

Publicações da Escola da AGU

O Direito nas Telecomunicações — PFE-Anatel —

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 24	p. 1- 340	jan. 2013
---------------------------------	----------	-------	-----------	-----------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União

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

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Filipo Bruno Silva Amorim	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Filipo Bruno Silva Amorim
Paulo Firmeza Soares

CONSELHO EDITORIAL

Gabriel de Melo Galvão
Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo
Gustavo Ramos Carneiro Leão

PFE-ANATEL

Victor Epitácio Cravo Teixeira	Procurador-Geral da Anatel
Fernanda Prestes César Bussacos	Procuradora-Geral Adjunta
Paulo Firmeza Soares	Assessor Especial do Procurador Geral
Rafael Abijaodi Lopes de Vasconcellos	Gerente de Contencioso
Tânia Dias Cardoso	Gerente de Procedimentos Administrativos
Igor Guimarães Pereira	Gerente de Procedimentos Fiscais
Marina Georgia de Oliveira e Nascimento	Gerente de Procedimentos Regulatórios

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima e Glauca Pereira

Fotografia: Sinclair Ferreira Maia

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas no conteúdo publicado, são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: O Direito nas Telecomunicações PFE/Anatel - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 24 (jan./2013).- Brasília: EAGU - mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral. e a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal

ISSN 2236-4374

1. Direito Público – Brasil I. Título. II. Série

CDD 340.5
CDU 34(05)

SUMÁRIO

ARTIGOS

A Análise dos Atos de Concentração e Processos de Condutas Anticompetitivas no Setor de Telecomunicações com o Advento da Lei 12.529, de 2011 <i>Analysis of Merger Acts and of Anti-Competitive Conducts in the Telecommunication Sector After the Enforcement of Law n°. 12.529 of 2011</i> <i>Cristina Campos Esteves</i>	7
A abrangência da Regra contida no § 2º do art. 108 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT e a aplicação do Fator de Transferência X nos Contratos de Concessão <i>The scope of the rule in § 2º of art. 108 of the General Law of Telecommunications - GLT and application of Transfer Factor X</i> <i>Danielle Félix Teixeira</i>	35
Prazo Prescricional dos Créditos Tributários nos casos de Impugnação Apresentada Intempestivamente pelo Contribuinte <i>Limitation Period to Demand for Taxes in Cases of Untimely Impugnment Presented by the Tax Payer</i> <i>Igor Guimarães Pereira</i>	65
A Regulamentação das Femtocélulas pelo Órgão Regulador de Telecomunicações – promessas de melhoria do serviço e questionamentos quanto às repercussões nos direitos dos usuários do serviço móvel pessoal <i>The regulation of femtocells by the Brazilian Regulatory Agency of Telecommunications - promises of improved service and questions about the impact on the rights of mobile service's users</i> <i>Imira Carvalho Lima</i>	89
O Foro nos Processos Judiciais Envolvendo a Administração Pública Federal <i>The Jurisdiction in Litigation Involving the Federal Government</i> <i>Jadson Wagner Marques da Fonseca</i>	117
O Papel do Órgão Regulador na Resolução de Conflitos entre Prestadoras <i>The Regulatory Agency's Role in Resolving Conflicts between Providers</i> <i>Júlia de Carvalho Barbosa</i>	137
O Conceito de Controle Empresarial no Setor de Telecomunicações para Fins de Anuência Prévia <i>The Concept of Corporate Control in The Telecommunications Sector for Purposes of Prior Consent</i> <i>Leandro de Carvalho Pinto</i>	153
A Importância da Utilização das Medidas Cautelares como Forma de Efetivação das Ações Regulatórias da Anatel <i>The importance of protective measures to implement regulatory actions of Anatel</i> <i>Luciana Chaves Freire Félix</i>	169

A Questão da Cobrança de Multa e Juros de Mora, quando o Crédito Tributário está Suspenso <i>The Matter of the Application of Penalty and Interest on Late, When the Tax Credit is Suspended</i> <i>Luís de Freitas Júnior</i>	185
A Atuação Preventiva da Anatel na Promoção da Concorrência no Mercado Brasileiro de Telecomunicações e o Plano Geral de Metas de Competição <i>The Preventive Action of Anatel in the promotion of competition in the brazilian market of telecommunications and the Resolution Anatel 600/2012</i> <i>Marina Georgia de Oliveira e Nascimento</i>	209
A Necessidade de Instalação de Antenas e a Discussão sobre Qualidade na Prestação de Serviços de Telecomunicações <i>The Need of Installing Antenna and the Discussion about Quality in the Telecommunications Services in Brazil</i> <i>Marina Georgia de Oliveira e Nascimento</i>	227
A Obrigatoriedade dos Contratos de Compartilhamento de Infraestrutura no Setor de Telecomunicações e sua Submissão à Regulação <i>The mandatory contract of infrastructure sharing in the telecommunication sector and its submission to regulation</i> <i>Paulo Firmeza Soares</i>	237
Limites ao Poder de Polícia. A Desnecessidade de Notificação do Interessado Previamente à Fiscalização <i>Limits to the police power. The unnecessary preview notification before to inspection</i> <i>Ricardo Ramos Sampaio</i>	253

PARECERES

PARECER N.º 579-2012/TRM/PGF/PFE/ANATEL Impossibilidade de Pagamento de Crédito da Fazenda Pública por Consignação Extrajudicial <i>Teresa Resende Moreira</i>	267
PARECER N.º 240/2013/JCB/PFE-Anatel/PGF/AGU Possibilidade de Aplicação de Multa Diária pelo Órgão Regulador por Descumprimento de Medida Cautelar <i>Júlia de Carvalho Barbosa</i>	283
PARECER N.º 356/2013/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU A cobrança de créditos destinados ao Fundo de Direitos Difusos em razão de determinação de reparação aos direitos dos usuários <i>Leandro de Carvalho Pinto</i>	315

EDITORIAL

Tenho a satisfação de convidá-los à leitura desta obra que reúne diferentes perspectivas sobre as interações entre o Direito e as Telecomunicações. Trata-se de publicação da Advocacia-Geral da União com o objetivo de divulgar o conhecimento produzido pelos Procuradores Federais atuantes na Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel – PFE-Anatel.

Os estudos constantes das páginas que seguem espelham a qualidade técnica e acadêmica dos autores, que demonstram desenvoltura intelectual e o imprescindível conhecimento multidisciplinar necessário para atuação da advocacia pública junto às Agências Reguladoras. Essa interdisciplinaridade se revela com bastante ênfase no desempenho cotidiano de nossos Procuradores Federais na construção de soluções jurídicas consistentes em benefício da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, cujas atividades regulatórias pressupõem um dinâmico entrelaçamento de disciplinas a princípio tão diversas como engenharia de telecomunicações, economia, ciência da computação e direito.

O rápido avanço tecnológico dos meios de comunicação modifica cotidianamente variados comportamentos sociais e modelos empresariais, o que pressiona o ordenamento jurídico a novas interpretações e revisões. Como será visto ao longo desta obra, os Procuradores Federais em exercício na PFE-Anatel possuem fundamental papel na análise jurídica das mudanças fáticas do setor e na edificação dos argumentos de direito que sustentam as medidas regulatórias adotadas pela Agência. De fato, é da PFE-Anatel o primeiro enfoque jurídico sobre as novidades do setor das telecomunicações. É a PFE-Anatel a primeira fonte de doutrina jurídica sobre as telecomunicações.

A finalidade desta publicação é, portanto, a promoção da doutrina jurídica produzida pelos Procuradores Federais da PFE-Anatel. Além da divulgação, esta obra proporcionará a ampliação, para além das fronteiras desta Procuradoria, dos debates sobre temas como defesa da concorrência, direitos dos usuários, resolução de conflitos dentro do mercado, fiscalização, medidas cautelares, regulação de infraestrutura, entre outros.

Por fim, não poderia deixar de registrar e agradecer a criatividade e o empenho do Procurador Federal Paulo Firmeza, sem os quais a presente empreitada não teria deixado de ser apenas um projeto de futuro. Da mesma forma agradeço a disposição e a receptividade da equipe da Escola da AGU, que foi imprescindível para a realização de obra deste vulto.

Apreciem a leitura.

