casada:

Art. 43. As Prestadoras podem promover Oferta Conjunta de Serviços de Telecomunicações, em conformidade com a regulamentação vigente,

respeitadas as condições específicas de cada serviço de telecomunicações integrante da oferta.

Parágrafo único. É vedado à Prestadora condicionar a oferta do serviço ao consumo casado de qualquer outro bem ou serviço, prestado por seu intermédio ou de parceiros, coligadas, controladas ou controladora, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

Há, portanto, diferença clara entre a oferta conjunta (regular), em que vários serviços são vendidos num mesmo pacote, e a venda casada (irregular), que, em linhas gerais, nos termos do Parecer n° 1162/2012/LFF/PFE-Anatel/PGF/AGU, ocorre quando, “*o prestador não disponibiliza o serviço de forma isolada, quando impõe inúmeros obstáculos para que o consumidor contrate apenas o serviço desejado, ou mesmo quando o prestador disponibiliza o serviço, de forma isolada, por valor exorbitante, bem acima do preço de mercado*”. Pode-se até mesmo dizer que toda venda casada encontra-se inserida numa oferta conjunta, mas nem toda oferta conjunta se constitui numa venda casada.

21. Nesse contexto, este órgão jurídico recomenda que a oferta conjunta seja sancionada quando se revestir em típica venda casada.

O serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado é serviço essencial?

22. A comunicação audiovisual de acesso condicionado é definida pela Lei 12485/2011 como sendo o complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, por meios eletrônicos quaisquer, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual exclusivamente a assinantes.

23. Trata-se, portanto, de serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

24. Para que possamos estabelecer a diferença entre o serviço público, privado ou essencial, importante trazermos à baila os ensinamentos de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Historicamente, a doutrina administrativista em geral, a partir da noção francesa de serviço público propugnada pela “escola do serviço público” apontava a necessidade de serem atendidos, cumulativamente, três critérios para que uma atividade fosse considerada serviço público, a saber:

a) critério subjetivo ou orgânico: dá relevância ao prestador do serviço público; só considera serviço público aquele prestado diretamente pelos órgãos e entidades estatais, integrantes da administração pública;

b) critério material: confere relevância à atividade, em si mesma considerada; segundo esse critério, as atividades de importância crucial para o grupo social, das quais depende a própria existência deste, devem ser tidas por serviço público; as atividades que visam à satisfação de necessidades coletivas fundamentais deveriam, portanto, ser prestadas como serviço público;

c) critério formal: dá relevância ao regime jurídico sob o qual é desenvolvida a atividade; exige que os serviços públicos sejam prestados sob regime jurídico de direito público, portanto, orientados pelo princípio da supremacia do interesse público (que assegura prerrogativas especiais para a sua prestação) e pelo princípio da indisponibilidade do interesse público (que resulta em restrições não existentes no exercício de atividades privadas).

Não é difícil perceber que, hoje, nenhum administrativista pode defender a necessidade de serem atendidos simultaneamente os três critérios para que uma atividade seja considerada serviço público. Basta pensarmos nas modalidades de delegação de serviços públicos a particulares (desatendem ao critério subjetivo) ou lembrarmos que há serviços não essenciais, como as loterias, que são prestados pelo Estado sob regime jurídico de direito público (desatendem ao critério material). Ainda, há serviços essenciais que podem ser prestados como serviço privado, ou seja, podem ser prestados por particulares sob regime jurídico de direito privado, a exemplo dos serviços privados de educação e de saúde.

Portanto, atualmente, os administrativistas costumam utilizar para definir serviço público um dos critérios acima expostos, ou a combinação de dois deles, mas não exigem o atendimento aos três, conjuntamente, como ocorria na época em que era hegemônica a “escola do serviço público”. (grifos nossos)

25. Da lição destacada, conclui-se que podem existir serviços essenciais não prestados pelo Estado, isto é, prestados por particulares

sob regime jurídico de direito privado (ex: hospitais). Dissociado esse aparente vínculo entre a essencialidade e o regime a ser prestada a atividade, podemos avançar em relação ao tema.

26. A Lei 7783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, trouxe como essencial o serviço de telecomunicações. Vejamos:

Lei nº 7.783/89.

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI compensação bancária

27. Antes de tudo, é importante dizer que a Lei em referência objetivava assegurar o direito de greve, traduzido na suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços ao empregador. Ao longo de todo o diploma nos deparamos com a disciplina do direito de greve, estipulando-se as regras concernentes ao desenvolvimento da paralisação.

28. Não se preocupou, portanto, o legislador em delinear precisamente as especificidades de cada uma das atividades descritas no art. 10 da Lei nº 7783/89 e, no particular, o que envolveria o conceito de telecomunicações. Tanto assim que, em momento seguinte, isto é, no art. 11, relativizou a obrigação de manutenção dos serviços essenciais. *In verbis*:

Lei n° 7783/89

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

29. Pelo que se observa, não houve rigor técnico do legislador em apontar exatamente o serviço essencial que estaria relacionado ao dever de continuidade. Ademais, devemos ter em mente, que a evolução tecnológica trouxe maior amplitude ao conceito de “telecomunicações” (não se confundindo mais com a telefonia ou telegrafia), situação que impõe ao art. 10 da Lei n° 7783/89 certa plasticidade exegética. É como diria, Recaséns Siches (citado por Maria Helena Diniz em seu *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*) “uma lei indeformável somente existe em uma sociedade imóvel”. Disso se concluiu que a simples menção na Lei de Greve não torna, por si só, o SeAC, enquanto serviço de telecomunicações, um serviço essencial, sobretudo quando observamos a legislação geral de regência da matéria, Lei 9472/97, até porque cada ato normativo pode apresentar uma teleologia diferente da do outro.

30. Pois bem. Afastada a solução, digamos, simplista, de rotular o SeAC como serviço essencial unicamente em virtude da Lei de Greve, forçoso se mostra analisar a questão sob a perspectiva da LGT.

31. A Lei Geral de Telecomunicações não trouxe, pelo menos exemplificativamente, quais serviços de telecomunicações poderiam ser caracterizados como essenciais. Vejamos a definição e classificação do serviço de telecomunicações:

Lei 9472/97

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1° Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo

eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Art. 62. Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.

Art. 63. Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64. Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral.

Art. 65. Cada modalidade de serviço será destinada à prestação:

I - exclusivamente no regime público;

II - exclusivamente no regime privado; ou

III - concomitantemente nos regimes público e privado.

§ 1º Não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização.

§ 2º A exclusividade ou concomitância a que se refere o *caput* poderá ocorrer em âmbito nacional, regional, local ou em áreas determinadas.

Art. 66. Quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público.

Art. 67. Não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito.

Art. 68. É vedada, a uma mesma pessoa jurídica, a exploração, de forma direta ou indireta, de uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas

32. Ficou, portanto, transferido ao poder público, dentro das divisas normativas da LGT, a tarefa de imputar formalmente a essencialidade a determinado serviço de telecomunicações, como ocorre com o Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC prestado no regime público (art. 65, §1º, da LGT, c/c Decreto nº 6.654/2008) e como ocorreu recentemente, *verbi gratia*, por meio da Portaria nº 1455, de 11 de abril de 2016, do Ministério das Comunicações, que estabeleceu, em seu art. 1º, que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, que, em verdade, reproduz o teor do *caput* do art. 7º da Lei nº 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet.

33. Sendo assim, não se mostra presente, até o momento, imputação de essencialidade do serviço ao SeAC, valendo destacar, contudo, que tal essencialidade não se configura em requisito necessário à sujeição à proibição de venda casada. Ou seja, a eventual ausência de essencialidade do serviço não afasta a proibição legal da venda casada.

Uma vez que há competição no mercado de prestação de serviço de comunicação audiovisual, a hipótese de venda casada é afastada quando o consumidor exerce seu direito à liberdade de escolha?

34. A configuração da venda casada deve ser avaliada em relação a oferta de cada serviço ou produto empreendida pelo fornecedor. No exemplo jurisprudencial citado acima, obriga-se o contratante de mútuo para aquisição de moradia, a contratar o seguro habitacional diretamente e com

mesmo agente financeiro. Isso não quer dizer, por óbvio, que em todas as relações de consumo ou ofertas do Banco estará presente uma venda casada. Em outros contratos de mútuo realizados pela mesma instituição financeira pode não estar configurado o condicionamento a aquisição de qualquer outro produto, não ofendendo o art. 39, inciso I do CDC.

35. No mais das vezes, a venda casada não se dá em uma relação individual de consumo, revestindo-se de um padrão que afeta todos os consumidores que buscam adquirir aquele serviço ou produto. O fornecedor estabelece uma oferta condicionada, direta ou indiretamente, a aquisição de um outro produto ou serviço, orientando seus funcionários a praticar a venda apenas no molde definido.

36. Da mesma forma, essa prática abusiva não se mostra afastada se o consumidor tem ao seu dispor contratar outro fornecedor. Por exemplo, ocorre venda casada de pipoca no cinema quando o estabelecimento impede a entrada do produto adquirido em seu exterior ainda que existam outros cinemas na cidade. Não se trata de verificar se o consumidor poderia ter optado por outro fornecedor concorrente mas, se aderindo a oferta de um produto, foi-lhe condicionada a venda à aquisição de um outro produto ou serviço.

37. Não afasta, portanto, a caracterização da venda casada a possibilidade que os consumidores têm de optar por outro fornecedor. A competição no setor, seja no campo do mercado de prestação do serviço de comunicação audiovisual, ou em qualquer outro, não influencia a comprovação da prática abusiva de venda casada.

No presente caso o consumidor poderia buscar outras prestadoras de serviço que melhor o atenda, já que não há poder de mercado na prestação do SeAC?

38. Sim. O art. 33 da Lei do SeAC estabelece os direitos básicos do assinante, sem prejuízo do disposto no Código de Defesa do Consumidor e nas demais normas aplicáveis às relações de consumo e aos serviços de telecomunicações, a exemplo do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (Resolução nº 632, de 7 de março de 2014).

39. Nos termos do art. 3º, inciso II, da Lei 9472/97, o usuário de serviços de telecomunicações tem direito à liberdade de escolha de sua

prestadora de serviço. Semelhante previsão encontramos no art. 3º, inciso II do RGC:

Art. 3º O Consumidor dos serviços abrangidos por este Regulamento tem direito, sem prejuízo do disposto na legislação aplicável e nos regulamentos específicos de cada serviço:

II – à liberdade de escolha da Prestadora e do Plano de Serviço;

40. A possibilidade, portanto, de o consumidor buscar outras prestadoras de serviço decorre da autonomia de vontade e da liberdade de contratar (direito do indivíduo realizar, ou não, contratos), valendo lembrar, nos termos do tópico anterior, que a possibilidade que os consumidores têm de optar por outro fornecedor não influencia a comprovação da prática abusiva de venda casada.

A observância dos dispositivos do CDC, nas relações de prestação de serviços públicos se dará de modo específico, tendo em conta os limites (i) de fato envolvidos nessa prestação e (ii) do regime jurídico de tais serviços?

41. No Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabeleceu a Constituição Federal que compete ao Estado promover a defesa do consumidor. Fincou-se, igualmente, na Carta Magna que a defesa do consumidor é princípio da própria atividade econômica, disposição ecoada na própria Lei Geral de Telecomunicações:

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

42. A ANATEL, no particular, integra o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), competindo-lhe, a teor do art. 19, inciso XVII, da LGT, reprimir infrações dos direitos dos usuários.

43. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, definiu, de maneira ampla, o fornecedor como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem,

criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Como leciona Sérgio Cavalieri Filho, “*os serviços públicos continuam regidos pelas leis e princípios do Direito Público, mas, no que for pertinente às relações de consumo, ficam também sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor*”, concluindo, então, que “*aplica-se o Código de Defesa do Consumidor sempre que estivermos em face de uma relação de consumo, qualquer que seja a área do Direito onde ela vier a ocorrer*” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Jurídico Atlas, 2008).

44. De se concluir, portanto, que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável nas relações de prestação de serviço público, incluindo o de telecomunicações, em regime público ou privado. Portanto, o CDC é aplicável ao SeAC.

5. Caso a Procuradoria considere a existência de prática ilegal de venda casada no presente PADO:

45. Compulsando os autos, constata-se que restou comprovada a prática de venda casada perpetrada pela prestadora. Tal prática se evidencia pelo condicionamento de venda de determinado pacote de canais constante de um combo à aquisição de assistência técnica denominada de “assistência premium e/ou sky premium”, serviço claramente dissociado do pacote de canais ofertado.

46. Os documentos que propiciaram a instauração do presente PADO sobejamente demonstram que a Sky inseria o serviço de assistência técnica na contratação do “combo”, sem o conhecimento dos usuários. Isto é, no bojo da contratação do SeAC era embutida a contratação de um serviço de assistência técnica sem que sequer o consumidor fosse informado da aquisição do outro serviço. Às fls. 10/17v nos deparamos com diversos relatos extraídos do SINDEC acerca de cobrança de serviços de assistência detectados *a posteriori* pelo usuário.

47. O Informe nº 003/2013-RCTS2/RCTS, de 18/07/2013, constante do Procedimento Administrativo para Averiguação, em razão de Denúncia (PAVD) nº 53500.031280/2012, analisa a defesa da Sky no curso do procedimento preparatório, trazendo à baila as circunstâncias que evidenciam a prática da venda casada. *In verbis*:

5.20. No caso dos autos, apesar da SKY negar a possível prática de venda casada, alegando que possibilita a aquisição de todos os serviços ofertados por meio do Combo separadamente, às fls. 68/69, a prestadora afirma que *“em que pese não ser possível manter o “Combo” nos moldes contratados caso se decida pelo cancelamento de parte dele, como por exemplo cancelando tão somente o plano de assistência técnica, a SKY garante ao assinante a migração para qualquer outra oferta disponível que não inclua tal plano, dentre as variadas opções que oferece. Em outras palavras, o assinante pode cancelar o “Combo” e, concomitantemente, contratar algum “Pacote, ou ‘Duetto’ e, se desejar, também contratar de forma individualizada outro serviço ou canal a la carte”*.