Victor Cravo
Procurador-Geral da Anatel



A ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO E PROCESSOS DE CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES COM O ADVENTO DA LEI 12.529, DE 2011

*ANALYSIS OF MERGER ACTS AND OF ANTI-COMPETITIVE
CONDUCTS IN THE TELECOMMUNICATION SECTOR AFTER THE
ENFORCEMENT OF LAW NO. 12.529 OF 2011*

Cristina Campos Esteves

*Doutora pela Universidade de Campinas – Unicamp. Especialista em Administração
Pública de Minas pela Escola de Minas de Paris – Paristech, Especialista em Direito
da Concorrência pela Faculdade Getúlio Vargas – FGV, Procuradora Federal em
exercício na Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE de outubro/2009
a dez/2012. Procuradora Federal atualmente em exercício na Procuradoria Federal
Especializada junto à ANATEL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Das alterações realizadas pela Lei 12.529/2011 no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; 2 Mudanças Estruturais; 3 Mudanças na análise de atos de concentração - implementação da análise prévia; 4 Mudanças na análise das condutas em face da ordem econômica; 5 Da abrangência das competências da

ANATEL e do CADE na vigência da Lei 8.884, de 1994; 6 Da absorção das Competências Instrutórias da ANATEL pela Superintendência-Geral do CADE no âmbito da Lei 12.529 de 2011; 7 Da hermenêutica sistemática da Lei Geral de Telecomunicações e da nova lei antitruste em relação ao Sistema de Análise Prévia de Atos de Concentração no mercado de telecomunicações; 8 O procedimento a ser adotado quanto a atos de concentração, processos administrativos de infração à ordem econômica e averiguações preliminares cuja operação tenha sido notificada ao Estado até o dia 19 de junho de 2012; 9 harmonização dos artigos da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que permanecem vigentes, com a Lei n. 12.529/2011; 10 Competência Instrutória; 11 Competência para análise dos Atos de Concentração no Mercado de Telecomunicações – Competência Regulatória; 12 O procedimento a ser adotado internamente pela ANATEL ante as demandas que eventualmente receber do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para instrução dos processos que envolvam o setor de telecomunicações; 13 Conclusões; Referências.

RESUMO: Este artigo trata das alterações introduzidas na análise dos atos e concentração e condutas anticompetitivas no setor de telecomunicações tendo em vista a publicação da Lei 12.529, de 2011. Inicialmente abordaremos as principais alterações estruturais trazidas pela nova Lei Antitruste. Em um segundo momento, apontaremos as principais alterações ocorridas nos processos dos atos de concentração e apuração de condutas no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ao final, analisaremos as competências da Anatel e do Cade no que tange ao controle de concentrações e condutas na esfera antitruste, tendo em vista a harmonização da LGT e da nova lei Antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste. Telecomunicação. Anatel. Cade.

ABSTRACT: This article describes the alterations introduced by the publication of Law 12.529, of 2011, in the analysis of the merges acts and of anti-competitive conducts in the telecommunication area. We are first going to discuss the main structural changes brought by the new Antitrust Law. In a second moment, we'll show the main

alterations that happened in the processes of mergers acts and anti-competitive conducts analysis in the Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (Antitrust Council). In the end, we'll analyze CADE's and ANATEL's competencies concerning the control of mergers acts and anti-competitive conducts in the antitrust area, considering a conciliation between General Telecommunication Law and the new Antitrust Law.

KEYWORDS: Antitrust. Telecommunication. Anatel. Cade.

INTRODUÇÃO

A Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, conhecida como nova Lei Antitruste é resultado de extensos debates realizados na esfera legislativa em torno do Projeto de Lei 3.937/2004¹. O novo diploma legal trouxe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência mudanças robustas tanto na estrutura, como nas competências e procedimentos relativos aos processos de análise de atos de concentração e apuração de condutas.

Com as mudanças aludidas, o legislador buscou dotar a Administração Pública de maior eficiência em atenção ao princípio constitucional de mesmo nome, previsto no *caput* do art.37 da CR de 1988, tendo sempre em vista o respeito às garantias e direitos constitucionais. Sabe-se que o direito Antitruste é um dos instrumentos de que dispõe o Estado para fins de intervenção no mercado e que a análise *a posteriori* dos atos de concentração prevista na Lei 8.884, de 1994, trazia alto grau de insegurança ao mercado, razão pela qual era condenada pelas melhores práticas internacionais².

As alterações introduzidas no sistema jurídico pela Lei 12.529, de 2011, aplicam-se a todos os mercados de bens e serviços sem exceção, donde se conclui que suas normas aplicam-se também o mercado de Telecomunicações regulado pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

Este artigo visa debater algumas das alterações trazidas pela nova Lei Antitruste ao mercado de telecomunicações, considerando as normas da Lei Geral de Telecomunicações – LGT, Lei 9.472, de 1997.

1 CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. Revista dos Tribunais: 2011. p.31.

2 Idem, p.37.

1 DAS ALTERAÇÕES REALIZADAS PELA LEI 12.529/2011 NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Para adequada compreensão das mudanças implementadas no SBDC pela Lei 12.529, de 2011, passamos a analisá-las separadamente em relação às instituições que integram o sistema (mudanças estruturais) e, posteriormente, as alterações materiais introduzidas nas análises dos atos de concentração e condutas contra a ordem econômica.

2 MUDANÇAS ESTRUTURAIS

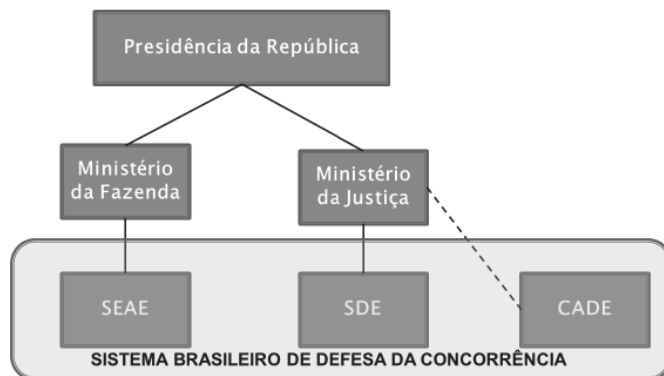
No que tange à estrutura da Administração Pública no setor antitruste, a principal alteração introduzida pela nova lei foi a consolidação das funções de investigação e julgamento dos atos de concentração e condutas de infração da ordem econômica no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

No sistema que esteve vigente durante a Lei 8.884, de 1994, as competências relativas à instrução de processos de atos de concentração e apuração de condutas anticompetitivas eram realizadas pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), respectivamente. Posteriormente, ambos os tipos de processos, uma vez instruídos, eram encaminhados ao Cade para fins de julgamento.

Da forma como desenhado, o sistema da Lei 8.884, de 1994, permitia a sobreposição de funções durante a instrução, impedindo, por exemplo, que servidores especializados na análise de determinado mercado utilizassem sua experiência em ambos os tipos de processos (atos de concentração e apuração de condutas).

Além disso, o diálogo entre SEAE e SDE era dificultado pelo fato de a primeira integrar a estrutura do Ministério da Fazenda, enquanto a segunda encontrava-se no âmbito do Ministério da Justiça. Essa fragmentação da máquina pública no que tange à instrução dos processos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência dificultava o intercâmbio de experiências e informações.

Em termos estruturais, na Lei 8.884, de 1994, o organograma do SBDC apresentava-se da seguinte forma:



Com a entrada em vigor da Lei 12.529, de 2011, as competências relativas à instrução dos processos e atos de concentração e apuração de condutas são consolidadas no âmbito do Cade. A SDE do Ministério da Justiça é extinta e suas competências são transferidas a um órgão criado no âmbito do Cade (Superintendência-Geral) para realização da instrução dos processos relativos tanto aos atos concentração quanto de apuração de condutas.

No que tange à SEAE, esta perde sua competência instrutória em relação aos atos de concentração, o que também passa a ser realizado pela Superintendência-Geral do Cade, mantendo apenas as competências relativas às funções de advocacia da concorrência.

No âmbito do novo modelo institucional, o Cade passa a ser formado por duas grandes estruturas: o Tribunal Administrativo, órgão julgante, e a Superintendência-Geral, órgão responsável pela instrução dos processos.

A nova estrutura do SBDC implementada pela Lei 12.529, de 2011, pode ser representada da seguinte forma:



A nova estrutura do SBDC congrega em um único órgão as competências de instrução e julgamento dos processos de atos de concentração, bem como daqueles que apuram eventuais infrações contra a ordem econômica, possibilitando à Administração utilizar a expertise de seus servidores em todos os processos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC materializando, em maior grau, o princípio da eficiência.

3 MUDANÇAS NA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO – IMPLEMENTAÇÃO DA ANÁLISE PRÉVIA

A principal alteração introduzida pela Lei 12.529, de 2011, em relação à análise dos atos de concentração, foi a implementação do sistema de análise prévia com alteração dos critérios de notificação e do prazo para aprovação desses atos pelo Estado.

Na vigência da Lei 8.884, de 1994, as fusões, incorporações e aquisições eram apresentadas ao Estado posteriormente à sua concretização pelas partes, desde que se enquadrassem em uma dentre duas hipóteses, quais sejam:

- (i) da operação resultasse concentração igual ou superior a 20% no mercado relevante ou,
- (ii) um dos grupos envolvidos na operação tivesse apresentado faturamento bruto igual ou superior a R\$ 400 milhões no ano anterior ao da operação no Brasil³.

3 Art.54. Os atos, sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I – tenham por objetivo, *cumulada ou alternativamente*,

a) aumentar a produtividade

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III – não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (destacamos)

Esse modelo trazia sérias dificuldades ao Cade em ambas as fases do processo: conhecimento da operação e seu julgamento. Na fase de conhecimento apresentavam-se, por exemplo, questões relativas à abrangência do termo mercado relevante em razão de sua subjetividade, fato que tornava este critério de difícil aplicação. Por hora do julgamento, não raras vezes o Cade se deparava com dificuldades na imposição de remédios para proteção da livre concorrência no mercado envolvido, em razão de esta já se encontrar materializada na realidade, muitas vezes fruto de negociações longas e complexas entre as empresas⁴.

De modo a diminuir as incertezas provocadas no mercado pelo sistema de análise posterior dos atos de concentração, no sistema de análise prévia inaugurado pela Lei 12.529, de 2011, as partes devem apresentar ao Estado a operação que pretendem realizar antes de esta se concretizar de fato, facilitando, dessa forma, a imposição de eventuais restrições necessárias à defesa da livre concorrência que se façam necessárias para proteção do ambiente concorrencial sadio.

Outro ponto positivo trazido pela nova lei foi a extinção do critério subjetivo de notificação. No novo sistema, são de apresentação obrigatória ao SBDC as fusões, incorporações e aquisições em que um dos grupos partícipes da operação tenha registrado balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país no ano anterior ao da operação equivalente ou superior a R\$ 750 milhões e o outro grupo envolvido tenha o mesmo faturamento equivalente ou superior a R\$ 75 milhões de reais⁵⁻⁶.

4 Com fins de assegurar a possibilidade de desfazimento de operações em caso de sua reprovação pelo CADE, mantendo inalteradas as condições de mercado e prevenindo a materialização de medidas posteriormente irreversíveis, o Regimento Interno da Autarquia então vigente (artigos 139 a 141), previa a possibilidade de as empresas envolvidas na operação firmarem um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação – APRO com o Plenário do Cade

5 Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, *cumulativamente*:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§ 1o Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

6 Os valores originalmente previstos pela Lei 12.529, de 2011, são de R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões, tendo sido alçados a R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões pela Portaria Interministerial do Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda nº 94, de 30 de maio de 2012.

O aumento dos valores relativos ao faturamento para fins de conhecimento da operação pelo Cade teve o condão de excluir da esfera de análise do Estado operações que, em razão de introduzirem pouca ou pequena mudança no ambiente concorrencial, ou envolverem sociedades empresárias muito pequenas, não acarretam qualquer risco ao ambiente concorrencial. Anteriormente à mudança, essas operações de pequeno porte assoberbavam a Administração Pública impedindo que parte substancial dos servidores se dedicassem à análise de casos relevantes.

Assim, conforme afirmado no início deste artigo, as alterações trazidas pela Lei 12.529, de 2011, no SBDC, tiveram o condão de dotar não só a estrutura do governo, mas também a forma de análise dos processos, de maior eficiência na defesa da livre concorrência.

Nesse sentido o entendimento do ex-Presidente do Cade Olavo Chinaglia:

A instituição do regime de análise prévia dos atos de concentração econômica, somada à mudança nos critérios legais de notificação, visa, fundamentalmente, à promoção de maior efetividade no controle de estruturas, por meio da redução no número de casos analisados (ou, de forma mais precisa, por meio do direcionamento de recursos públicos e privados para casos que tenham, de fato, algum potencial anticompetitivo) e da inversão da estrutura de incentivos aos agentes econômicos⁷⁻⁸.

Na nova sistemática, os atos de concentração deverão ser analisados e julgados pelo Cade no prazo de até 240 dias contados do protocolo da petição das partes na Autarquia ou de sua emenda⁹. O prazo para julgamento dos atos de concentração poderá ser prorrogado em duas hipóteses, quais sejam, por 60 (sessenta) dias em caso de requerimento das partes ou 90 (noventa) dias em caso de decisão fundamentada do Plenário do Cade.

7 ANDERS, Eduardo Caminati; LEOPOLDO, Pagotto; VICENTE, Bagnoli. *Nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012, prefácio.

8 Por inversão dos incentivos econômicos entende-se o fato de que na nova lei Antitruste, à medida que a concretização dos atos de concentração depende do pronunciamento do Estado, interessa às partes prover o CADE, com a maior eficiência e brevidade possíveis, de todas as informações e dados necessários à análise cabal dos impactos da operação nos mercados analisados para sua aprovação.

9 Art.88, parágrafo 2º, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

4 MUDANÇAS NA ANÁLISE DAS CONDUTAS EM FACE DA ORDEM ECONÔMICA

No que tange à apuração de condutas, a principal mudança trazida pela Lei 12.529, de 2011, ao Sistema Antitruste, foi a alteração dos critérios para aplicação das multas aos infratores da Ordem Econômica.

Enquanto na Lei 8.884, de 1994, as multas poderiam variar de 1% a 30% do valor do faturamento bruto da empresa, na Lei 12.529, de 2011, as sociedades empresárias passam a poder ser apenadas em 0,01% a 20% do faturamento bruto registrado pela empresa, *grupo ou conglomerado no ramo de atividade afetado pela conduta anticompetitiva* no ano anterior ao início das investigações.

No que tange às pessoas físicas, a lei também alterou os critérios para aplicação de multa reduzindo o percentual antigo de 10 a 50% do *valor aplicável à empresa* para 1 a 20% do mesmo valor efetivamente *aplicado à empresa*. A troca da base de cálculo, *in casu*, dota o sistema de maior razoabilidade em razão de limitar a penalidade da pessoa física a percentual sobre o que de fato foi aplicado à pessoa jurídica no caso concreto, impedindo eventual falta de correlação entre a pena aplicada a uma empresa e à pessoa física desta mesma em empresa em relação a uma mesma conduta.

A Lei 12.529, de 2011, introduziu no sistema antitruste, além das alterações substanciais acima elencadas, alterações procedimentais que aumentam a racionalidade do modelo de análise. Ao lado das duas formas de processos administrativos existentes na Lei 8.884, de 1994: Averiguações Preliminares e Processos Administrativos, a nova lei trouxe o Procedimento Preparatório.

Segundo a nova lei antitruste, o procedimento preparatório de inquérito administrativo pode ser instaurado pela Superintendência-Geral nas hipóteses em que existe dúvida acerca da competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para investigação e julgamento de determinada conduta¹⁰. Essa nova norma atende aos ditames do princípio constitucional da Eficiência,

10 Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; [...]

Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

§ 1o O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

na medida em que evita a instauração de procedimentos mais complexos sem que, prefacialmente, se tenha como certa a competência do SBDC.

5 DA ABRANGÊNCIA DAS COMPETÊNCIAS DA ANATEL E DO CADE NA VIGÊNCIA DA LEI 8.884, DE 1994

No âmbito dos mercados regulados, dentre os quais se situa o mercado de telecomunicações, o Estado atua por meio de duas instituições que, em regra, exercem competências complementares de regulação e proteção da livre concorrência.