48. A Sky apresentou suas razões (fls. 24/41) no presente PADO, confirmando a prática de inserir o serviço de assistência técnica ao Combo sem a necessária concordância do consumidor e, ainda, mencionando que a retirada do serviço de assistência implicava a impossibilidade de permanência com o Combo contratado:

28. Isso se aplica, também, aos serviços de assistência PREMIUM E PRIME 24HORAS, de tal modo que, ao adquirir um Combo, um dos planos de assistência está incluído, todavia, caso o consumidor desejar ele pode adquirir todos os outros itens que compõem o Combo sem adquirir o serviço de assistência, sendo cobrado o preço pelo valor individual de cada um dos itens.

49. No particular, fica claro que a oferta do Combo necessariamente está atrelada à aquisição do serviço de assistência, demonstrando extreme de dúvida a prática abusiva de venda casada.

Para a configuração da prática de venda casada é essencial o prejuízo ao consumidor?

50. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu que “são direitos básicos do consumidor a proteção contra práticas abusivas no fornecimento de serviços e a efetiva prevenção/reparação de danos patrimoniais (CDC, art. 6º, IV e VI), sendo vedado ao fornecedor condicionar o fornecimento de serviço, sem justa causa, a limites quantitativos, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, bem como elevar sem justa causa o preço de serviços (CDC, art. 39, I, V e X)” (STJ, REsp. 655.130, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 28/05/07).

51. O art. 39, inciso I, do CDC estabelece que a venda casada se caracteriza por condicionar o fornecimento de produto ou de serviço

ao fornecimento de outro produto ou serviço. Ou seja, a venda casada constitui-se do condicionamento em si, sem a necessidade de que se concretize a aquisição dos produtos ou serviços oferecidos agregadamente.

52. Reforça essa ideia o posicionamento do STJ que, sob a órbita criminal, decidiu: “A figura típica descrita no art. 5º, II, da Lei 8.137/90, é crime de mera conduta, que não depende da concretização da venda ou da prestação do serviço para a sua consumação, bastando, para tanto, que o agente subordine ou sujeite a venda ou prestação de serviço a uma condição” (STJ, RHC 12.378, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 24/06/02). Importante dizer que o artigo em questão, fora inserido no capítulo relativo aos crimes contra a economia e as relações de consumo (revogado pela Lei 12.529/2011), com redação semelhante a do CDC: “Art. 5º. Constitui crime da mesma natureza: II - subordinar a venda de bem ou a utilização de serviço à aquisição de outro bem, ou ao uso de determinado serviço”.

53. A simples oferta condicionada, portanto, já caracteriza a prática abusiva de venda casada.

Qual foi o efetivo prejuízo ao consumidor no presente caso?

54. Questão prejudicada pela resposta anterior. Não é necessário o efetivo prejuízo para configuração da venda casada.

Existe venda casada lícita?

55. A venda casada encontra-se na Seção IV (Das Práticas Abusivas), do Capítulo V (Das práticas comerciais) do Código de Defesa do Consumidor. Por força, inclusive, do seu aspecto conceitual, não existe venda casada lícita.

56. O que se admite, como vimos acima, é a denominada oferta conjunta que se reflete com a prestação de diferentes serviços de telecomunicações pelo Grupo ou por meio de parceria entre Prestadoras, cuja fruição se dá simultaneamente e em condições comerciais diversas daquelas existentes para a oferta individual de cada serviço. Em outras palavras, a oferta conjunta configura prática regular, assim entendida como aquela que não se enquadra na definição da venda casada.

Considerando que apenas uma parcela dos usuários do serviço PREMIUM da SKY foi afetada, a multa aplicada é razoável e proporcional, tendo em vista que para o seu cálculo foi considerada toda a base de assinantes da prestadora como a quantidade de usuários que foram afetados pela infração?

57. Conforme explanado, a venda casada é infração de natureza formal, isto é, que não exige um resultado para sua configuração. Nesse sentido, *in casu*, se mostram afetados pela conduta não apenas os usuários da prestadora mas, também, todos aqueles que se depararam com a venda de pacotes vinculados ao serviço de assistência técnica e não realizaram a contratação (situação que se mostra de difícil, ou quase impossível, verificação). Nessa linha, a nosso ver, não serve a quantificação de contratos efetivamente firmados com esse condicionamento como parâmetro central para a fixação do valor da multa.

58. Compulsando-se os autos, observa-se que o cálculo da multa observou o Manual de Aplicação da Metodologia de Cálculo do Valor Base das Sanções de Multa Relativa a Infrações a Direitos e Garantias dos Usuários (fls. 80/83v), restando devidamente motivada no Informe nº 527/2015-CODI. Precisamente no item 5.11 do Informe em referência entendeu a área técnica por considerar como usuários atingidos toda a base de usuários da prestadora frente a natureza da infração e sua potencialidade de atingimento.

59. Acerca da questão e analisando-se *am passam* as circunstâncias do art. 176 c/c §1º do art. 179, ambos da LGT, nos parece que o valor alcançado de multa (R\$ 10.100.363,44 - dez milhões, cem mil, trezentos e sessenta e três reais e quarenta e quatro centavos) é razoável e proporcional a apenar a prestadora, sobretudo quando se busca os efeitos repressivo e educativo da sanção.

Ao não disponibilizar a contratação avulsa do “plano principal” com o exato mix de canais do “Combo” caracteriza a venda casada?

60. Como dissemos, não há ilegalidade na oferta conjunta de serviços, *in casu*, o denominado “combo”, desde que não se prejudique a justa competição ou atente contra as disposições do Código de Defesa do Consumidor, especialmente o art. 39, I, isto é, a venda casada.

61. Conforme circunscreve Tasso Duarte de Melo (Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo - Vol. IV, nº 13, março de 2014), “não

são todas as vendas de mais de um produto ou serviço conjuntamente que se manifestam abusivas. A denominada venda casada tem como *ratio essendi* a vedação à proibição imposta ao fornecedor de, utilizando de sua superioridade econômica ou técnica, opor-se à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatório e preços competitivos.”

62. A Lei do SeAC permite à prestadora do SeAC agrupar canais oferecendo ao assinante pacotes. Ou seja, é possível que a Sky Brasil Serviços Ltda. comercialize o serviço através de pacotes pré definidos de canais sem que isso importe na obrigatoriedade de disponibilizar a escolha individual dos canais ao consumidor. Igualmente pode a prestadora ofertar esse pacote conjuntamente com outro serviço.

63. De se notar, no entanto, que NÃO é franqueado à prestadora criar um pacote específico que só poderá ser adquirido em conjunto com, por exemplo, o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC). Nos parece que essa conduta procura “forçar” o usuário a contratar o STFC, mesmo quando não há o interesse, apenas e exclusivamente para ter acesso ao pacote específico de canais.

64. A Lei 12485/2011 caracterizou o pacote (conjunto de canais da programação) como um serviço. Se no rol de serviços oferecidos pela prestadora, a aquisição de um deles se encontra condicionada à contratação de outro, seja do Grupo Econômico ou da própria empresa, caracterizada estará a prática abusiva de venda casada.

65. Hipoteticamente poderíamos vislumbrar uma situação em que apenas o pacote vinculado a um combo disponibilizasse os canais de filme “HBO”. Nesse exemplo, o consumidor interessado nos canais HBO necessariamente seria premido a contratar o combo com STFC e/ou internet e/ou SMP junto a prestadora, uma vez que a contratação do pacote isoladamente não se faz disponível. Percebe-se, claramente pelo exemplo, que o interesse cinge-se ao canal específico não presente em outros pacotes comercializados isoladamente. Haveria um atrativo do pacote de TV de forma a impor indiretamente a contratação do combo, isto é, outros serviços.

66. Em suma, a criação de pacote (conjunto de canais) de TV com mix de canais diferente que apenas pode ser adquirido com a contratação de um combo constitui venda casada.

A prestadora ao não disponibilizar todos os canais do Combo Premium para contratação avulsa pratica venda casada?

67. A Lei 12485/2011 previu que as prestadoras do serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado pudessem agrupar canais da programação, excluídos os canais de distribuição obrigatória de que trata o art. 32.

68. De se notar que o próprio conceito do serviço menciona a hipótese:

Lei 12485/2011

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

69. Não se pode, portanto, exigir que as prestadoras comercializem individualmente todo e qualquer canal da programação, se a própria Lei estabeleceu que essa atividade de oferta poderia ser realizada através de pacotes.

70. Outrossim, é importante dizer que a venda casada não alcança toda e qualquer hipótese em que é possível a divisibilidade dos bens. Conforme bem nos lembra Rizzato Nunes (Nunes, Rizzato. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor 8ª ed. rev., atual. e ampl. Sao Paulo: Saraiva, 2015. p. 607), o lojista não é obrigado a vender apenas a calça do terno ou fracionar o pacote de viagem previamente montado. No que pertine à quantidade, diz o autor:

Em relação à quantidade, haverá situações parecidas. Contudo, como a norma permite a utilização de limites quantitativos quando justificada, duas hipóteses podem ocorrer: o limite máximo de aquisição e a quantidade mínima.

No primeiro caso, justifica-se que o fornecedor imponha limite máximo em época de crise. Por exemplo, há falta de óleo no mercado. É aceitável que o supermercado venda uma ou duas latas por pessoa.

No que respeita à imposição de compra de quantidade maior que aquela que o consumidor deseja, há que considerar os produtos industrializados que acompanham o padrão tradicional do mercado e que são aceites como válidos. Por exemplo, o sal vendido em pacotes com 500g, e da mesma forma a farinha, os cereais etc. (a venda a granel é cada vez mais exceção).

71. Sendo assim, não entendemos por caracterizada a venda casada na hipótese de comercialização de pacotes de canais, uma vez que a oferta entabulada nesse formato decorre de previsão na própria Lei do SeAC.

3. CONCLUSÃO

72. Por todo o exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia Geral da União – AGU, opina que:

- a) a oferta conjunta não se confunde com venda casada;
- b) compete ao poder público qualificar determinado serviço de telecomunicações como essencial, não se mostrando presente, até o momento, essa imputação de essencialidade ao SeAC;
- c) não se afasta a hipótese de venda casada quando o consumidor exerce seu direito à liberdade de escolha;
- d) é possível ao consumidor buscar outras prestadoras de serviço que melhor o atendam;
- e) o Código de Defesa do Consumidor é aplicável nas relações de prestação de serviço público, devendo-se, no entanto, haver uma conjugação de normas de forma a harmonizar o sistema jurídico pátrio;
- f) não é essencial qualquer prejuízo ao consumidor para configuração da venda casada;
- g) não existe venda casada lícita;
- h) mostra-se razoável e proporcional a multa aplicada, uma vez que a venda casada é infração de natureza formal, isto é, que não

exige um resultado para sua configuração. Existe, portanto, a potencialidade de atingir não apenas os usuários da prestadora como todos os consumidores que tiveram acesso à oferta condicionada;

- i) se no rol de serviços oferecidos pela prestadora, a aquisição de um deles se encontra condicionada à contratação de outro, seja do Grupo Econômico ou da própria empresa, caracterizada estar a prática abusiva de venda casada;
- j) não se mostra caracterizada a venda casada na hipótese de comercialização de pacotes de canais, uma vez que a oferta entabulada nesse formato decorre de previsão na própria Lei do SeAC.¹

À consideração superior.

Brasília, 13 de abril de 2017.

RICARDO RAMOS SAMPAIO

PROCURADOR FEDERAL

¹ Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500021969201372 e da chave de acesso b7b5137f. Documento assinado eletronicamente por RICARDO RAMOS SAMPAIO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 36715770 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RICARDO RAMOS SAMPAIO. Data e Hora: 19-05-2017 08:22. Número de Série: 6272144344107032727. Emissor: AC CAIXA PF v2.

DESPACHO N. 01081/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU**NUP: 53500.021969/2013-72****INTERESSADOS: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA****ASSUNTOS: PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES - PADO**

De acordo com o Parecer nº 00268/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU. Acrescente-se, apenas, à conclusão do mencionado opinativo que, no PADO submetido a esta Procuradoria, ficou comprovada a prática de venda casada pela Sky ao condicionar a venda de determinado pacote de canais, constante de um combo, à aquisição de assistência técnica, denominada “assistência premium e/ou sky premium”.

Encaminhem-se os autos para a análise e aprovação do Procurador-Geral.

Brasília, 19 de maio de 2017. ²

LEANDRO DE CARVALHO PINTO
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

² Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500021969201372 e da chave de acesso b7b5137f

Documento assinado eletronicamente por LEANDRO DE CARVALHO PINTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44783930 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LEANDRO DE CARVALHO PINTO. Data e Hora: 19-05-2017 09:53. Número de Série: 31197373302 13051911. Emissor: AC CAIXA PF v2.

DESPACHO n. 01082/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU
NUP: 53500.021969/2013-72
INTERESSADOS: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA
ASSUNTOS: PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO
DE OBRIGAÇÕES - PADO

Aprovo o **Parecer nº 268/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU**, com as considerações constantes do **Despacho nº 1081/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU**.

Restituam-se os autos ao Gabinete do Conselheiro Aníbal Diniz.³
Brasília, 19 de maio de 2017.

PAULO FIRMEZA SOARES
PROCURADOR-GERAL

³ Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500021969201372 e da chave de acesso b7b5137f. Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 44798387 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 19-05-2017 18:03. Número de Série: 1277741. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.

MOVIMENTAÇÕES SOCIETÁRIAS NO EXTERIOR E SEUS IMPACTOS NO CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AFETA AO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

*Luciana Chaves Freire Félix
Procuradora Federal*

Coordenadora de Procedimentos Regulatórios Adjunta

*Patricia Ferreira de Holanda Cavalcanti
Procuradora Federal*

PARECER n. 00302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.026491/2016-10

INTERESSADA: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

ASSUNTO: Análise de movimentações societárias no exterior, na qual a Time Warner Inc. (“Time Warner”) será adquirida pela AT&T Inc. (“AT&T”), controladora da Sky Serviços de Banda Larga Ltda. (“Sky Banda Larga”).