Nesse sentido, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT estabeleceu como forma de organizar os serviços de telecomunicações que:

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Como forma de implementar a proteção da concorrência no mercado de telecom, a Lei Geral de Telecomunicações – LGT atribuiu à Anatel as competências pertinentes ao conhecimento e julgamento dos

§ 20 A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei. (destacamos).

atos de concentração, no âmbito dos artigos 71, 97 e 114, todos da LGT¹¹, assim como de repressão às práticas contra a ordem econômica no art.19 do mesmo diploma legal¹².

Antevendo a necessidade de compatibilização entre as normas da Lei Geral de Telecomunicações em matéria antitruste com a então vigente Lei 8.884, de 1994, o Decreto nº 2.338, de 1997, que tem como objeto o Regulamento da Anatel, determinou que os expedientes instaurados pela Anatel que devessem ser conhecidos pelo Cade lhe seriam diretamente encaminhados pela Anatel em observância das normas da então Lei 8.884, de 1994¹³.

Materializando a compatibilização mencionada, a Anatel editou a Resolução nº 195, de 1999, cujo objeto é a Norma nº 7/99 que cuida dos “Procedimentos Administrativos para Apuração e Repressão das Infrações da Ordem Econômica e para o Controle dos Atos e Contratos no Setor de Telecomunicações.”

Reafirmando as competências legais da Anatel previstas na LGT, a Norma nº 7/99, ao compatibilizar este diploma com a então vigente Lei 8.884, de 1994, esclareceu objetivamente que as competências legais da Anatel em matéria antitruste não incluem o julgamento dos processos, limitando-se à instrução dos feitos, senão vejamos:

11 Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

[...]

Art. 97. Dependerão 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.

[...]

Art. 114. A caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses:

I - de infração do disposto no art. 97 desta Lei ou de dissolução ou falência da concessionária; (...).

12 Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE.

13 Art.18. No exercício das competências em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, que lhe foram conferidas pelos art. 7º. § 2º, e 19, inciso XIX, da Lei nº. 9.472, de 1997, a Agência observará as regras procedimentais estabelecidas na Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994, e suas alterações, cabendo ao Conselho Diretor a adoção das medidas por elas reguladas.

Parágrafo único. Os expedientes instaurados e que devam ser conhecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE ser-lhe-ão diretamente encaminhados pela Agência.

Atos de Concentração

Art. 2.º Sem prejuízo de suas outras atribuições, é de competência da Anatel em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações:

[...]

XII - elaborar parecer sobre os atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei nº 8.884/94, que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações.

XIII - determinar o sigilo de documentos e informações, nos casos de instauração de processo administrativo, quando a lei o preveja ou o interesse público o exigir.

Repressão de Condutas contra a Ordem Econômica

Art. 2.º Sem prejuízo de suas outras atribuições, é de competência da Anatel em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica no setor de telecomunicações:

II - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica no setor de telecomunicações, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;

III - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos das averiguações preliminares;

IV - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal cabível, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

V - instaurar, de ofício ou mediante representação, processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;

VI - recorrer de ofício ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo;

VII - remeter ao CADE, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

VIII - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação, submetendo-o à aprovação do CADE, e fiscalizar seu cumprimento;

IX - sugerir ao CADE condições para a celebração de compromisso de desempenho e fiscalizar o seu cumprimento;

X - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XI - receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE que envolvam prestadora de serviço de telecomunicações e fiscalizar o cumprimento das decisões do CADE;

[...]

Assim, segundo a legislação de Telecom, a competência para julgamento da Anatel restringe-se aos atos relativos a descumprimento ou contratos que tenham como objeto norma de regulação do mercado de Telecom, cuidando à agência, nas demais hipóteses, apenas a instrução dos processos administrativos para posterior envio ao Cade para julgamento¹⁴.

14 Nesse sentido, a Norma nº 7/99 estabelece:

Art. 3.º As condutas, atos ou contratos que implicarem descumprimento de legislação ou regulamentação específica do setor de telecomunicações, de contrato de concessão, de termo de permissão ou de ato ou termo de autorização, serão julgados pela Anatel que aplicará as sanções correspondentes, não cabendo das suas decisões recurso ao CADE, segundo estabelecido pelo inciso XXV, do art. 19, da Lei n.º 9.472/97.

§ 1.º As condutas, atos e contratos mencionados neste artigo que configurem hipótese de infração à ordem econômica nos termos dos arts. 20 e 21, da Lei n.º 8.884/94, ou ato previsto no art. 54, da mesma Lei, serão submetidos, por meio da Anatel, também à apreciação do CADE, para julgamento no âmbito de sua competência.

§ 2.º É responsabilidade dos celebrantes de ato previsto no art. 54, da Lei n.º 8.884/94, solicitar, por meio da Anatel, a apreciação do CADE.

6 DA ABSORÇÃO DAS COMPETÊNCIAS INSTRUTÓRIAS DA ANATEL PELA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE NO ÂMBITO DA LEI 12.529 DE 2011

Conforme aludimos acima, a nova Lei Antitruste extinguiu a Secretaria de Direito Econômico – SDE que integrava a estrutura do Ministério da Justiça criando em seu lugar a Superintendência-Geral – SG no âmbito da estrutura do Cade.

Nos termos da nova Legislação, compete à Superintendência-Geral a elaboração de pareceres em atos de concentração, bem como a instauração e instrução de processos de condutas contra a Ordem Econômica para posterior julgamento do Cade.

Dispõe a Lei 12.529, de 2011, acerca das competências da SG:

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

I - zelar pelo cumprimento desta Lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica, podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;

III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório;

V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica;

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções;

b) requisitar esclarecimentos orais de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, na forma desta Lei;

c) realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, de estoques, objetos, papéis de qualquer natureza, assim como livros comerciais, computadores e arquivos eletrônicos, podendo-se extrair ou requisitar cópias de quaisquer documentos ou dados eletrônicos;

d) requerer ao Poder Judiciário, por meio da Procuradoria Federal junto ao Cade, mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse de inquérito administrativo ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal;

e) requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal;

f) requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação, devendo o Conselho observar as mesmas restrições de sigilo eventualmente estabelecidas nos procedimentos de origem;

VII - recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica;

VIII - remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;

IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento;

X - sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento;

XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;

XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica;

XIII - orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei;

XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;

XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão;

XVI - exercer outras atribuições previstas em lei;

XVII - prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e

XVIII - adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário.

Assim, temos que no modelo antitruste adotado pelo legislador no âmbito da Lei 12.529, de 2011, as funções públicas relativas à análise das estruturas e condutas contra a ordem econômica, eventualmente

praticadas no âmbito de todo e qualquer mercado, foram reunidas em uma mesma estrutura – Cade – com fins de potencializar a eficiência do Estado.

Neste contexto, não mais existe razoabilidade ou qualquer fundamento legal em se manter no âmbito da Anatel as competências instrutórias relativas ao controle de estruturas e condutas contra a ordem econômica. O modelo inaugurado pela Lei 12.529, de 2011, indica que estas competências foram integralmente transferidas para a Superintendência-Geral do novo Cade. No item seguinte passamos a discorrer sobre os fundamentos hermenêuticos desta conclusão.

7 DA HERMENÊUTICA SISTEMÁTICA DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES E DA NOVA LEI ANTITRUSTE EM RELAÇÃO AO SISTEMA DE ANÁLISE PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE TELECOMUNICAÇÕES

A compatibilização da LGT e da nova Lei Antitruste, trabalho que reside no campo da hermenêutica jurídica, há de buscar solução que promova o eficiente cumprimento das funções públicas pelo Estado de modo que ambos os diplomas legais – LGT e Lei Antitruste – legitimem a atuação estatal, no que tange às necessárias interferências nas esferas individuais, em respeito aos direitos e garantias individuais.

8 O PROCEDIMENTO A SER ADOTADO QUANTO A ATOS DE CONCENTRAÇÃO, PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA E AVERIGUAÇÕES PRELIMINARES CUJA OPERAÇÃO TENHA SIDO NOTIFICADA AO ESTADO ATÉ O DIA 19 DE JUNHO DE 2012

A Lei 12.529, de 2011, trouxe em suas disposições transitórias, norma de *vacatio legis*, com a finalidade de disciplinar a transição entre o sistema da Lei 8.884, de 1994, e aquele inaugurado pela nova lei. Nesses termos, a compatibilização entre a LGT e a Lei 12.529, de 2011, há de considerar esses dois momentos, quais sejam, o período de *vacatio legis* e aquele de vigência do novo diploma.

Em razão da importância das mudanças introduzidas pela nova Lei Antitruste e da necessidade de preservar direitos e garantias dos agentes de mercado sem trazer inseguranças desnecessárias ao ambiente concorrencial, o legislador dispôs no art.128 da lei que esta entraria em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

Como forma de disciplinar o assunto, buscando preservar a análise dos atos de concentração materializados na vigência da Lei 8.884, de 1994, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica disciplinou a matéria no âmbito de seu Regimento Interno nos seguintes termos;

Art. 221. Os atos de concentração submetidos à apreciação do Cade durante a vigência da Lei nº 8.884, de 1994, serão analisados conforme os procedimentos previstos naquela Lei.

§1º Deverão ser respeitados os prazos de análise previstos no art. 55 da Lei nº 8.884, de 1994.

§2º Caberá à Superintendência-Geral exercer as competências instrutórias da Secretaria de Direito Econômico – SDE, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda previstas na Lei nº 8.884, de 1994, referente à análise de atos de concentração.

§3º Serão considerados como realizados durante a vigência da Lei nº 8.884, de 1994, os atos notificados até 19 de junho de 2012. (destacamos)

Segundo a norma supratranscrita, os atos notificados até 19 de junho de 2012 serão analisados segundo a norma da Lei 8.884, de 1994, razão pela qual o procedimento a ser adotado entre Cade e Anatel não há de sofrer qualquer alteração, preservando-se para estes o procedimento previsto na Norma nº 7/99, segundo a qual os atos de concentração e eventuais processos de apuração de conduta contra a ordem econômica são instruídos pela Anatel e, posteriormente, submetidos ao Cade por esta agência para julgamento.

9 A HARMONIZAÇÃO DOS ARTIGOS DA LEI N. 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997 (LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES – LGT), QUE PERMANECEM VIGENTES, COM A LEI N. 12.529/2011

Ultrapassada a aplicação da Lei 8.884, de 1994, aos atos de concentração no setor de telecomunicações notificados ao Estado durante a *vacatio legis* da Lei 12.529, de 2011, resta-nos estudar a compatibilização das normas da Anatel previstas na LGT em face das competências atribuídas ao Cade pela Lei 12.529, de 2011.

10 COMPETÊNCIAS INSTRUTÓRIAS

A questão jurídica aludida situa-se no campo do direito intertemporal, retroativo ou transitório¹⁵ e há de encontrar solução no campo da hermenêutica jurídica de modo a concluir pela revogação ou permanência das competências instrutórias de atos de concentração bem como de apuração de condutas anticompetitivas no mercado de telecomunicações pela Anatel, após o advento da Lei 12.529, de 2011.

Acerca da compatibilização das leis, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB afirma que, não se destinando à vigência temporária, as leis são promulgadas para ter vigência até que outra as modifique ou revogue¹⁶. A forma mais comum de revogação de um diploma legal é a revogação expressa, todavia, isto não ocorreu com qualquer dos dispositivos legais da LGT, uma vez que a Lei 12.529, de 2011, em nenhum de seus artigos traz qualquer norma nesse sentido.

Segundo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, três são os casos de revogação de uma norma por outra, quais sejam:

- i) quando expressamente o declare;
- ii) quando seja com ela incompatível; ou
- iii) quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Conforme vimos, leitura da nova Lei Antitruste esclarece inexistir revogação expressa de qualquer norma da LGT. Da mesma forma, é evidente que a nova Lei Antitruste não regulou inteiramente a matéria tratada na Lei Geral de Telecomunicações de forma que resta também afastada a terceira hipótese legal de revogação.

A segunda hipótese representa a revogação tácita de um diploma legal antigo por aquele mais recente que seja com ele incompatível. Entendemos ser esta a hipótese estudada, na medida em que a Lei 12.529, de 2011, introduziu um modelo sistêmico que reuniu em um mesmo órgão as funções de instrução e julgamento dos atos de concentração e condutas contra a ordem econômica. Assim, deixou de existir fundamento suficiente à manutenção de sistema distinto em relação tão somente

15 MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000, p.389.

16 Art.2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

aos atos de concentração e condutas anticompetitivas no mercado de telecomunicações.

Sobre a racionalidade que sustentou a criação de um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência único e concentrado, posiciona-se a primeira doutrina sobre a Lei 12.529, de 2011, nos seguintes termos:

Para além de uma simples diferença terminológica, acredita-se que a utilização do termo SBDC¹⁷ revele também um reconhecimento formal por parte do legislador de que os órgãos de defesa da concorrência devem formar um sistema coeso, com mecanismos de articulação institucional bem definidos, de maneira que formem um todo coerente, e não partes desarticuladas entre si.

[...]

A exclusão da SDE do SBDC, e a consequente incorporação de parte de suas funções pelo CADE, é uma tentativa clara do legislador de reduzir a dispersão de centros decisórios em diferentes órgãos, e, assim, procurar dar maior uniformidade e consistência à ideia de sistema.

[...]

Não obstante as críticas apontadas acima, há que se reconhecer que o novo modelo institucional adotado pela Lei, ao concentrar as principais funções em um único órgão, o CADE, racionalizará as atividades e trará ganhos de eficiência e escala ao SBDC, evitando-se as repetições de funções anteriormente encontradas na Lei 8.884/1994 entre SEAE, SDE e CADE. É de se esperar, portanto, aumentos de intensidade e qualidade na aplicação da Lei a partir dos ganhos que deverão surgir com atuação do “novo-CADE”. Essa é uma das maiores novidades desta Lei.¹⁸ (destacamos)

A incompatibilidade entre os dois sistemas pode ser evidenciada, ainda, se considerarmos as mudanças procedimentais introduzidas nas análises antitrustes pela Lei 12.529, de 2011.

17 Art.3º da Lei 12.529, de 2011 – “O SBDC é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, com as atribuições previstas nesta Lei.”.

18 ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Método, 2012. p.2 e 15.

Conforme vimos acima, uma das mudanças ocorridas na análise dos atos de concentração foi a introdução do sistema de análise prévia impulsionado por prazos rígidos cujo descumprimento acarreta a aprovação tácita da operação¹⁹. Para que o Estado cumpra as novas regras, foi a estrutura do Cade incrementada com a criação de novos órgãos e cargos²⁰. A estrutura da Anatel não sofreu qualquer incremento de modo a autorizar a conclusão de que ela também daria cumprimento às novas regras e prazos. Da mesma forma, não seria razoável sustentar que os atos de concentração do mercado de telecomunicações, e somente eles, excepcionalmente, não se adequariam ao novo sistema e prazos introduzidos pela Lei 12.529, de 2011, sem norma expressa nesse sentido. Esse raciocínio é de pronto afastado por representar ofensa ao princípio ao princípio constitucional da isonomia.

Do mesmo modo, as alterações introduzidas nos procedimentos de apuração de condutas, como a criação do procedimento de inquérito administrativo, justificam que esta atribuição seja exercida com exclusividade pela Superintendência-Geral do Cade. Raciocínio em sentido contrário criaria uma exceção desautorizada em relação às condutas anticompetitivas situadas no mercado de telecomunicações em relação aos demais mercados.

Assim, no que tange aos atos de concentração notificados ao Estado depois de 19 de junho de 2012, assim como condutas perpetradas na vigência da nova Lei Antitruste, encontram-se revogadas as competências instrutórias da Anatel, com fundamento na Lei 12.529, de

19 Nesse sentido consultar Parecer nº 17/2012/PROCADE/PGF/AGU da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade.

20 Nesse sentido, a Lei 12.529, de 2011, prevê: Art. 121. Ficam criados, para exercício na Secretaria de Acompanhamento Econômico e, prioritariamente, no Cade, observadas as diretrizes e quantitativos estabelecidos pelo Órgão Supervisor da Carreira, 200 (duzentos) cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental, integrantes da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, para o exercício das atribuições referidas no art. 1º da Lei no 7.834, de 6 de outubro de 1989, a serem providos gradualmente, observados os limites e a autorização específica da lei de diretrizes orçamentárias, nos termos do inciso II do § 1º do art. 169 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Ficam transferidos para o Cade os cargos pertencentes ao Ministério da Justiça atualmente alocados no Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico, bem como o DAS-6 do Secretário de Direito Econômico. (Vide Decreto nº 7.738, de 2012)

Art. 122. Os órgãos do SBDC poderão requisitar servidores da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional para neles ter exercício, independentemente do exercício de cargo em comissão ou função de confiança.