EMENTA: 1. Análise de movimentações societárias no exterior, na qual a Time Warner Inc. (“Time Warner”) será adquirida pela AT&T Inc. (“AT&T”), controladora da Sky Serviços de Banda Larga Ltda. (“Sky Banda Larga”). 2. Anuência prévia regulatória. Desnecessidade. 3. Controle cruzado entre prestadora de serviços de telecomunicações e produtoras e programadoras com sede no Brasil. Art. 5º da Lei nº 12.485/2011. Inobservância, na hipótese de concretização

da operação nos moldes analisados. **4.** Análise concorrencial. Considerações da Procuradoria. **5.** Procedimento. Encaminhamento imediato de informações concorrenciais ao CADE. Possibilidade de adoção de providências regulatórias em momento posterior, ainda que no bojo do mesmo processo.

1. RELATÓRIO.

1. Cuida-se de análise de movimentações societárias que envolvem a aquisição da Time Warner Inc. pela AT&T, controladora da Sky Serviços de Banda Larga, bem como de encaminhamento de subsídios ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

2. Os autos iniciam com o Ofício nº 506/2016/SEI/CPOE/SCP-ANATEL (documento SEI nº 0927012), por meio do qual a Gerência de Acompanhamento Societário e da Ordem Econômica alerta a Sky Brasil a respeito da eventual necessidade de observância dos termos do Regulamento de Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999, bem como da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. O aviso de recebimento relativo a este expediente, datado de 03.11.2016, consta nos autos sob o documento SEI nº 0958060.

3. A Sky Brasil apresentou a CT-REG-273/2016 (documento SEI nº 0946524), informando não ter conhecimento das negociações para fins de aquisição da Time Warner pela AT&T, mas argumentando que esta operação, caso realizada, não teria repercussões sobre o controle da SKY.

4. Em seguida, consta nos autos o Memorando nº 105/2017/SEI/CPOE/SCP (documento SEI nº 1301692), encaminhado à Gerência de Outorga e Licenciamento de Estações – ORLE, solicitando-se informações atualizadas a respeito das outorgas detidas pelo Grupo Sky no Brasil.

5. A Sky Serviços de Banda Larga informou, em carta protocolada em 24 de março de 2017 (documento SEI nº 1310281), a apresentação do Ato de Concentração relativo à operação junto ao CADE.

6. Por meio do Memorando nº 93/2017/SEI/ORLE/SOR (documento SEI nº 1313592), a Gerência de Outorga e Licenciamento de Estações apresentou as informações solicitadas pelo Memorando nº 105/2017/SEI/CPOE/SCP.

7. O Ofício nº 1785/2017/CADE, de 03 de abril de 2017, foi encaminhado pelo CADE solicitando a manifestação da ANATEL a respeito da operação que implica a aquisição total de controle da Time Warner Inc. pela AT&T Inc (documento SEI nº 1381624). Ressaltou-se, no documento, que aquela Superintendência-Geral está analisando o ato de concentração apenas sob os aspectos da Lei 12.529/2011, não sendo considerado na análise o artigo 5º da Lei 12.485/2011, pois tal artigo trataria de aspectos regulatórios que não são de competência do CADE.

8. Consta nos autos, ainda, o Despacho Decisório nº 8/2017/SEI/CPOE/SCP (documento SEI nº 1322852), conferindo sigilo à petição apresentada pela Sky no documento SEI nº 1310281. Cópia do despacho foi encaminhada à Sky por meio do Ofício nº 125/2017/SEI/CPOE/SCP-ANATEL (documento SEI nº 1390627).

9. A Sky apresentou petição requerendo a juntada de instrumento de mandato (documento SEI nº 1330485).

10. A operação foi analisada pelo corpo técnico da Agência, que exarou o Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP (documento SEI nº 1341946), apresentando, como anexos: a) Organograma Grupo SKY - Antes da Operação (documento SEI nº 1368054; b) Organograma Grupo SKY - Depois da Operação (documento SEI nº 1368072; c) Nota Técnica Anatel-Ancine_Versão Pública (documento SEI nº 1381666; d) Nota Técnica Anatel-Ancine - Versão Confidencial (documento SEI nº 1388936).

11. Após o encaminhamento dos autos virtuais a esta Procuradoria Federal Especializada, foi realizada a juntada do Ofício nº 134/2017/SEI/CPOE/SCP-ANATEL, que solicita a dilação do prazo fixado pelo CADE para a apresentação dos subsídios solicitados (documento SEI nº 1406047).

12. Foi acostado aos autos, ainda, o Ofício nº 016/2017, de 26 de abril de 2017, encaminhado pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT (documento SEI nº 1414370).

13. É o relatório. Passa-se à manifestação.

2. DA OPERAÇÃO.

14. Antes da análise da operação, vale descrevê-la. A respeito, oportuna a transcrição do Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP:

II - Da Operação Objeto do Ato de Concentração n.º 08700.001390/2017-14.

3.11. A **AT&T** e a **Time Warner** notificaram o CADE, em 07 de março de 2017, acerca do Ato de Concentração n.º 08700.001390/2017-14, objeto do presente Informe. Do **Formulário Procedimento Não-Sumário** apresentado ao CADE, pode-se extrair as seguintes informações.

3.12. A operação comunicada consiste na proposta de aquisição, pela **AT&T**, da **Time Warner**, por meio de um pagamento a ser feito 50% em ações e 50% em dinheiro, conforme previsto no Contrato e Plano de Fusão, datado de 22 de outubro de 2016. Trata-se de aquisição do controle, envolvendo aquisição de ações (e não de ativos). O valor da operação, a partir da assinatura do acordo, é de aproximadamente US\$ 85,4 bilhões, não incluindo a dívida líquida da **Time Warner**. A operação abrange todas as atividades desenvolvidas pela **Time Warner** e não contempla cláusulas restritivas à concorrência (ex.: cláusulas de não concorrência ou de exclusividade).

3.13. O racional da operação tem como foco as atividades das partes nos EUA. A operação combina o conteúdo midiático da **Time Warner** com as plataformas de distribuição de telefonia fixa, televisão, telefonia móvel e banda larga da **AT&T** nos EUA. Espera-se que a operação acelere a capacidade da **AT&T** em desenvolver e distribuir amplamente a próxima geração de serviços de vídeo para consumidores nos EUA por meio de múltiplas plataformas. A combinação de conteúdo com os sistemas de distribuição multi-plataforma da **AT&T** nos EUA melhorará as habilidades da **AT&T** no desenvolvimento de novos produtos e serviços, bem como na capacidade de responder mais rapidamente às céleres mudanças atuais do mercado, do que se tivesse que fazê-lo por meio de renegociações periódicas de contratos de filiação com a **Time Warner**.

3.14. A principal justificativa para aquisição é que, com o tempo, a **AT&T** espera alcançar no mercado americano oportunidade de obter receitas adicionais por meio de inovações em novos produtos e serviços, as quais nenhuma das partes poderia obter de forma autônoma. A **AT&T** espera US\$ 1 bilhão em sinergias de custo anual, a serem geradas no mercado americano, nos três anos seguintes ao negócio. As esperadas sinergias de custos são

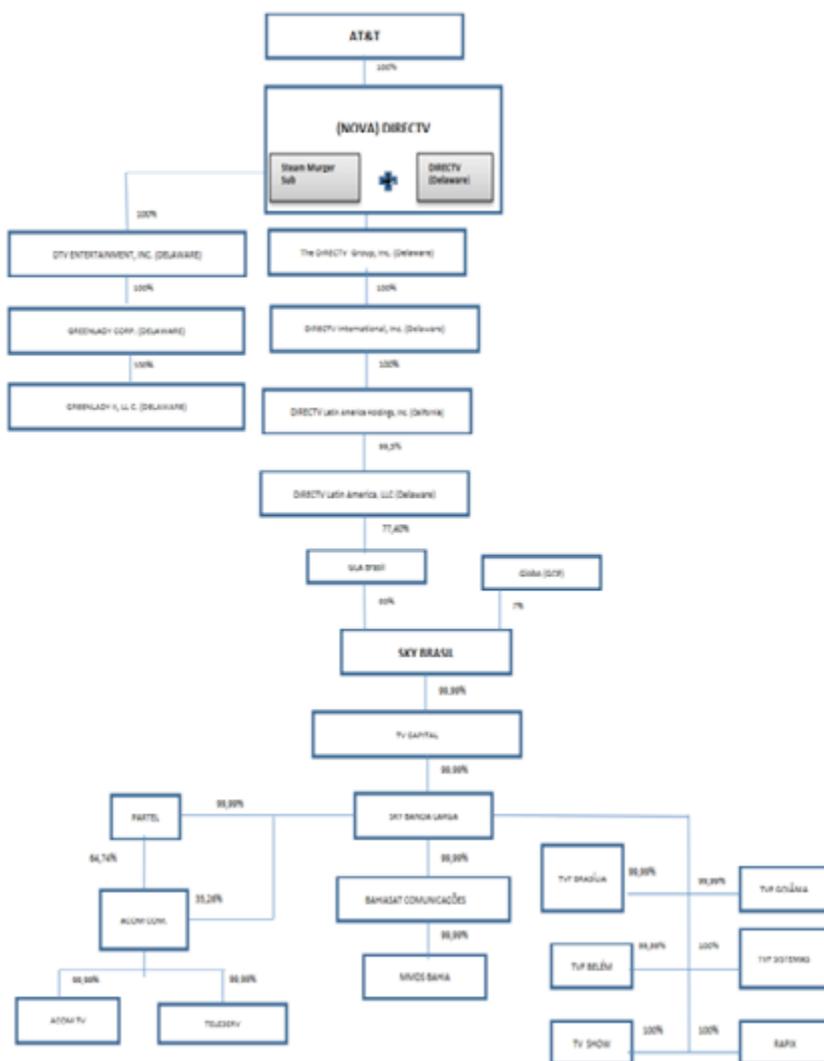
precipuaente decorrentes de economias em propaganda, compras e outras despesas.

3.15. No que concerne às consequências para o mercado brasileiro, segundo relato das partes, a operação resultará essencialmente em uma relação vertical entre as atividades de programação de canais de TV por assinatura do **Grupo Time Warner** e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo **Grupo Sky**; uma plataforma de distribuição de um único produto que atualmente concorre com plataformas de distribuição tradicionais (ex.: cabo), bem como distribuidores alternativos de conteúdo (ex.: fornecedores de serviço OTTs).

3.16. Dada a intensa concorrência tanto no mercado de programação quanto no mercado de TV por assinatura, bem como a crescente pressão competitiva criada por serviços direto-ao-consumidor via internet, o chamado OTT (como Netflix e semelhantes), as partes entendem que essa relação vertical claramente não resultaria em nenhuma preocupação concorrencial e deveria ser aprovada pelo CADE sem restrições.

Organograma do Grupo Sky

Antes da Operação (Para melhor visualização do organograma abaixo vide SEI n.º 1368054)



Depois da Operação (Para melhor visualização do organograma abaixo vide SEI n.º 1368072)

processo nº 53500.020612/2016-10, que trata da anuência prévia para incorporação pela Sky Serviços de Banda Larga Ltda., o Presidente do Conselho Diretor da Anatel concedeu efeito suspensivo com relação ao condicionamento referente à comprovação da renúncia de uma das autorizações para explorar o Serviço de Comunicação Multimídia detida pela empresa, com o objetivo de eliminar a sobreposição de outorgas desse serviço. A empresa consta, ainda, como detentora de direito de exploração de satélite estrangeiro, conferida por meio do Ato nº 3.780 de 2010. Além disso, detém autorização para exploração do SeAC expedida pelo Ato nº 3.504, de 2012, o qual encontra-se em processo de transferência para Sky Serviços de Banda Larga Ltda nos autos do processo nº 53500.020612/2016-10.

b) **Sky Serviços de Banda Larga Ltda.**, anteriormente denominada de Galaxy Brasil Ltda., inscrita no CNPJ/MF nº 00.497.373/0001-10, é autorizada a prestar o Serviço Limitado Privado (SLP), por meio do Ato nº 309, de 1998; autorizada a prestar o Serviço de Exploração de Satélite e Estações de Acesso (185), por meio do Ato nº 29.821 de 2002; autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 3.504, de 2012; e autorizada a prestar o SCM, por meio do Ato nº 6.407, de 2013.

c) A **TV Filme Sistemas Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF nº 02.194.067/0001-30, autorizada a prestar o SeAC, por meio dos Atos nºs 3.529, 3.559, 3.568, 3.570, 3.571, 3.572, 3.507, 3.505 e 3.506, todos de 2012; consta, ainda, como autorizada a explorar o SCM por meio do Ato nº 6.906, de 2013. A prestadora apresentou renúncia da autorização de SCM, que está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.024334/2013-27;

d) A **TV Filme Goiânia Serviços de Telecomunicações Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF no 00.291.648/0001-64, é autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 3.526 de 2012, porém apresentou renúncia de sua outorga de SeAC por meio da correspondência SEI nº 0751498; é autorizada a prestar o SCM por meio do Ato nº 6.418 de 2015, porém apresentou renúncia de sua outorga de SCM por meio da correspondência SEI nº 0743890. As referidas renúncias estão sendo tratadas nos autos do processo nº 53500.005627/2015-77.

e) A **TV Filme Belém Serviços de Telecomunicações Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF no 83.917.583/0001-47, é autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 3.524 de 2012, porém apresentou renúncia de sua outorga de SeAC por meio da correspondência SEI nº 0751484; é autorizada a prestar o SCM por meio do Ato nº 6.417 de 2015,

porém apresentou renúncia de sua outorga de SCM por meio da correspondência SEI nº 0743904. As referidas renúncias estão sendo tratadas nos autos do processo nº 53500.005126/2015-91.

f) A **TV Filme Brasília Serviços de Telecomunicações Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF no 01.402.057/0001-80, é autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 3.525 de 2012, porém apresentou renúncia de sua outorga de SeAC, por meio da correspondência SEI nº 0751490. A referida renúncia está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.008850/2012-23. Não possui outorga de SCM.

g) A **TV Show Brasil S.A.**, inscrita no CNPJ/MF no 23.592.140/0001-00, é autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 7.263 de 2012, porém apresentou renúncia de sua outorga de SeAC, por meio da correspondência SEI nº 0751590; é autorizada a prestar o SCM por meio do Ato nº 53 de 2016, porém apresentou renúncia de suas outorga de SCM por meio da correspondência SEI nº 0743904, que está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.005628/2015-11.

h) A **Teleserv S.A.**, inscrita no CNPJ/MF no 02.242.370/0001-60, é autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 3573 de 2012, porém apresentou renúncia de sua outorga de SeAC por meio da correspondência SEI nº 1119473. A referida renúncia está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.011190/2011-87. Não possui outorga de SCM.

i) A **Acom Comunicações S.A.**, inscrita no CNPJ/MF no. 02.126.673/0001-18, é autorizada a prestar o SeAC por meio dos Atos nºs 3.589, 3.591, 3.595, 3.598, 3.601, 3.603, 3.605, 3.606, todos de 2012, porém apresentou renúncia de suas outorgas de SeAC, por meio da correspondência SEI nº 1119484. A referida renúncia está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.009391/2011-14. Não possui outorga de SCM.

j) A **Acom TV Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF nº 03.736.351/0001-53, é autorizada a prestar o SeAC, por meio dos Atos nºs 3.580, 3.583, 3.575 e 3.577, todos de 2012, e autorizada a prestar o SCM, por meio do Ato nº 4.723, de 2014;

k) A **MMDS Bahia Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF nº 04.039.729/0001-22, apresentou renúncia de suas outorgas de SeAC, que está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.009393/2011-11. É autorizada a prestar o SCM, por meio do Ato nº 6.363 de 2013.