Art. 124. Ficam criados, no âmbito do Poder Executivo Federal, para alocação ao Cade, os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS: 2 (dois) cargos de natureza especial NES de Presidente do Cade e Superintendente-Geral do Cade, 7 (sete) DAS-6, 16 (dezesesseis) DAS-4, 8 (oito) DAS-3, 11 (onze) DAS-2 e 21 (vinte e um) DAS-1.

2011 em conjunto com o art. 2º, parágrafo 1º, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

11 COMPETÊNCIA PARA ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO MERCADO DE TELECOMUNICAÇÕES – COMPETÊNCIA REGULATÓRIA

A Lei Geral de Telecomunicações criou a Anatel com fins de regular o setor de telecomunicações em atenção à Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995. Nestes termos, dotou a Agência de uma série de competências específicas no sentido de que a nova entidade fosse capaz de organizar e disciplinar o mercado de telecomunicações.

Dentre as competências vinculadas à sua atividade finalística, compete à Anatel:

Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

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.

A competência legal para aprovação prévia dos atos de concentração no mercado de telecomunicações acima transcrita em nada conflita com a competência genérica do Cade de apreciar os atos de concentração. Em verdade, essas competências se complementam, uma vez que enquanto o Cade conhece e julga os atos de concentração com fundamento na Lei Antitruste, buscando preservar a livre concorrência de mercado, a Anatel concederá ou não análise prévia para um ato de concentração tendo em vista aspectos regulatórios do setor de telecomunicações.

Nestes termos, o advento da Lei 12.529, de 2011, em nada altera a complementariedade das análises de um ato de concentração materializadas paralelamente pela Anatel – art.97 da LGT – e pelo Cade – art.88 da Lei Antitruste – uma vez que essas análises constituem, em

verdade, formas complementares de participação do Estado no mercado de telecomunicações no sentido de preservar sua dinâmica como um todo em benefício da sociedade.

Reforça este entendimento o art. 114 da LGT que prevê a decretação de caducidade do ato de concentração realizado no mercado de telecomunicações em caso de não ser concedida a aprovação prévia da Anatel²¹. Falecendo ao Cade competência para fins de concessão de direitos de exploração de telecomunicações, não poderia este, da mesma forma, pretender a decretação de sua extinção, competência que toca privativamente à Anatel nos termos do art.19 da LGT²² na condição de entidade regulatória do setor.

Ressalte-se, por oportuno, que a complementariedade entre as competências da Anatel e do Cade já era o entendimento adotado pela agência antitruste nos termos demonstrados pelo seguinte julgado:

EMENTA: Ato de Concentração. Hipótese de subsunção prevista no art.54, § 3º, da Lei nº 8.884/94 – faturamento. Aquisição, pela DR Empresas de Distribuição e Recepção de TV Ltda. (“DR”), pertencente ao Grupo Net, da totalidade do capital social da Antenas Comunitárias Brasileiras Ltda., conhecida pelo nome de fantasia Blumenau TV a Cabo (“BVT”). Taxa processual recolhida. Setor envolvido. Serviços Essenciais de Infraestrutura, Telecomunicações. Mercado de TV por assinatura em Blumenau/SC. *Operação ocorrida em 2000 e notificada ao SBDC em 2006, por determinação do CADE após processo administrativo. Competência do CADE. Operação intempestiva. Prescrição da multa por intempestividade. Obrigatoriedade de notificação e análise pelo CADE imprescritível. Decisão da ANATEL pela aprovação com restrições consubstanciadas na cisão e alienação da firma fusionada. Utilização de dados da época da operação. Alteração do cenário concorrencial desde 2000. Ausência de prejuízos atuais à concorrência superiores aos patamares pré-operação. Alterações legais e regulatória visando uma maior abertura do mercado de TV por assinatura. Aprovação sem restrições.* (destacamos)²³

21 Art. 114. A caducidade da concessão será decretada pela Agência nas hipóteses:

I - de infração do disposto no art. 97 desta Lei ou de dissolução ou falência da concessionária; [...]

22 Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

V - editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público; [...].

23 AC nº 53500.028086/2006. Relator Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

Nestes termos, a Anatel manteve a competência para a instrução e decisão dos pedidos de anuência prévia, de cunho prioritariamente regulatório após o advento da nova Lei Antitruste, permanecendo ambas as agências a atuarem de forma complementar em busca da manutenção do equilíbrio do mercado de telecomunicações.

Ao final deste item, vale ressaltar que, considerando que ambas as agências – Anatel e Cade – possuem competências para análise de questões concorrenciais relativas ao mercado de Telecomunicações, é importante que os procedimentos de anuência prévia da Anatel e julgamentos dos atos de concentração pelo Cade sejam objeto de coordenação em algum grau, de modo a diminuir a fragmentariedade da atuação estatal impedindo a emissão de decisões contraditórias no âmbito da Administração Pública.

Vale ressaltar, sob este aspecto, que a nova Lei Antitruste prevê em seu art.65, inc.I²⁴, que da decisão de aprovação de um ato de concentração em mercado regulado pela Superintendência-Geral do Cade, é possível a interposição de recurso para o Tribunal por parte da Agência Reguladora, prerrogativa que será melhor exercida em prol da tutela coletiva no mercado relevante de Telecom, por meio da integração dos procedimentos.

12 O PROCEDIMENTO A SER ADOTADO INTERNAMENTE PELA ANATEL ANTE AS DEMANDAS QUE EVENTUALMENTE RECEBER DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) PARA INSTRUÇÃO DOS PROCESSOS QUE ENVOLVAM O SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

No intuito de dotar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica de instrumentos que permitam o exercício eficiente de suas competências legais nos exíguos prazos assinados para ultimação das análises concorrenciais, a Lei 12.529, de 2011, previu:

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei:

[...]

24 Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei:

I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora; [...].

XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e

“Art. 11. Compete aos Conselheiros do Tribunal:

[...]

III - requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, a serem mantidos sob sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias;“

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:

[...]

VI - no interesse da instrução dos tipos processuais referidos nesta Lei:

a) requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal, quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções; (destacamos).

Assim, caso entenda necessário à instrução dos processos relativos aos atos de concentração e apuração de conduta em face da ordem econômica, poderá o Plenário do Tribunal, qualquer dos Conselheiros do Tribunal ou a Superintendência-Geral do CADE, requisitar informações da Anatel. Para que cumpram sua finalidade, por óbvio tais informações não de ser prestadas pela Anatel em prazo hábil a permitir sua utilização a tempo e modo pelo Cade.

Nesse sentido, é salutar que Cade e Anatel iniciem diálogo no sentido de estabelecer qual seria o prazo razoável para que a segunda agência encaminhe à primeira eventuais informações solicitadas. Contudo, reitera-se que ambas as agências devem acordar este e outros pontos relativos aos procedimentos necessários à quebra da fragmentariedade da máquina pública.

13 CONCLUSÃO

A publicação da Lei 12.529, de 2011, conhecida como nova lei antitruste trouxe mudanças robustas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com reflexos em todos os mercados relevantes de bens e serviços, dentre os quais o mercado de telecomunicações.

Cuidando-se o mercado de TSeicom de ambiente regulado, Cade e Anatel atuam de forma complementar materializando, dessa forma, a participação do Estado autorizada pela Constituição no artigo 174. O sistema da complementariedade não sofreu qualquer alteração com o advento da Lei 12.529. Assim, ambas as agências guardaram sua competência regulatória na esfera concorrencial. Todavia, enquanto Cade possui competência genérica para preservação da livre concorrência de mercado e julgamento de práticas anticompetitivas, a Anatel irá autorizar previamente os atos de concentração e julgar práticas anticompetitivas no setor de telecomunicações tendo em vista o direito regulatório do setor.