1) A **Rapix Tecnologia e Internet Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF nº 02.789.820/0001-30, não possui outorga de serviço de telecomunicações.

3.17.2. **Time Warner Inc.:** empresa de mídia e entretenimento com atuação mundial, sediada em Nova Iorque, Nova Iorque, EUA, sem atividade econômica direta no Brasil. O Grupo Time Warner abrange aproximadamente 900 subsidiárias e classifica seus negócios nas seguintes três divisões operacionais:

- a) **Turner:** consiste principalmente em canais básico de TV por Assinatura e propriedades de mídia digital;
- b) **Home Box Office, Inc. (HBO):** consiste principalmente em canais premium de televisão por assinatura e outros serviços de programação de vídeo nos EUA, e canais premium e básicos de TV por Assinatura e outros serviços de programação de vídeo internacionalmente; e
- c) **Warner Bros.:** consiste precipuamente em produção e distribuição de televisão, filmes vídeos para entretenimento doméstico e jogos.

3.17.2.1. Os negócios acima são conduzidos no Brasil e no exterior por uma série de diferentes subsidiárias do Grupo Time Warner, localizadas no Brasil ou no exterior e/ou por terceiros licenciados ou contratados por elas. As únicas subsidiárias da Time Warner localizadas no Brasil são as seguintes:

Entidade	Endereço	Acionistas	Código CNAE Atividade Principal
Warner Bros. (South) Inc.	Essa é uma filial de empresa norte-americana registrada no Brasil com escritório na Alameda Rio Negro, 585, Bloco B, 8ª e 9ª andares.	---	59.13-8-00
TopSports Ventures Ltda.	Rua Visconde de Ouro Preto, 75, 22250-180, Botafogo, Rio de Janeiro RJ	Turner International Holding LLC (US) Turner International Latin America, Inc. (US)	60.22-5-02
Brasil Channels Serviços Audiovisuais Ltda.	Avenida das Nações Unidas, 8501, 14º andar - parte, 05425-070, Pinheiros, São Paulo SP	Brasil Programming, LLC (US) Brasil Advertising, LLC (US) Brasil Productions, LLC (US)	73.11-4-00
HBO Brasil Ltda.	Avenida das Nações Unidas, 8501, 13ª e 14ª andares, 05425-070, Pinheiros, São Paulo SP	International Services and Company (US) SMC Holdings A.V.V. (Aruba)	73.11-4-00
Eyeworks do Brasil - Produtora de Programas Televisivos e Filmes Publicitários Ltda.	Rua dos Pinheiros, 972, 05422-001, Pinheiros, São Paulo SP	Warner Bros. Entertainment Nederland B.V. Eyeworks Latam Holding B.V.	59.11-1-99

3.17.2.2. As atividades específicas do Grupo Time Warner que resultam na relação vertical com as atividades da AT&T no Brasil são as seguintes: (i) Licenciamento de Canais (programação): A distribuição de todos os canais da Time Warner no Brasil é realizada pelo próprio Grupo Time Warner; e (ii) Licenciamento de conteúdo para plataformas avulsas: É negociado diretamente pelos respectivos detentores dos direitos de distribuição do Grupo Time Warner.

15. Como pode ser observado do Informe elaborado pelo corpo técnico da Agência, a operação submetida ao CADE implicará a aquisição da totalidade do controle da Time Warner pela AT&T, controladora da Sky Serviços de Banda Larga.

16. Nesse cenário, é oportuno, além das questões procedimentais, verificar a necessidade de submissão prévia da operação à Anuência Prévia da Agência, nos termos do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, bem como avaliar a operação à luz da Lei nº 12.485/2011.

3. DOS ASPECTOS REGULATÓRIOS.

3.1 **Do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 04 de fevereiro de 1999.**

17. A Lei nº 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), em seu art. 97, estabelece, *verbis*:

Art. 97. Dependirão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.

18. No mesmo sentido, o Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999, estabelece:

Art. 1º. No exercício das funções de órgão regulador e de órgão competente para controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, no setor de telecomunicações, a Anatel, com vistas à apuração de controle e de transferência de controle que sejam objeto de vedação, restrição, limites ou condicionamentos, adotará os seguintes conceitos:

I - Controladora: pessoa natural ou jurídica ou ainda o grupo de pessoas que detiver, isolada ou conjuntamente, o poder de controle sobre pessoa jurídica;

II - Controle: poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa.

§ 1º. Sem prejuízo de outras situações fáticas ou jurídicas que se enquadrem no conceito de Controladora, para fins de evitar fraude às vedações legais e regulamentares à propriedade cruzada e à concentração econômica e de resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores de serviços de telecomunicações, é equiparada a Controladora a pessoa que, direta ou indiretamente:

I - participe ou indique pessoa para membro de Conselho de Administração, da Diretoria ou órgão com atribuição equivalente, de outra empresa ou de sua controladora;

II - tiver direito de veto estatutário ou contratual em qualquer matéria ou deliberação da outra;

III - possua poderes suficientes para, por qualquer mecanismo formal ou informal, impedir a verificação de quorum qualificado de instalação ou deliberação exigido, por força de disposição estatutária ou contratual, em relação às deliberações da outra, ressalvadas as hipóteses previstas em lei;

IV - detenha ações ou quotas da outra, de classe tal que assegure o direito de voto em separado a que se refere o artigo 16, III, da Lei nº 6.404/76.

§ 2º. Para efeito deste Regulamento, o funcionamento da empresa compreende, entre outros aspectos, o planejamento empresarial e a definição de políticas econômico-financeiras, tecnológicas, de engenharia, de mercado e de preços ou de descontos e reduções tarifárias.

Art. 2º. Uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se detiver, direta ou indiretamente, pelo menos vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos vinte por cento, por uma mesma pessoa natural ou jurídica.

§ 1º. Para efeito do cômputo do percentual referido neste artigo, caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, calcular-se-á o percentual final de participação por intermédio de composição das frações percentuais de participação em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento.

§ 2º. As frações de participação maiores que cinquenta por cento do capital votante ou controle, com qualquer participação no capital, corresponderão a um multiplicador de cem por cento no cálculo da composição da participação sucessiva.

Art. 6º Deverá ser submetida previamente à Anatel alteração que possa vir a caracterizar transferência de Controle, especialmente:

I - quando a Controladora ou um de seus integrantes se retira ou passa a deter participação inferior a cinco por cento no capital votante da prestadora ou de sua controladora;

II - quando a Controladora deixa de deter a maioria do capital votante da empresa;

III - quando a Controladora, mediante acordo, contrato ou qualquer outro instrumento, cede, total ou parcialmente, a terceiros, poderes para condução efetiva das atividades sociais ou de funcionamento da empresa.

Parágrafo único. Regulamentação específica poderá dispor sobre submissão a posteriori de alteração de que trata o caput ou mesmo dispensá-la.

(grifos acrescidos)

19. No que se refere ao controle do Grupo Sky, eis o que a área técnica consignou:

3.19. A aquisição pela **AT&T** da **Time Warner**, nos moldes apresentados perante o CADE, não enseja alteração do controle do **Grupo Sky** no Brasil, uma vez que a **AT&T Inc.** e suas controladas

não sofrem qualquer alteração societária e, portanto o controle indireto do **Grupo Sky** no exterior continuará sendo o mesmo.

3.20. Com a implementação da operação, as empresas **Globo Comunicação e Participações S.A.** (“GCP”) e a **GLA Brasil Ltda.** (“GLA”), atuais controladoras indiretas da **Sky Banda Larga** no último nível da cadeia no Brasil, continuarão sendo controladas pela **AT&T**, último nível da cadeia no exterior.

3.21. Vê-se, portanto, que não ocorrerá modificação do quadro societário da **Sky Banda Larga**, não se verificando o ingresso de novos sócios e sequer saída de controladores, ainda que indireto. As empresas do **Grupo Sky** no Brasil continuarão no mesmo grupo econômico e seus controladores indiretos continuarão sendo os mesmos, após a a operação de aquisição da **AT&T**.

3.22. Destarte, à operação de aquisição do controle totalitário da **Time Warner** pela **AT&T** não se aplica o art. 6º e seus incisos, do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n.º 101, de 04 de fevereiro de 1999, uma vez que tal operação não acarretará transferência de controle, nos termos desse diploma legal. Senão vejamos:

(...)

3.23. Nota-se, assim, que a implementação da operação não resultará em transferência do controle das empresas do **Grupo Sky** no Brasil, permanecendo inalterada a estrutura societária do Grupo. Também não se observa qualquer transferência de outorgas. Desse modo, não se vislumbra a necessidade de anuência prévia, nos termos da regulamentação editada pela Anatel.

20. De fato, trata-se de aquisição pela **AT&T**, controladora indireta do Grupo Sky, do controle totalitário da **Time Warner** e, caso a operação seja aprovada pelo CADE, não haverá qualquer modificação na cadeia de controle do Grupo Sky, cujas empresas são detentoras de outorgas de serviços de telecomunicações. Nessa vertente, considerando que a implementação da operação não resultará em transferência de controle das empresas do Grupo Sky, seja no exterior, seja no Brasil, não havendo também qualquer transferência de outorga, não há necessidade de anuência prévia da Anatel.

21. Por outro lado, como observado pela área técnica, no Informe n.º 15/2017/SEI/CPOE/SCP, deve-se analisar se a aquisição da **Time Warner** pela **AT&T** no exterior gera eventuais controles cruzados ou vedados, nos termos do art. 2º, §2º, da Resolução n.º 101/1999.

22. Nesse ponto, a área técnica consignou o seguinte:

3.25. Pela descrição da operação e caso seja aprovada pelo CADE, a **AT&T** passará a ter o controle da **Time Warner**, pois será adquirido 100% das ações (e não de ativos) dessa última, conforme previsto no Contrato e Plano de Fusão, datado de 22 de outubro de 2016, o que corresponde a um percentual acima de 20%, estando assim sob controle comum o Grupo Sky e o Grupo Time Warner, conforme o Art. 2º, *caput*, da Resolução acima citada.

3.26. Ainda assim, nesse cenário, a aquisição da **Time Warner** pela **AT&T** não enseja pedido de anuência prévia perante esta Agência, pois como já dito, tal operação não resultará em transferência do controle das empresas do **Grupo Sky** no Brasil, permanecendo inalterada a sua estrutura societária. Acrescente-se, ainda, que a **Time Warner** não controla prestadora de serviços de telecomunicações no Brasil.

23. Nos termos do art. 2º da Resolução nº 101/1999, uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se detiver, direta ou indiretamente, pelo menos vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos vinte por cento, por uma mesma pessoa natural ou jurídica.

24. No caso de aprovação da operação, a AT&T deterá indiretamente percentual superior a vinte por cento da Sky Brasil e cem por cento da Time Warner e de suas subsidiárias, o que poderia indicar que seriam coligadas. No entanto, a Resolução nº 101/1999 é aplicável às prestadoras de serviços de telecomunicações e, pelo que se depreende do Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a Time Warner não é prestadora de serviços de telecomunicações no Brasil, nem controla prestadoras de serviços de telecomunicações no Brasil - não há no referido Informe qualquer notícia de que essas empresas detenham outorga de SeAC ou de qualquer serviço de telecomunicação.

25. Cumpre destacar que para concluir que não haverá coligação com a concretização da presente operação, esta Procuradoria partiu da premissa de que o Grupo Time Warner, ou seja, as empresas que dele fazem parte não possuem outorga de SeAC, e portanto, não são prestadoras de serviços de telecomunicações. Nesse ponto, esta

Procuradoria recomenda que a área técnica consigne expressamente essa premissa nos autos, para fins de instrução processual.

26. Por derradeiro, tal qual consignado pela área técnica no Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a reconhecida relação vertical entre as atividades de produção e programação de conteúdo do Grupo Time Warner e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo Grupo Sky e suas subsidiárias deve ser analisada sob a ótica do art. 5º, da Lei do SeAC. Essa questão será abordada no tópico seguinte.

3.2 Da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispõe sobre comunicação audiovisual de acesso condicionado.

27. O art. 5º da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011 (Lei do SeAC), estabelece, *verbis*:

Art. 5º O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços. (Vigência)

§ 1º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

§ 2º É facultado às concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e a produtoras e programadoras com sede no Brasil, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, prestar serviços de telecomunicações exclusivamente para concessionárias e permissionárias dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens ou transportar conteúdo audiovisual das produtoras ou

programadoras com sede no Brasil para entrega às distribuidoras, desde que no âmbito da própria rede.

§ 3º É facultado às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, controlar produtoras e programadoras com sede no Brasil que exerçam atividades exclusivamente destinadas à comercialização de produtos e serviços para o mercado internacional.

28. O dispositivo contém regras proibitivas de propriedade cruzada entre, de um lado, radiodifusores e produtoras e programadoras e, de outro, prestadoras de serviços de telecomunicações, bem como regras impeditivas de verticalização da cadeia de valor audiovisual. O ideário do legislador nesse ponto foi vedar que apenas um agente econômico controlasse prestadoras de serviços de telecomunicações e radiodifusoras, produtoras e programadoras. Trata-se de medida que tem por escopo coibir o abuso do poder econômico e evitar a concentração excessiva nessas cadeias do mercado. Ou seja, a legislação busca impedir que um mesmo grupo econômico tenha poder de mando simultaneamente em prestadoras de telecomunicações e produtoras e programadoras de conteúdo audiovisual. De fato, permitir que empresas que produzem e programam também distribuam o conteúdo produzido e programado poderia ensejar distúrbios concorrenciais. Sobre a questão vale transcrever os seguintes trechos do Voto do Ministro Luiz Fux, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.679:

II.(d).1 Restrições à propriedade cruzada (art. 5º, caput e §1º) e vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II)

As motivações do legislador ordinário ao criar tais regras constam dos diversos pareceres exarados pelas Comissões do Congresso Nacional durante a tramitação do PL nº 29/2007, que deu origem ao ato ora impugnado. Os pareceres, acostados aos autos por intermédio da manifestação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, dão conta de que a *mens legislatoris* não foi a de restringir a competição, mas sim promovê-la, evitando que agentes econômicos dotados de significativo poder de mercado pudessem dominar o setor e, ao final, aniquilar a livre concorrência.

Nesse sentido, a restrição à propriedade cruzada (art. 5º, caput e §1º) e a vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II) representariam uma restrição pontual à liberdade de iniciativa de alguns (i.e., aqueles potencialmente dotados de poder de mercado) em proveito da liberdade de iniciativa de todos os demais *players* do segmento produtivo e, *a fortiori*, do hígido funcionamento daquele setor. Confirmam-se os seguintes trechos dos pareceres (todos sem grifos no original):

Parecer da Comissão de Defesa do Consumidor às Emendas ao Substitutivo do Relator Deputado Vital do Rêgo Filho

“Participação cruzada de capital entre empresas de telecomunicações e do audiovisual. Um dos principais argumentos que embasaram a demanda por uma nova disciplina na comunicação audiovisual eletrônica por assinatura consistiu na verificação da necessidade de ampliar o número de atores nesse segmento, com vistas a fomentar a competitividade e, por consequência, elevar a penetração e a qualidade dos serviços. Ao longo dos debates acerca do assunto, contudo, consolidou-se, de forma quase unânime, a compreensão de que **a abertura indiscriminada do mercado poderia ter efeitos nefastos, dada, principalmente, a potencialidade de ingresso de competidores com excessivo poder de mercado. Nessa linha, para assegurar um aumento prudente dos atores e a manutenção de condições equilibradas de concorrência na futura formatação do mercado, decidiu-se pela imposição de restrições na participação cruzada entre os setores de telecomunicações e de audiovisual**”.

Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática ao Substitutivo ao Projeto de Lei nº 29, de 2007

“9. Restrições cruzadas na cadeia de valor (...)

Considerando a discrepância entre a magnitude dos faturamentos dos setores de telecomunicações e de produção de audiovisual, optamos por acatar a referida emenda. A medida permitirá que sejam evitadas potenciais distorções induzidas por aplicações massivas de capitais transnacionais na produção artística e cultural nacional. Além disso, permitirá que seja mantido o espírito da proposta original, qual seja, **impedir que tanto o segmento das telecomunicações quanto o da radiodifusão controlem toda a cadeia produtiva da comunicação audiovisual de acesso condicionado**□.

Trecho da manifestação do Deputado Paulo Roberto na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática.

“A aquisição ou financiamento à aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos, assim como a contratação de talentos artísticos de qualquer natureza, aí incluídos os direitos sobre obras de autores são insumos fundamentais para as atividades de produção e programação e, conseqüentemente, implicam nos principais custos para aqueles que atuam neste segmento.

Por outro lado, as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo são as principais empresas detentoras do insumo essencial na cadeia produtiva da distribuição de conteúdo audiovisual ao assinante, qual seja, as suas redes telecomunicações.

Ao se permitir que as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo adquiram ou financiem a aquisição de direitos de exploração de imagens e eventos, além de contratar talentos artísticos, estar-se-ia criando um cenário de competição desigual.

Isto porque somente os produtores e programadores serão onerados com os custos de remuneração das redes para que os seus conteúdos audiovisuais sejam distribuídos.

Desta feita, a eliminação do termo ‘exclusividade’ impõe aos prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo a restrição para adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos nacionais, bem como contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais, obstaculizando, assim, a criação de uma concorrência predatória neste mercado”.

Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática ao Projeto de Lei nº 29, de 2007

“Principais alterações efetuadas no Substitutivo apresentado na CCTCI
(...)

5. Direitos de exploração de imagem e contratação de talentos artísticos

Diversas emendas foram oferecidas ao Substitutivo com o objetivo de flexibilizar ou tornar mais restritivas as disposições contidas no art. 6º, que impõe limites às operadoras de telecomunicações de interesse coletivo para adquirir direitos de exploração de imagem de eventos de interesse nacional e contratar talentos artístico nacionais.

Em nosso entendimento, o texto do Substitutivo original já está redigido de forma suficientemente equilibrada, pois assegura a necessária proteção da indústria brasileira de audiovisual contra a competição das grandes prestadoras de serviços de telecomunicações, que poderia se revelar prejudicial para o desenvolvimento das produtoras nacionais. Portanto, recomendamos a rejeição das Emendas nº 4, 45, 47, 66 e 79”.

(...)

No mercado de produtos audiovisuais, os efeitos deletérios da concentração excessiva de poder econômico suscitam problemas adicionais e de inegável sensibilidade constitucional. Refiro-me aqui aos desdobramentos nocivos da concorrência imperfeita sobre o direito à liberdade de expressão e à liberdade de informação. Embora tratando do tema principalmente sob a ótica da radiodifusão, transcrevo a lição precisa de Alexandre Sankiewicz, cujo magistério, acredito, aplica-se, *mutatis mutandis*, à hipótese da TV por assinatura, enquanto espécie de comunicação social:

“No campo da comunicação social, porém, os efeitos vão além dos prejuízos econômicos. Monopólios e oligopólios acarretam a diminuição da diversidade de informação ofertada na esfera pública com consequências deletérias para a democracia coparticipativa. Concentrações ilegais, nesse campo, não terão como consequência o mero aumento do preço do jornal, mas podem afetar o pluralismo, a veracidade e a objetividade da informação divulgada. Ademais, a diversidade dos produtos midiáticos exerce influência considerável sobre os valores da sociedade que consome tais produtos e contribui para a formação da agenda pública e da opinião da população sobre temas de relevante interesse nacional.

Na mídia, a concentração econômica é considerada uma ameaça ao mercado de ideias, pois tende a provocar um impacto negativo no pluralismo informativo e de conteúdos que se espera dos meios de comunicação social. Quanto menor o número de instituições, menor o número de pessoas tomando decisões sobre a diversidade de conteúdo e, em princípio, menor o número de vozes que conseguem se fazer representar na esfera pública. (...)

Os efeitos indesejados da concentração ademais não são circunscritos apenas à redução da diversidade. Eles também aumentam o risco de que certos interesses políticos, pessoais ou econômicos prevaleçam sobre o dever de veracidade e objetividade. Na área da comunicação

social, em especial, concentração econômica significa concentração de influência, que pode ser facilmente usada para obtenção de lucros políticos e ideológicos”.

(SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de Expressão e Pluralismo. Perspectivas de Regulação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.89-90).

Obviamente não se está aqui a “publicizar”, via hermenêutica constitucional, o regime jurídico da TV por assinatura, confundindo-o com o tratamento dispensado pela Lei Maior aos serviços de radiodifusão de sons e imagens (TV aberta). Não se trata disso. Cuidasse, isto sim, de reconhecer que foi a própria Constituição de 1988 que previu diretrizes comuns e gerais aplicáveis indistintamente a todos os veículos de comunicação social, tais como a proteção da livre manifestação do pensamento e da informação e a vedação à censura (CRFB, art. 220, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º), a proibição da configuração de monopólio ou oligopólio no setor comunicativo (CRFB, art. 220, §5º) e as regras de preferência de conteúdo a serem estimulados na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão (CRFB, art. 221 c/c art.222, §3º). Esses dispositivos respaldam, a toda evidência, uma postura não meramente passiva do Estado na regulação da TV por assinatura, viabilizando (e porque não dizer reclamando) verdadeira atuação positivado Poder Público na promoção dos valores constitucionais pertinentes ao setor.

Entendo, à luz de tais razões, que não procede a alegação das associações requerentes no sentido de que o art. 5º, *caput* e §1º, da Lei do SeAC, impediria “sem motivação adequada, que empresas de telecomunicações de interesse coletivo, bem assim concessionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e produtoras e programadoras, exerçam plenamente as suas atividades”, configurando ultraje à liberdade de iniciativa (CRFB, art. 1º, IV; art. 170, *caput*). Embora haja, de fato, um impedimento legal à plena liberdade desses agentes econômicos, sua existência é justificada por razões econômicas, *prima facie*, consistentes, as quais, a seu turno, se reconduzem a regras constitucionais expressas (CRFB, art. 170, §4º e art.220, §5º).

Relembro aqui que tais regras representam autêntica ponderação constitucional entre os princípios reitores da ordem econômica brasileira, notadamente a livre iniciativa, de um lado, e a livre concorrência e a proteção do consumidor, de outro. O que pretendeu e fez o legislador foi simplesmente operacionalizar, em concreto, a acomodação otimizada desses valores já ponderados em abstrato pelo

constituente de 1988. No mesmo sentido se manifestou a Procuradoria-Geral da República:

“As regras de restrição à propriedade cruzada e à propriedade vertical (art. 5º e 6º da Lei nº 12.485/11) consistem em medidas de implementação da vedação constitucional ao monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação social (art.220, §5º, da CR)”.

(...)

Essa preocupação do legislador em relação à verticalização da estrutura produtiva tem respaldo nas lições do direito antitruste. Embora não sem relativa divergência (cf. FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. São Paulo: RT, 2011, p. 402-406), costuma-se afirmar que concentrações verticais realizadas por empresa com forte posição dominante implicam elevada probabilidade de efeitos anticompetitivos líquidos sobre os mercados relevantes em questão. Nesse sentido é o magistério de Calixto Salomão Filho, *verbis*:

“A doutrina identifica várias consequências específicas das concentrações verticais que causam preocupação concorrencial.(...) E isso por duas razões bastante evidentes. Em primeiro lugar porque nesses casos sobram muito poucas alternativas aos produtores sobram muito poucas alternativas aos produtores e/ou distribuidores independentes para respectivamente vender ou comprar seus produtos em condições concorrenciais. Mas também a concorrência potencial se limita substancialmente. Com efeito, novos potenciais concorrentes que queiram entrar em um dos mercados deverão entrar em ambos para ter alguma chance de concorrer. É por esse motivo que uma das principais objeções de natureza concorrencial à concentrações verticais está exatamente no aumento substancial de barreiras à entrada no mercado por elas proporcionado”.(SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. As Estruturas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 310)

Os dados trazidos à Corte durante as audiências públicas realizadas apontam que tanto o diagnóstico quanto o prognóstico do legislador são consistentes. De fato, conforme apontado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), antes da promulgação da Lei nº 12.485/11, a regulação fragmentada do setor audiovisual brasileiro acabou por estimular tanto uma limitação quanto uma concentração excessiva do mercado de TV por assinatura no Brasil. A limitação ficava evidente quando se comparava a penetração (inferior) do serviço de TV paga no Brasil (12,7%) com a de outros países. Na América Latina, por exemplo,

a Argentina (77%), a Colômbia (72%) e o Uruguai (48,6%) estavam em patamares bastante superiores ao brasileiro. Já a concentração excessiva era ilustrada pelo fato de que apenas um grupo econômico (Telmex -controlador das operadoras NET Serviços e Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel) detinha, em 2010, 55% do mercado.

Já os dados oficiais trazidos aos autos pela ANCINE e pela ANATEL ilustram que o remédio regulatório tem se mostrado, até então, eficaz para reverter a patologia do mercado audiovisual brasileiro. Desde a aprovação da Lei, a Anatel recebeu 50 pedidos de licenciamento de novas estações (prestadores já atuantes no mercado) e 88 novos pedidos de outorga de SEAC (novos prestadores). Isso significa um aumento de quase 70% no número de municípios com TV por assinatura. A ampliação da oferta fica ainda mais evidente quando se revela que, em 2012, o Brasil atingiu o patamar 16 milhões de assinaturas de TV paga, número que representa o dobro daquele observado em 2009. Em 2016, estima-se que o país deva alcançar 30 milhões de assinantes. Também o *market share* das empresas atuantes no setor começou a apresentar contornos menos concentrados a partir da entrada de novos players, como é o caso da GVT, que de nenhum assinante em setembro de 2011 passou a ter 425.635 assinaturas em dezembro de 2012, e da Oi, que, no mesmo período, apresentou crescimento de 85% na sua base de assinantes.

Em síntese, não vislumbro na espécie qualquer violação à livre iniciativa (CRFB, art. 1º, IV; art. 170, caput) que possa ser imputada ao artigo 5º, caput e §1º, e ao artigo 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, máxime diante da existência, em seu favor, de razões econômicas, *prima facie*, consistentes e albergadas por regras constitucionais expressas (CRFB, art. 170, §4º e art. 220, §5º).

(grifos do original)

29. Pois bem, tecidas essas considerações sobre o ideário do dispositivo, verifica-se que, nos termos de seu *caput*, o controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta ou indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por radiodifusoras e por produtoras e programadoras com sede no Brasil.