Considerando-se que a Lei 12.529 de 2011 foi publicada para entrar em vigor tão somente 180 dias após sua publicação oficial, é importante que até a data de entrada em vigor da nova lei sejam mantidos os procedimentos anteriormente utilizados entre Cade e Anatel para julgamento dos atos de concentração e condutas anticompetitivas no setor de telecom. Assim, permanecem vigentes a Norma nº 7/1999 objeto da Resolução nº 195/1999 para os atos de concentração e condutas materializados na vigência da Lei 8.884, de 1994. No que tange aos processos relativos a atos de concentração e condutas praticados na vigência da nova Lei Antitruste, deixa a Anatel de ser competente para a instrução dos processos anteriormente ao julgamento do Cade em razão da consolidação de ambas as funções – instrução e julgamento – na segunda agência em decorrência da criação da Superintendência-Geral.

REFERÊNCIAS

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinícius Marques. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo. *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: A lei 12.529/2011 comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 dez 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BRASIL. Lei Federal nº 4657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 27mar. 2013.

A ABRANGÊNCIA DA REGRA CONTIDA NO § 2º DO ART. 108 DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES - LGT E A APLICAÇÃO DO FATOR DE TRANSFERÊNCIA X NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

*THE SCOPE OF THE RULE IN § 2º OF ART. 108 OF THE GENERAL
LAW OF TELECOMMUNICATIONS - GLT AND APPLICATION OF
TRANSFER FACTOR X*

Danielle Félix Teixeira

*Procuradora Federal na Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL
Especialista em Direito Constitucional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Alcance da norma prevista no § 2º do art. 108 da LGT; 2 Nova metodologia proposta para o cálculo do Fator X. Utilização do Valor Econômico Agregado – VEA; 3 A nova redação do artigo 86 da LGT. 4 Conclusão. 5 Referências.

RESUMO: O artigo tem por finalidade analisar o alcance e a abrangência da regra contida no § 2º do art. 108 da LGT, aplicável aos contratos de concessão de serviço de telecomunicações, especialmente no tocante ao compartilhamento dos ganhos econômicos advindos da eficiência empresarial e de novas receitas alternativas, bem como examinar quais os efeitos provocados pela utilização do Valor Agregado Econômico – VEA na metodologia do cálculo do Fator de Transferência X.

PALAVRAS-CHAVES: Concessão. Regulação. Compartilhamento dos Ganhos Econômicos. Eficiência Empresarial. Receitas Alternativas. Fator de Transferência X. Metodologia de Cálculo. Valor Agregado Econômico – VEA.

ABSTRACT: The article is intended to analyze the scope and breadth of the rule in § 2º of art. 108 of GLT, applicable to contracts granting telecommunications service, especially with regard to the sharing of economic gains arising from business efficiency and new revenue alternatives, and also examine what effects caused by the use of Economic Value Added - EVA on the methodology of calculation of Transfer Factor X.

KEYWORDS: Concession Regulatory. Sharing of Economic Gains. Business Efficiency. Revenue Alternatives. Transfer Factor X. Calculation Methodology. Economic Value Added - EVA.

INTRODUÇÃO

O artigo 108, §2º, da Lei nº 9.472/97, Lei Geral de Telecomunicações – LGT, determina que os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas, devem ser compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Com vistas a atender esse enunciado, a Agência aprovou a Norma da metodologia para cálculo do fator de transferência “X”, aplicado nos reajustes de tarifas do serviço telefônico fixo comutado, destinado ao uso do público em geral – STFC (Regulamento anexo à Resolução nº 507, de 16 de julho de 2008). Esse é o mecanismo responsável pelo compartilhamento dos ganhos econômicos, conforme previsto na LGT.

Ocorre que, como essa norma encontra-se em processo de revisão, esta é uma ocasião propícia para reexaminar os conceitos e as metodologias de cálculo utilizados no compartilhamento desses ganhos econômicos.

Vale explicitar que, conforme orienta a literatura econômica, a fórmula de reajuste de preços, o que engloba o cálculo do Fator X, deve ser revisada de tempos em tempos para que as tarifas estejam em consonância com a atual estrutura de custos e despesas da concessionária e garantam a eficácia do mecanismo de incentivo, preservando a viabilidade do negócio e o compartilhamento dos ganhos decorrentes da nova estrutura de custos/despesas com os usuários.

Utilizando-se desse raciocínio, as regras de reajuste do regime de preços das tarifas do STFC devem ser constantemente aperfeiçoadas para que o mecanismo regulatório adotado continue propiciando uma exploração eficiente do serviço, bem como o respectivo compartilhamento de ganhos, sem desconsiderar a aplicação de um sistema de otimização de custos, a estrutura de custos e despesas operacionais vigentes e a adequada remuneração do capital.

A metodologia de cálculo do Fator de Transferência X – que entra na fórmula de cálculo do reajuste – deve ser aprimorada de forma a preservar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Em decorrência desse processo de revisão, uma nova proposta de cálculo do Fator X foi submetida à Consulta Pública nº 39, de 18 de julho de 2011, onde recebeu 124 contribuições pelo Sistema Interativo de Acompanhamento de Consulta Pública - SACP, além das contribuições enviadas por carta, fax ou correspondência eletrônica. Foi, ainda, realizada uma audiência pública sobre o assunto em Brasília/DF.

O novo modelo proposto estabelece que o compartilhamento dos ganhos econômicos decorrentes da eficiência das empresas deve

ser mensurado através de uma variável que mede o lucro econômico, representado pelo lucro operacional das empresas descontados os impostos e o custo de capital.

O novo Fator de Transferência passa a ser calculado utilizando-se a métrica do Valor Econômico Agregado (EVA), que considera além da previsão do lucro contábil, obtido pela diferença entre a previsão de receitas e despesas operacionais, a previsão de custo do capital empregado.

Em suma, a nova proposta de Norma do Fator X, estabelece que:

- a) o novo Fator de Transferência será calculado utilizando-se a métrica do Valor Econômico Agregado (EVA), que considera além da previsão de lucro contábil, obtido pela diferença entre a previsão de receitas e despesas operacionais, a previsão de custo do capital empregado;
- b) Será realizada a previsão do EVA da concessionária para cada modalidade de prestação do STFC, para os próximos cinco anos (dois e três anos);
- c) Será utilizada uma visão *forward-looking* e aplicada uma métrica que considera a previsão de receitas, despesas e remuneração de capital, com fundamento na literatura especializada;
- d) Emprego de metodologia baseada na separação contábil das concessionárias para cada modalidade de prestação do STFC;
- e) Previsão de Receita Operacional Líquida por meio de estimativa de dados físicos obtidos na previsão da demanda;
- f) Previsão da demanda calculada conforme evolução do mercado informada pelas concessionárias, evolução histórica do setor, resultados do planejamento da Agência, alterações regulamentares, e efeitos da elasticidade;
- g) Estimativa de Custos Operacionais Otimizados pela aplicação de sistema de otimização de custos que utiliza métodos de *benchmarking* sob uma abordagem *top-down*, para selecionar a medida de desempenho de referência que será utilizada como parâmetro para a referida otimização;
- h) Obtenção do fator de produtividade Otimizado através da aplicação do método de Newton-Raphson para cada concessionária e para cada modalidade de prestação do STFC;

- i) aplicação de fator de compartilhamento, que garante o compartilhamento dos ganhos econômicos com os usuários;
- j) Obtenção do custo de capital estimado pelo produto da estimativa de Base de remuneração pelo Custo Médio Ponderado de capital (CMPC) do ano de cálculo do fator X.

Nesse ínterim, surgiu um questionamento sobre o alcance da regra prevista no art. 108 da Lei Geral de Telecomunicações, particularmente no que concerne à abrangência do compartilhamento e à legalidade do compartilhamento de ganhos econômicos que não decorram exclusivamente de produtividade.

Cumprе destacar que a matéria tratada na proposta em análise é, em grande parte, composta por aspectos técnicos e eminentemente econômicos. Contudo, é forçoso notar que mesmo aspectos técnicos e econômicos frequentemente guardam estreita interface com conceitos, regras e princípios jurídicos que necessitam de interpretação. É sobre esse contato interdisciplinar que esse trabalho deterá suas atenções.

Tento em conta a interdisciplinaridade inerente à regulação econômica, em que conceitos jurídicos e econômicos se imiscuem, é relevante examinar as premissas que dão sustentação ao modelo proposto, sem adentrar no estudo da metodologia propriamente dita.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo fixar o sentido do § 2º do art. 108 da LGT e examinar a legalidade da proposta de inclusão da métrica do Valor Econômico Agregado (VEA) na metodologia do cálculo do Fator de Transferência X – Fator X.