30. *In casu*, conforme atestado pela área técnica no Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a concretização da operação, no que concerne

às consequências para o mercado brasileiro, resultará essencialmente em uma relação vertical entre as atividades de produção e programação de canais de TV por Assinatura do Grupo Time Warner e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo Grupo Sky. É que haverá uma relação de controle exercida simultaneamente pela AT&T sobre as atividades de produção e programação de conteúdo audiovisual do Grupo Time Warner e os serviços de Tv por Assinatura via satélite prestados pelo Grupo Sky.

31. Nesse ponto, cumpre salientar que não importa se a empresa que exerce o controle comum está no Brasil ou no exterior, já que a lei não distinguiu essas situações, aplicando-se a ambas. Mesmo que a empresa que exerce o controle comum esteja no exterior, a vedação incide, isso porque o que a lei quis vedar foi que as atividades da prestadora de serviços de telecomunicações e da produtora e programadora estivessem sob uma mesma direção, um mesmo comando ou poder de mando. Dessa feita, o fato de AT&T ser empresa estrangeira não afasta a incidência do dispositivo, uma vez que todas as atividades realizadas no Brasil (produção e programação e telecomunicações) estaria sujeitas a um mesmo comando.

32. Pois bem, a área técnica afastou qualquer possível inobservância da operação em relação ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011, nos seguintes termos:

3.30. A partir de uma primeira análise entender-se-ia que tal operação estaria infringindo o art. 5º, da Lei do SeAC, supratranscrito, uma vez que a prestadora de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, *in casu*, o **Grupo Sky**, teria o controle comum da **AT&T**, que deterá o controle totalitário de uma produtora e programadora de conteúdo no exterior. Todavia, há que se ressaltar que a **Time Warner** tem sede em Nova Iorque (Nova Iorque - EUA) e os seus negócios no exterior e no Brasil são conduzidos por uma série de diferentes subsidiárias do **Grupo Time Warner**, conforme descrito na Etapa I e nos itens II.5 e II.9, do Formulário Procedimento Não-Sumário do Ato de Concentração n.º 0870.001390/2017-14 apresentado ao CADE.

3.31. Logo, a operação que resultará na relação vertical entre as atividades de produção e programação de conteúdo do **Grupo Time Warner** e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo **Grupo Sky**, por meio de empresa sob controle comum, a **AT&T**,

não ensejaria óbices ao atendimento do art. 5º da Lei do SeAC, sob o ponto de vista do mercado brasileiro de prestação de serviços de telecomunicações, uma vez que as 6 (seis) empresas do **Grupo Time Warner**, que atuam no Brasil, são empresas subsidiárias da **Time Warner** e não possuem sede no Brasil.

3.32. Neste contexto, não havendo óbices ao atendimento do art. 5º da Lei do SeAC, visto que a produtora e programadora de conteúdo deve ter sede no Brasil, o que não se verifica no caso ora em estudo, sob o ponto de vista legal e regulamentar não caberia qualquer atuação por parte do órgão regulador das telecomunicações no Brasil.

3.33. Isto porque, repise-se a **AT&T** exerce o controle indireto do **Grupo Sky** e, nos termos do art. 5º da Lei do SeAC, esse grupo que presta serviços de telecomunicações no Brasil estaria sob o controle comum de empresa que detém o controle direto do **Grupo Time Warner**, produtor e programador de conteúdo, com sede em Nova Iorque, Nova Iorque - EUA, e atuação por intermédio de suas subsidiárias integrais no Brasil.

33. No entanto, esta Procuradoria não concorda com a conclusão da área técnica.

34. O Grupo Time Warner, conforme consignado no Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP tem seus negócios conduzidos no Brasil e no exterior por uma série de diferentes subsidiárias do Grupo Time Warner, localizadas no Brasil ou no exterior e/ou por terceiros licenciados ou contratados por elas. As subsidiárias da Time Warner localizadas no Brasil, segundo a área técnica, são as seguintes:

Entidade	Endereço	Acionistas	Código CNAE Atividade Principal
Warner Bros. (South) Inc.	Essa é uma filial de empresa norte-americana registrada no Brasil com escritório na Alameda Rio Negro, 585, Bloco B, 8º e 9º andares.	---	59.13-8-00
TopSports Ventures Ltda.	Rua Visconde de Ouro Preto, 75, 22250-180, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ	Turner International Holding LLC (US) Turner International Latin America, Inc. (US)	60.22-5-02

Brasil Channels Serviços Audiovisuais Ltda.	Avenida das Nações Unidas, 8501, 14º andar - parte, 05425-070, Pinheiros, São Paulo/SP	Brasil Programming, LLC (US) Brasil Advertising, LLC (US) Brasil Productions, LLC (US)	73.11-4-00
HBO Brasil Ltda.	Avenida das Nações Unidas, 8501, 13º e 14º andares, 05425-070, Pinheiros, São Paulo/SP	International Services and Company (US) SMC Holdings A.V.V. (Aruba)	73.11-4-00
Eyeworks do Brasil - Produtora de Programas Televisivos e Filmes Publicitários Ltda.	Rua dos Pinheiros, 972, 05422-001, Pinheiros, São Paulo/SP	Warner Bros. Entertainment Nederland B.V. Eyeworks Latam Holding B.V.	59.11-1-99

35. Nesse ponto, muito embora não constem informações detalhadas nos autos sobre as atividades exercidas por cada uma das subsidiárias da Time Warner localizadas no Brasil, depreende-se que elas de fato exerçam atividades de produção e programação. A título de exemplo, observa-se que o próprio nome empresarial da pessoa jurídica Eyeworks do Brasil - Produtora de Programas Televisivos e Filmes Publicitários LTDA, faz referência às atividades de produção e programação, e que o Código CNAE 59.11.-1-99, referente a essa pessoa jurídica diz respeito a “estúdios cinematográficos”. De qualquer sorte, recomenda-se que, no momento oportuno, os autos sejam melhores instruídos nesse ponto.

36. De início, cumpre destacar que, nos termos do art. 9º da Lei do SeAC, “as atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País”. Ou seja, a Lei do SeAC exige que as produtoras e programadoras sejam constituídas sob as leis brasileiras e tenham sede e administração no país.

37. O fato de essas pessoas jurídicas serem subsidiárias integrais de um pessoa jurídica com sede no exterior não significa que essas pessoas jurídicas não tenham sede alguma no Brasil. Uma empresa é subsidiária integral quando é de propriedade de apenas um sócio que também é uma sociedade brasileira. Trata-se de um aspecto relativo ao proprietário da pessoa jurídica.

38. A exigência de uma pessoa jurídica que presta determinada atividade ter sede no país tem enfoque diverso. Ao exigir que a pessoa jurídica tenha sede no Brasil, a legislação impõe que aquela pessoa jurídica possa ser demandada no Brasil, independentemente de quem seja o proprietário dessa pessoa jurídica, quer este tenha sede no Brasil ou no exterior (art. 53, inciso III, a, do Código de Processo Civil). Ao constituir uma pessoa jurídica na forma da legislação brasileira, o Código Civil (art. 997, inciso II, do Código Civil) exige que os sócios indiquem a sede da pessoa jurídica, de modo que haja um lugar onde a pessoa jurídica possa ser demanda para cumprir suas obrigações.

39. Assim, a técnica de condicionar o exercício de determinada atividade por meio de uma pessoa jurídica com sede no Brasil possibilita que, mesmo se houver interesse de Grupo Econômico estrangeiro no exercício dessa atividade, quem for explorá-la estará sujeito a todas as restrições definidas pela legislação e regulamentação brasileiras, estando sujeito a ser demandado no Brasil para cumpri-las, independentemente de onde seu proprietário tiver domicílio (no Brasil ou no exterior).

40. Sobre essa questão, portanto, é preciso consignar que as empresas controladas pela Time Warner no Brasil, não obstante sejam subsidiárias integrais ou representantes, são regularmente inscritas no CNPJ, com o devido endereço no Brasil, e auferem receita no território brasileiro, não havendo que se falar em inexistência de sede no país. Aqui, vale consignar que sede não pode ser interpretada do ponto de vista material, como o centro das atividades, mas como o registro formal da pessoa jurídica no país.

41. Muito embora essas empresas estejam sob a égide da Agência Nacional do Cinema (Ancine), e não da Anatel, algumas considerações devem ser feitas nesse ponto.

42. Esta Procuradoria não desconhece que a Ancine possui Instruções Normativas que dispõem sobre a regulamentação de dispositivos da Lei do SeAc e dá outras providências. Vejamos:

Instrução Normativa nº 100, de 29 de dezembro de 2012:

Art. 2º As atividades de produção, programação e empacotamento no Brasil são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 1º O exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil somente será permitido às programadoras estrangeiras que se sujeitarem às leis e foro brasileiro, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, incluindo as obrigações previstas na Lei nº 12.485/2011, nos mesmos termos em que se aplicam às empresas com sede no Brasil. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 2º Em observância ao disposto no §1º, e sem prejuízo da possibilidade de relação negocial direta, as programadoras estrangeiras deverão firmar contratos em português, sob regime jurídico brasileiro e com foro estabelecido no Brasil, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, inclusive em suas relações comerciais com agentes econômicos brasileiros. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 3º Em observância ao disposto no §2º, os instrumentos contratuais devem ser firmados em moeda brasileira. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 4º A programadora estrangeira que exerça atividade de programação do exterior para o Brasil está obrigada a manter, permanentemente, representante único no país, com poderes para resolver quaisquer questões e receber intimação e notificação administrativa e citação judicial em nome da empresa estrangeira. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 5º O representante de que trata o §4º deverá ser empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, a qual deverá assumir em nome e no interesse da programadora estrangeira, suas responsabilidades e obrigações legais perante a ANCINE. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 6º O representante deverá, ainda, figurar como anuente nos contratos de produção, programação e empacotamento firmados pela programadora estrangeira com agentes econômicos brasileiros, nos quais devem constar, em favor do anuente os poderes descritos nos §§ 4º e 5º. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 7º A comercialização ou o licenciamento, no exterior, de canais de programação destinados ao empacotamento para oferta em território brasileiro será caracterizada como exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil, à exceção dos canais não

adaptados ao mercado brasileiro. (Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)

Instrução Normativa nº 102, de 19 de junho de 2012:

Art. 1º O art. 2º da Instrução Normativa nº 100, de 29 de maio de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º As atividades de produção, programação e empacotamento no Brasil são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país.

§ 1º O exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil somente será permitido às programadoras estrangeiras que se sujeitarem às leis e foro brasileiro, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, incluindo as obrigações previstas na Lei nº 12.485/2011, nos mesmos termos em que se aplicam às empresas com sede no Brasil.

§ 2º Em observância ao disposto no §1º, e sem prejuízo da possibilidade de relação comercial direta, as programadoras estrangeiras deverão firmar contratos em português, sob regime jurídico brasileiro e com foro estabelecido no Brasil, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, inclusive em suas relações comerciais com agentes econômicos brasileiros

§ 3º Em observância ao disposto no §2º, os instrumentos contratuais devem ser firmados em moeda brasileira.

§ 4º A programadora estrangeira que exerça atividade de programação do exterior para o Brasil está obrigada a manter, permanentemente, representante único no país, com poderes para resolver quaisquer questões e receber intimação e notificação administrativa e citação judicial em nome da empresa estrangeira.

§ 5º O representante de que trata o §4º deverá ser empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, a qual deverá assumir em nome e no interesse da programadora estrangeira, suas responsabilidades e obrigações legais perante a ANCINE.

§ 6º O representante deverá, ainda, figurar como anuente nos contratos de produção, programação e empacotamento firmados pela programadora estrangeira com agentes econômicos brasileiros, nos quais devem constar, em favor do anuente os poderes descritos nos §§ 4º e 5º.

§ 7º A comercialização ou o licenciamento, no exterior, de canais de programação destinados ao empacotamento para oferta em território brasileiro será caracterizada como exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil, à exceção dos canais não adaptados ao mercado brasileiro.”

(grifos acrescidos)

43. Como se vê, a Ancine, por meio da Instrução Normativa nº 102, de 2012, flexibilizou a Lei do SeAC para permitir que produtoras, programadoras e empacotadoras operassem no Brasil, a partir do exterior, desde que, constituindo formalmente uma empresa representante no Brasil, se submetessem plenamente às disposições da Lei do SeAC, “nos mesmos termos em que se aplicam às empresas com sede no Brasil”. Ou seja, além de o representante já ser uma empresa regularmente constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, ela obviamente deve - como não poderia deixar de sê-lo - observar a Lei nº 12.485/2011.

44. Aliás, especificamente em relação ao art. 5º da Lei do SeAC há dispositivo expresse nas Instruções Normativas da Ancine de que ele é aplicável também aos agentes econômicos estrangeiros que exerçam atividades de programação do exterior para o Brasil, *verbis*:

Instrução Normativa nº 91, de 01 de dezembro de 2010:

Art. 5º-A O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços. **(Acrescentado pelo art. 4º da Instrução Normativa nº 101)**

§1º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços. **(Acrescentado pelo art. 4º da Instrução Normativa nº 101)**

§2º É facultado às concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e a produtoras e programadoras com sede no Brasil, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, prestar serviços de telecomunicações exclusivamente para concessionárias e permissionárias dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens ou transportar conteúdo audiovisual das produtoras ou programadoras com sede no Brasil para entrega às distribuidoras, desde que no âmbito da própria rede. **(Acrescentado pelo art. 4º da Instrução Normativa nº 101)**

§3º É facultado às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, controlar produtoras e programadoras com sede no Brasil que exerçam atividades exclusivamente destinadas à comercialização de produtos e serviços para o mercado internacional. **(Acrescentado pelo art. 4º da Instrução Normativa nº 101)**

§4º Em observação ao art. 1137 da lei 10.406/2002, o disposto neste artigo também se aplica aos agentes econômicos estrangeiros autorizados pelo Poder Executivo a funcionar no país.

§4º O disposto neste artigo também se aplica aos agentes econômicos estrangeiros que exerçam as atividades de programação do exterior para o Brasil. **(Alterado pelo art. 2º da Instrução Normativa nº 102)**

§5º Este artigo entra em vigor em 13 de setembro de 2012. **(Acrescentado pelo art. 4º da Instrução Normativa nº 101)**

Instrução Normativa nº 102 de 19 de junho de 2012:

Art. 2º O §4º do Art. 5º-A, o inciso II do Parágrafo único do art. 7º, o inciso IV do art. 8º-B, os incisos I e II do §1º do art. 10 e da Instrução Normativa nº 91, de 01 de dezembro de 2010, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º-A

§4º O disposto neste artigo também se aplica aos agentes econômicos estrangeiros que exerçam as atividades de programação do exterior para o Brasil.

.....”

(grifos acrescentados)

45. Sem adentrar no mérito das referidas Instruções Normativas, não há como simplesmente desconsiderá-las. Como já salientado, nos termos do art. 9º da Lei do SeAC, as atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País. O fato de a Ancine, por meio das aludidas Instruções Normativas, ter flexibilizado essa regra, não tem o condão de afastar a aplicação dos demais dispositivos da Lei. Nesse ponto, aliás, as próprias Instruções Normativas destacaram a óbvia necessidade de cumprimento das disposições constantes da Lei do SeAC - em relação ao art. 5º há, inclusive, menção expressa a ele. Do contrário, estar-se-ia, por ato infralegal, dispensando requisito expresso de lei ordinária e permitindo, por via oblíqua, que as produtoras e programadoras simplesmente se afastassem da incidência de regras legais dirigidas justamente a empresas com sede no Brasil, como é o caso do referido art. 5º da Lei do SeAC.

46. Ou seja, a Ancine, ao flexibilizar o art. 9º da Lei do SeAC, por meio da IN nº 102, de 2012, por óbvio não afastou a necessidade de cumprimento dos demais dispositivos da Lei do SeAC, e nem poderia fazê-lo. Pelo contrário, ressaltou expressamente a necessidade de cumprimento da Lei do SeAC em sua integralidade e garantiu que a pessoa jurídica que exerça atividades de produção, programação e empacotamento no Brasil, mesmo no caso de programação do exterior para o Brasil, seja demandada no Brasil e com base na legislação brasileira (Art. 2º, §§ 1º e 4º da Instrução Normativa nº 102, de 19 de junho de 2012, da ANCINE).

47. Entender de forma diversa seria admitir que o descumprimento do art. 9º da Lei do SeAC ou, *in casu*, sua flexibilização, permitiria também o descumprimento do art. 5º e de todas as disposições da Lei do SeAC, o que não se pode admitir, sob pena de violação de princípios basilares do direito. Nesse diapasão, não há como considerar, mesmo no âmbito da ANATEL, que as controladas da Time Warner no Brasil não possuem sede no Brasil ou que estão dispensadas do cumprimento do art. 5º da Lei do SeAC.

48. Em outras palavras, a flexibilização do art. 9º da Lei do SeAC pela IN nº 102/2012 da Ancine não tem o condão de afastar os demais dispositivos da Lei do SeAC. A própria Ancine, na aludida Instrução Normativa, ressalva a necessidade de cumprimento da Lei do SeAC

em sua integralidade. Dessa feita, a flexibilização do art. 9º da Lei do SeAC pela Ancine não libera as produtoras, programadoras e empacotadoras que não tenham elas próprias sede no Brasil, mas que aqui atuem, de cumprirem a Lei do SeAC. Aliás, vale registrar que as referidas Instruções Normativas presumem, no seu contexto, que as empresas constituídas pela Time Warner no Brasil estão exercendo as atividades de produção e programação. Afinal, nos seus termos, o exercício das referidas atividades no Brasil é que é feito necessariamente por empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país ou por representação a partir de uma empresa também constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país.

49. Ora, as empresas subsidiárias da Warner são brasileiras, atuam no Brasil, possuem CNPJ e auferem receita no Brasil. Dessa maneira, o simples fato de serem controladas por pessoa jurídica com sede em outro país não afasta, repita-se, a aplicação do art. 5º, nem de qualquer dispositivo da Lei do SeAC. Elas se submetem plenamente à Lei do SeAC tal qual qualquer empresa com sede no Brasil. Vale dizer: tais empresas ao serem constituídas na forma da legislação brasileira, informaram aos órgãos competentes as suas respectivas sedes no Brasil, o que implica a possibilidade de elas serem demandadas no Brasil e a sujeição às leis brasileiras, independentemente do domicílio de seus proprietários e de suas atividades estarem sujeitas à direção de uma pessoa jurídica estrangeira.

50. Em suma, o art. 9º da Lei nº 12.485/2011 determina expressamente que “as atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País”. O que a ANCINE fez foi simplesmente autorizar que tais atividades fossem exercidas do exterior para o Brasil também por meio de uma empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, considerando, então, que tal empresa é que está exercendo essas atividades. O fato, então, é que a necessidade de observância ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011 ocorre em ambas as situações.

51. Dessa feita, esta Procuradoria entende que, caso a operação seja concretizada, há indícios de violação ao art. 5º da Lei do SeAC, devendo a Anatel tomar as providências necessárias para garantir que o dispositivo seja cumprido.

4. PROCEDIMENTO A SER ADOTADO PELA ANATEL.

52. Diante da constatação de indícios de violação ao art. 5º da Lei do SeAC em caso de concretização da operação, cumpre a esta Procuradoria tecer breves considerações sobre o procedimento a ser adotado pela Agência.

53. Os presentes autos tiveram início com Ofício da Gerência de Acompanhamento Societário e da Ordem Econômica à Sky Brasil Serviços Ltda., diante de fatos divulgados na mídia relativos ao processo de fusão entre os Grupos AT&T e Time Warner.

54. No entanto, no presente momento processual, a Agência está instruindo o processo, em atendimento ao Ofício nº 1785/2017, do CADE, tendo em vista a apresentação do Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, que trata da aquisição total de controle da Time Warner Inc. pela AT&T Inc e seus efeitos no Brasil.

55. Por meio do referido Ofício, o CADE solicitou manifestação da Anatel, acerca da operação, a fim de auxiliar a instrução do processo, nos termos do art. 13, inciso VI, alínea “a”, da Lei nº 12.259/2011, tendo solicitado que a resposta fosse enviada até 4 de maio de 2017.

56. A Superintendência-Geral do CADE destacou que está analisando esse Ato de Concentração apenas sob os aspectos da Lei 12.529/2011, e, dessa forma, não está sendo considerado na análise o artigo 5º da Lei 12.485/2011.

57. Pois bem, considerando o exíguo prazo para manifestação da Anatel (tendo a Agência, inclusive, requerido dilação, dada a necessária tramitação por diversos órgãos internos), esta Procuradoria recomenda que, neste momento, a Agência instrua os autos de modo a prestar as informações necessárias para o CADE, podendo, em momento imediatamente posterior, adotar as medidas necessárias para garantir o cumprimento do art. 5º do SeAC.

58. Sobre os indícios de descumprimento ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011, não se trata de uma anuência prévia no bojo da qual a Agência irá analisar a questão, mas de regra legal proibitiva que simplesmente deve ser cumprida pelos agentes regulados, de modo que, tal como qualquer regra que eventualmente está em vias de ser descumprida, cabe

à Agência, ciente da situação, adotar, de ofício, medidas preventivas para que isso não ocorra. Ou seja, deve a Agência atuar junto aos seus agentes regulados a fim de garantir que não haja ofensa ao art. 5º da Lei do SeAC na eventualidade de concretização da operação.

59. Em suma, a ANATEL deve encaminhar ao CADE as informações solicitadas por meio do referido Ofício nº 1785/2017, sendo plenamente possível que a situação concreta e detalhada a respeito de eventuais providencias a serem adotadas em relação ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011 seja oportunamente tratada em momento processual subsequente. Com isso, poderá, se for o caso, complementar a instrução dos autos e adotar as medidas necessárias posteriormente ao envio das informações ao CADE.

5. DOS ASPECTOS CONCORRENCIAIS.

60. A análise da movimentação societária em questão deve ser realizada pela Anatel sob o ponto de vista concorrencial em razão da competência que lhe foi atribuída pelos art. 71 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

61. De fato, ainda que não seja submetida à anuência prévia da Agência, a operação deve ser apreciada sob a ótica concorrencial, no intuito de garantir a competição livre, ampla e justa no setor de telecomunicações, uma vez que a Anatel, conforme os arts. 6º e 7º, §§ 1º e 2º, da Lei Geral de Telecomunicações, tem o dever legal de impedir a concentração econômica nos mercados relevantes e de resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores dos serviços de telecomunicações.

62. No tocante ao tema, a área técnica expôs, no Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, o seguinte:

IV - Do Mercado de TV por Assinatura (SeAC) e seus Aspectos Concorrenciais

3.39. Em relação a análise concorrencial é preciso ressaltar que a operação trata da aquisição de controle acionário de empresa produtora e programadora de conteúdo, a **Time Warner**, e a empresa adquirente, a **AT&T**, por intermédio de sua controlada a **Sky Banda Larga**, não exerce essas atividades no Brasil. Assim, trata-se uma relação vertical entre as atividades de programação do **Grupo Time Warner** e os

serviços de TV por assinatura via satélite ofertados pelo **Grupo Sky**, que, na visão desta área técnica, deve ser analisada levando-se em consideração que, atualmente, há uma forte pressão exercida pelos fornecedores de OTT nos últimos anos, em conjunto com o conteúdo original disponibilizado por esses fornecedores, a preços bem acessíveis.

3.40. Acrescente-se, ainda, que o efeito concorrencial indesejável que poderia advir de uma aproximação na atuação da **Time Warner** e do **Grupo Sky** decorrentes desta operação, pode ser bastante minimizado pela abertura do mercado de TV por assinatura a novos prestadores. Isto em função da possibilidade, bastante factível, do aumento da participação de grandes empresas que atuam em múltiplos serviços de telecomunicações, que já dispõem de infraestrutura necessária e que podem se beneficiar de economias de escala e de escopo de forma mais expressiva do que **Time Warner** e **Grupo Sky**, haja vista os grupos Claro, Oi e Telefônica.

3.41. Frisa-se que esta Agência, em conjunto com a Ancine, elaborou Nota Técnica analisando os aspectos econômicos e comerciais do SeAC. A versão pública dessa nota encontra-se no SEI nº 1381666 e a versão confidencial no SEI n.º 1388936 .

3.42. Abaixo segue uma visão geral da estrutura de mercado de TV por Assinatura (SeAC) no Brasil:

[...]

3.43. Desagregando os dados por município, em dezembro de 2014, dos 5.576 municípios brasileiros, 5.571 municípios possuíam ao menos um acesso de SeAC. Com relação ao número de prestadoras por município, a quase totalidade dos municípios brasileiros possuíam acessos ativos por parte de mais de um ofertante de SeAC.

[...]

3.44. Com relação ao nível de concentração do mercado de TV por assinatura (SeAC), medido pelo HHI, observa-se no nível nacional um índice de 0,36, o que seria considerado Competitivo. Em nível municipal, a maioria dos municípios possui um nível de concentração moderada, ou seja, um HHI entre 0,44 e 0,8.

[...]

3.45. Comparando a concentração do mercado de TV por assinatura de dez/2014 com o de jan/2012 (antes da Lei do SeAC), percebe-se

uma leve tendência de desconcentração do mercado. O HHI do Brasil era 0,39.

[...]

3.46. Como pode ser observado na Tabela 1 acima, o Grupo Sky detém cerca de 30% do mercado de TV por Assinatura (SeAC) e, portanto, não seria esperado do ponto de vista econômico discriminar as demais prestadoras de TV por Assinatura no acesso ao conteúdo produzido pela Time Warner. Tal conduta teria de ser realizada por tempo suficiente de modo a eliminar as operadoras concorrentes, prática essa quase impossível diante do poder econômico desses grupos.

3.47. E, frise-se, para que se torne lucrativa, seria necessário que os usuários das operadoras concorrentes migrassem para o Grupo Sky, outro fato de difícil concretização diante da nova realidade presente nesse mercado frente a pressão competitiva exercida pelos fornecedores de OTT e os baixos preços cobrados pelos serviços, bem como os efeitos de escala e escopo existentes no setor de telecomunicações.

3.48. Quanto às barreiras a entrada, e demais questões envolvendo as relações de dominância nos elos de programação, acompanhamento e distribuição, cabe uma avaliação mais pormenorizada sobre um dos principais insumos deste mercado, o conteúdo, e sua natureza de essencial facility, o que já foi realizado de forma conjunta na **Nota Técnica Anatel-Ancine**, citada acima.

63. Além dos aspectos já mencionados neste opinativo quanto ao óbice constante do art. 5º da Lei nº 12.485/2011, norma que tem como escopo a garantia do aspecto concorrencial no setor, algumas ponderações devem realizadas quanto à análise concorrencial realizada sob o ponto de vista material pelo corpo técnico da Agência.

64. Pois bem. O corpo técnico da Agência fundamenta sua análise regulatória nos seguintes argumentos: a) a relação entre as atividades de programação do Grupo Time Warner e os serviços de assinatura ofertados pelo Grupo Sky é vertical e, por isso, deve ser analisada levando-se em consideração a pressão dos fornecedores de OTT; b) o efeito concorrencial indesejável que poderia advir poderia ser minimizado pela abertura do mercado de TV por assinatura a novos prestadores, já que seria factível a participação de outras empresas; c) o Grupo Sky detém cerca de 30% do mercado de TV por Assinatura e, por esta razão, não seria esperado, do ponto de vista econômico, que fossem

discriminadas as demais prestadoras de TV por Assinatura no acesso ao conteúdo produzido pela Time Warner.

65. De início, é importante verificar que não houve uma conclusão efetiva de inexistência de prejuízos sob o ponto de vista concorrencial, o que se impõe.

66. Esta Procuradoria não desconhece o crescente aumento dos fornecedores de OTT. Todavia, é pertinente que seja apurado em que medida o crescimento deste mercado poderia dificultar ações prejudiciais sob o ponto de vista concorrencial por parte do grupo econômico que passaria a englobar o Grupo Sky e a Time Warner. Seria importante, neste aspecto, que fossem consignados, dados demonstrativos do crescimento do mercado de OTT nos últimos anos e os impactos no setor, para a devida instrução dos autos e subsídio à análise a ser realizada pelo Conselho Diretor.

67. No tocante à abertura do mercado, que minimizaria “o efeito concorrencial indesejável que poderia advir de uma aproximação na atuação da Time Warner e do Grupo Sky” em razão da possibilidade de aumento da participação de grandes empresas, também são necessários alguns esclarecimentos.

68. Inicialmente, é importante que se esclareça se a abertura do mercado mencionada no Informe decorreu da publicação da Lei do SeAC, ou se é relativa a algum aspecto futuro, a ser ainda implementado.

69. Ademais, o corpo técnico explicita que seria possível que ocorresse o aumento da participação de grandes empresas no mercado, mas, ao apresentar a tabela constante do item 3.42 do Informe, percebe-se que o número de acessos por grupo econômico revela que o Grupo Sky, juntamente com o Grupo Telmex, dominam a maior parte do mercado. Corroborando esta constatação, a Nota Técnica Conjunta relativa aos Aspectos Econômicos e Comerciais do Serviço de Acesso Condicionado, elaborada pela Ancine e pela Anatel ressalta que: a) nos municípios atendidos apenas com DTH, “os grandes grupos tradicionais de telecomunicações, mesmo tendo condições inclusive de ofertar outros serviços de telecomunicações conjuntamente, não conseguiram ao longo do tempo contestar a posição de mercado dos dois maiores grupos”; b) nos municípios atendidos com mais de uma tecnologia, “as operadoras menores, mesmo tendo um bom

desempenho em um grupo pontual de municípios, estão longe de contestar a posição de mercado dos dois principais grupos”.

70. A mesma Nota Técnica conclui que “*com relação à entrada, observou-se que a Lei nº 12.485/2011 de fato abriu o mercado possibilitando a emissão de novas outorgas do serviço, mas que parece não ter sido suficiente para alterar a estrutura de mercado firmada anteriormente à lei*”.

71. Dessa forma, ao que parece, “os efeitos indesejáveis” decorrentes da operação podem não ter sido minorados com a abertura do mercado decorrente do advento da Lei do SeAC, razão pela qual esta Procuradoria recomenda que seja analisado se, no cenário atual, a operação pode acarretar tais efeitos prejudiciais à concorrência no setor.

72. Por fim, quanto à possibilidade de discriminação em detrimento das prestadoras que não integrem o grupo econômico envolvido na operação, ainda que se considere que não houvesse qualquer restrição de conteúdo da Time Warner a operadoras concorrentes do Grupo Sky, parece interessante que sejam avaliados eventuais impactos decorrentes de eventuais benefícios que possam ser atribuídos à Sky, ainda que sem restrição aos concorrentes. Em outras palavras, mesmo que o conteúdo da Time Warner não seja restringido às demais operadoras, é pertinente que se avalie eventuais impactos decorrentes de eventuais benefícios que possam ser atribuídos apenas à Sky, como custos mais baixos para acesso ao conteúdo.

73. Dessa forma, recomenda-se que o corpo técnico da Agência complemente a análise concorrencial realizada nos autos, robustecendo a análise dos impactos no setor de telecomunicações em decorrência da operação apresentada, instruindo os autos a fim de melhor subsidiar a análise a ser realizada pelo Conselho Diretor da Agência e as conclusões a serem encaminhadas ao CADE.

6. DA COMPETÊNCIA DO CONSELHO DIRETOR.

74. Os subsídios a serem encaminhados ao CADE em resposta ao pedido de manifestação desta Agência Reguladora acerca do Ato de Concentração que tramita junto àquela autarquia devem ser aprovados pelo Conselho Diretor, nos termos previstos no art. 133, XLVII do Regimento Interno, que assim determina:

Art. 133. São competências do Conselho Diretor, sem prejuízo de outras previstas na Lei nº 9.472/1997, no Regulamento da Agência e na legislação aplicável:

[...]

XLVII - prestar a assistência e a colaboração que lhe for solicitada pelo CADE, nos termos da lei, e aprovar o repasse de informações e pareceres técnicos relativos à matéria de competência da Agência;

75. Dessa forma, os autos deverão ser encaminhados ao Órgão Máximo da Agência para que este delibere a respeito dos subsídios a serem apresentados, antes de seu encaminhamento ao CADE.

76. No tocante a eventuais providências quanto à observância do art. 5º da Lei do SeAC, estas medidas poderão ser adotadas posteriormente ao encaminhamento dos subsídios ao CADE, como já exposto anteriormente.

7. DA CONFIDENCIALIDADE DOCUMENTAL.

77. Verifica-se que foi proferido o Despacho Decisório nº 8/2017/SEI/CPOE/SCP pelo Superintendente de Competição Substituto conferindo sigilo, em razão de requerimento formulado pela interessada, à petição apresentada pela Sky Serviços de Banda Larga (documento SEI nº 1310281). No Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a confidencialidade dos documentos foi assim justificada:

VI - Do Sigilo

3.52. Por derradeiro, registra-se que o Superintendente de Competição, por meio do Despacho Decisório 8, SEI n.º 1322852, conferiu tratamento sigiloso à petição protocolada sob o SEI n.º 1310281, por conter informações sensíveis do grupo econômico da prestadora, com respaldo no art. 39, parágrafo único, da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

3.53. Acrescente-se, ainda, que foi acostado a este informe a versão confidencial da Nota-Técnica Anatel-Ancine, SEI n.º 1388936, que, também, merece tratamento sigiloso, por conter informações sensíveis de grupos econômicos que tenham outorgas para a prestação de serviços de telecomunicações.

78. Observa-se, assim, que foi observado que a petição protocolada pela Sky conteria informações sensíveis ao grupo econômico da prestadora, razão pela qual, com base na Lei nº 9.472/1997, art.39, parágrafo único, foi conferido caráter restrito a tais documentos, conforme consta no Despacho Ordinatório de SEI nº 1015940.

79. Dessa feita, conclui-se que a concessão do sigilo do mencionado documento foi devidamente motivada.

80. No ponto, cumpre observar que o Informe elaborado pelo corpo técnico da Agência também menciona a anexação da versão confidencial da Nota Técnica Conjunta elaborada pela Anatel e pela Ancine. Não obstante se trate de documento já caracterizado como confidencial, seria importante que fossem adotadas as providências necessárias para conferir o tratamento sigiloso a este documento, inclusive em relação ao próprio Grupo Sky, já que pode conter informações relevantes de outros grupos econômicos que não devam ser de conhecimento daquele grupo.

8. CONCLUSÃO.

81. Por todo o exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia Geral da União – AGU, opina:

Da operação.

a) Pela constatação de que a operação apresentada nos autos implicará na aquisição da totalidade do controle da Time Warner pela AT&T, controladora da Sky Serviços de Banda Larga;

Dos aspectos regulatórios.

Do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 04 de fevereiro de 1999.

b) Considerando que a implementação da operação não resultará em transferência de controle das empresas do Grupo Sky, seja no exterior, seja no Brasil, não havendo também qualquer transferência de outorga, não há necessidade de anuência prévia da Anatel;

c) No caso de aprovação da operação, a AT&T deterá indiretamente percentual superior a vinte por cento da Sky Brasil e cem por cento da Time Warner e de suas subsidiárias, o que poderia indicar que seriam coligadas. No entanto, a Resolução nº 101/1999 é aplicável às prestadoras de serviços de telecomunicações e, pelo que se depreende do Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a Time Warner não é prestadora de serviços de telecomunicações no Brasil, nem controla prestadoras de serviços de telecomunicações no Brasil - não há no referido Informe qualquer notícia de que essas empresas detenham outorga de SeAC ou de qualquer serviço de telecomunicação;

d) Cumpre destacar que para concluir que não haverá coligação com a concretização da presente operação, esta Procuradoria partiu da premissa de que o Grupo Time Warner, ou seja, as empresas que dele fazem parte não possuem outorga de SeAC, e portanto, não são prestadoras de serviços de telecomunicações. Nesse ponto, esta Procuradoria recomenda que a área técnica consigne expressamente essa premissa nos autos, para fins de instrução processual;

e) Por derradeiro, tal qual consignado pela área técnica no Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a reconhecida relação vertical entre as atividades de produção e programação de conteúdo do Grupo Time Warner e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo Grupo Sky e suas subsidiárias deve ser analisada sob a ótica do art. 5º, da Lei do SeAC;

Da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispõe sobre comunicação audiovisual de acesso condicionado.

f) Nesse ponto, esta Procuradoria entende que, nos termos explicitados neste opinativo, caso a operação seja concretizada, há indícios de violação ao art. 5º da Lei do SeAC, devendo a Anatel tomar as providências necessárias para garantir que o dispositivo seja cumprido;

Do procedimento a ser adotado pela Anatel.

g) Considerando o exíguo prazo para manifestação da Anatel (tendo a Anatel, inclusive, requerido dilação, dada a necessária tramitação por diversos órgãos na Agência), esta Procuradoria recomenda que, neste momento, a Agência instrua os autos de modo a prestar as informações necessárias para o CADE, podendo, em momento imediatamente posterior, adotar as medidas necessárias para garantir o cumprimento do art. 5º do SeAC;

h) Sobre os indícios de descumprimento ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011, não se trata de uma anuência prévia no bojo da qual a Agência irá analisar a questão, mas de regra legal proibitiva que simplesmente deve ser cumprida pelos agentes regulados, de modo que, tal como qualquer regra que eventualmente está em vias de ser descumprida, cabe à Agência, ciente da situação, adotar, de ofício, medidas preventivas para que isso não ocorra. Ou seja, deve a Agência atuar junto aos seus agentes regulados a fim de garantir que não haja ofensa ao art. 5º da Lei do SeAC na eventualidade de concretização da operação;

i) Em suma, a ANATEL deve encaminhar ao CADE as informações solicitadas por meio do referido Ofício nº 1785/2017, sendo plenamente possível que a situação concreta e detalhada a respeito de eventuais providências a serem adotadas em relação ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011 seja oportunamente tratada em momento processual subsequente. Com isso, poderá, se for o caso, complementar a instrução dos autos e adotar as medidas necessárias posteriormente ao envio das informações ao CADE;

Dos aspectos Concorrenciais.

j) Ainda que não seja submetida à anuência prévia da Agência, a operação deve ser apreciada sob a ótica concorrencial, no intuito de garantir a competição livre, ampla e justa no setor de telecomunicações, uma vez que a Anatel, conforme os arts. 6º e 7º, §§ 1º e 2º, da Lei Geral de Telecomunicações, tem o dever legal de impedir a concentração econômica nos mercados relevantes e de resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores dos serviços de telecomunicações;

k) Recomenda-se que o corpo técnico da Agência complemente a análise concorrencial realizada nos autos, robustecendo a análise dos impactos no setor de telecomunicações em decorrência da operação apresentada, instruindo os autos a fim de melhor subsidiar a análise a ser realizada pelo Conselho Diretor da Agência e as conclusões a serem encaminhadas ao CADE;

l) Seria importante que fossem consignados dados demonstrativos do crescimento do mercado de OTT nos últimos anos e os impactos no setor, para a devida instrução dos autos e subsídio à análise a ser realizada pelo Conselho Diretor;

m) É importante que se esclareça se a abertura do mercado mencionada no Informe decorreu da publicação da Lei do SeAC, ou se é relativa a algum aspecto futuro, a ser ainda implementado. Ademais, ao que parece, “os efeitos

indesejáveis” decorrentes da operação podem não ter sido minorados com a abertura do mercado decorrente do advento da Lei do SeAC, razão pela qual esta Procuradoria recomenda que seja analisado se, no cenário atual, a operação pode acarretar tais efeitos prejudiciais à concorrência no setor;

n) Mesmo que o conteúdo da Time Warner não seja restringido às demais operadoras, é pertinente que se avalie eventuais impactos decorrentes de eventuais benefícios que possam ser atribuídos apenas à Sky, como custos mais baixos para acesso ao conteúdo;

Da competência do Conselho Diretor.

o) Os subsídios a serem encaminhados ao CADE em resposta ao pedido de manifestação desta Agência Reguladora acerca do Ato de Concentração que tramita junto àquela autarquia devem ser aprovados pelo Conselho Diretor, nos termos previstos no art. 133, XLVII do Regimento Interno, devendo ser encaminhados os autos ao Órgão Máximo da Agência;

Da confidencialidade documental.

p) A concessão do sigilo deferida pelo Despacho Ordinatório de SEI nº 1015940 foi devidamente fundamentada;

q) No ponto, cumpre observar que o Informe elaborado pelo corpo técnico da Agência também menciona a anexação da versão confidencial da Nota Técnica Conjunta elaborada pela Anatel e pela Ancine. Não obstante se trate de documento já caracterizado como confidencial, seria importante que fossem adotadas as providências necessárias para conferir o tratamento sigiloso a este documento, inclusive em relação ao próprio Grupo Sky, já que pode conter informações relevantes de outros grupos econômicos que não devam ser de conhecimento daquele grupo.

82. É o parecer. À consideração superior.¹

Brasília, 4 de maio de 2017.

LUCIANA CHAVES FREIRE FÉLIX
Procuradora Federal
Coordenadora de Procedimentos Regulatórios Adjunta
Matricula Siape nº 1.585.078

PATRICIA FERREIRA DE HOLANDA CAVALCANTI
Procuradora Federal
Matricula Siape nº 1.585.041

DESPACHO N. 00936/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU
NUP: 53500.026491/2016-10
INTERESSADOS: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA
ASSUNTOS: SOCIEDADE

1. Aprovo o **Parecer nº 302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU**.
2. Restituam-se os autos à SCP.²

Brasília, 04 de maio de 2017.

PAULO FIRMEZA SOARES
Procurador Federal

1 Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500026491201610 e da chave de acesso fcc72eb. Documento assinado eletronicamente por LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 39052310 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX. Data e Hora: 04-05-2017 18:00. Número de Série: 1162391175095102725. Emissor: AC CAIXA PF v2

2 Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500026491201610 e da chave de acesso fcc72ebb. Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 41083136 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 04-05-2017 18:08. Número de Série: 1277741. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.