1 ALCANCE DA NORMA PREVISTA NO § 2º DO ART. 108 DA LGT

O questionamento que se apresenta gira em torno de qual interpretação deve ser dada ao art. 108 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT, especificamente no que tange ao compartilhamento de ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas.

Cumprе destacar que o órgão competente para deliberar e decidir sobre a interpretação do mencionado dispositivo é o Conselho Diretor da ANATEL. Com efeito, o artigo 19, inc. XVI, da LGT estabelece que compete à Agência deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos. A Anatel, valendo-se de seu poder normativo e regulamentar, é responsável pelo desenvolvimento de conceitos,

métodos e metodologias a serem aplicadas no âmbito do setor de telecomunicações (art. 19 da LGT).

À Procuradoria Federal Especializada junto à ANATEL – PFE-ANATEL cabe o papel de auxiliar o Conselho Diretor na tarefa de interpretar a legislação de telecomunicações, fornecendo-lhe subsídios jurídicos que serão indispensáveis para conferir segurança e precisão às deliberações da Agência (art. 57, IV e V, do Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997).

Vale destacar que nem sempre os conceitos e metodologias extraídos de outras fontes, ou outros modelos congêneres, poderão ser empregados pelo órgão regulador, sem que antes sofram profunda adequação, levando em conta que o Setor de Telecomunicações conta com características únicas e com diversas peculiaridades, o que o torna diferente dos demais.

Interpretar é determinar o significado de texto ou de lei; traduzir ou verter de uma língua para outra. Para Carlos Maximiliano¹, a hermenêutica jurídica é a teoria científica que tem por objeto “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito”.

Em sendo assim, a Anatel deve fixar o sentido do art. 108, para que não reste qualquer dúvida quanto à sua dimensão e quanto ao seu alcance. Vale lembrar que essa análise deve abarcar todo o conjunto de normas a respeito da matéria, e não apenas o dispositivo em tela.

É verdade que a interpretação gramatical não pode ser abandonada, sob pena de se sacrificar a segurança jurídica. Contudo, outros processos de interpretação devem ser utilizados, tais como o lógico, o sistemático, o teleológico e o histórico-evolutivo.

A interpretação sistemática consiste em comparar o dispositivo sujeito à interpretação, com outros do mesmo ordenamento ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por meio dessa técnica, o intérprete não pode esquecer que os dispositivos legais se interdependem e se interrelacionam, vez que as fontes formais (no caso a lei) do direito devem ser analisadas em conexão e, de forma nenhuma, tal análise pode ser efetivada de modo isolado.

Dentre as interpretações possíveis, a Anatel deve selecionar a mais razoável, transparente, estável, objetiva, adequada, consistente e aderente à realidade do setor de telecomunicações e com os objetivos de interesse público estabelecidos pelo art. 2º da LGT. É conveniente, ainda, que essa análise esteja plenamente motivada e embasada na doutrina especializada e na literatura econômica.

1 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 1.

Para fixar o alcance da norma em estudo, é importante analisar as disposições contidas nas leis, em especial na LGT, no Decreto nº 4.733, de 10 de junho de 2003, no Contrato de Concessão do Serviço, e na regulamentação do setor.

O art. 108 da LGT estipula que:

Art. 108. Os mecanismos para reajuste e revisão das tarifas serão previstos nos contratos de concessão, observando-se, no que couber, a legislação específica.

§ 1º A redução ou o desconto de tarifas não ensejará revisão tarifária.

§ 2º Serão compartilhados com os usuários, nos termos regulados pela Agência, os ganhos econômicos decorrentes da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas.

§ 3º Serão transferidos integralmente aos usuários os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial, em casos como os de diminuição de tributos ou encargos legais e de novas regras sobre os serviços.

§ 4º A oneração causada por novas regras sobre os serviços, pela álea econômica extraordinária, bem como pelo aumento dos encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda, implicará a revisão do contrato.

De início, é relevante destacar que os mecanismos de revisão e de reajuste das tarifas são utilizados para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a impedir o enriquecimento imotivado de qualquer das partes, seja o Poder Público, seja a concessionária ou sejam os usuários.

O §2º do art. 108 trata do compartilhamento, com os usuários, dos ganhos econômicos que decorram da modernização, expansão ou racionalização dos serviços, bem como de novas receitas alternativas, que é efetivado por meio da aplicação do “Fator X” (índice redutor de tarifa). Já o §3º dispõe sobre o repasse integral aos usuários dos ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência empresarial (revisão). Em síntese, a empresa pode ter dois ganhos econômicos: o que decorre de sua eficiência e o que não decorre de sua eficiência. O primeiro deve ser compartilhado e o segundo deve ser integralmente repassado.

O §2º contém 4 núcleos que devem ser investigados, sob o prisma da prestação do serviço, quais sejam, “modernização”, “expansão”, “racionalização”, e “novas receitas alternativas”.

O conceito de modernização está atrelado à ideia de evolução tecnológica ou progresso tecnológico. Por meio desses avanços, os equipamentos são simplificados e barateados, podendo inclusive gerar maiores receitas. Assim, os custos das concessionárias são reduzidos e sua rentabilidade aumentada.

O conceito de expansão tem ligação com a ideia de ganho de escala (aumento do consumo do serviço ou do número de assinantes); e o conceito de racionalização traz a ideia de otimização dos processos produtivos e dos custos, com possibilidade de economias de escopo, sobretudo após a nova redação dada pela Lei nº 12.485/2011 ao art. 86 da LGT.

Por fim, o termo “novas receitas alternativas” está relacionado à geração de novas receitas, levando em conta que a concessionária pode obter outras fontes de rendimento além daquelas previamente descritas no contrato de concessão. Desse modo, se a concessionária obtém novos ganhos, provenientes de outras fontes, que não foram contabilizados, por ocasião da fixação da tarifa teto, deve compartilhá-los com os usuários, sob pena de enriquecimento imotivado e de ofensa ao princípio da modicidade tarifária.

Portanto, o compartilhamento previsto no §2º mostra-se bastante amplo, já que incorpora diversos núcleos e conceitos distintos, que não se resumem aos usualmente denominados ganhos de produtividade. Através da aposição desses núcleos, fica clara a intenção do comando legal de expandir o conceito, e não de restringi-lo. Assim, e tendo em vista a necessidade de atribuir concretude aos conceitos enumerados pela lei, mostra-se inevitável defender a tese que utiliza como parâmetro o dever de compartilhamento de todos os ganhos econômicos da concessão, inclusive aqueles advindos da eficiência empresarial e da geração de novas receitas.

Interessante observar que o uso da locução “ou” no § 2º deixa evidente que os ganhos econômicos advindos de cada um dos fatores mencionados no dispositivo devem ser considerados, inclusive de forma isolada. Dessa forma, conclui-se que a finalidade legal não foi restringir o referido conceito aos ganhos de produtividade.

Repise-se, o uso do “ou” indica que pode haver expansão sem aumento de produtividade; em outras palavras, que pode haver ganhos econômicos oriundos de uma expansão calcada apenas em expansão natural da base de clientes, sem que tenha existido incremento na relação entre quociente produzido e fator de produção (produtividade). Da mesma maneira, a título exemplificativo, é possível que haja ganhos econômicos decorrentes exclusivamente de receitas alternativas, sem que isso implique aumento da produtividade.

Como se observa, o ganho econômico a que se refere o art. 108, § 2º, da LGT, não se restringe ao que usualmente se denomina de ganho de produtividade. Ora, para que fosse possível interpretar o contrário, ter-se-ia que admitir que o mencionado dispositivo legal contém palavras inúteis, as quais deveriam ser esquecidas para se obter o fim de reduzir o conceito legal de “ganho econômico” a “ganho de produtividade”. Não sendo possível ao intérprete ignorar texto de lei, percebe-se que não há como defender a tese reducionista. Não há como deixar de interpretar que existam ganhos econômicos oriundos de novas receitas alternativas, que devem ser compartilhados, da mesma forma como não se pode enquadrar todos esses ganhos econômicos como sendo ganhos de produtividade.

Demais disso, o certo é que o concessionário não deve ser premiado em função de um desempenho ineficiente ou pouco eficiente. O serviço deve ser prestado de forma adequada e remunerado de acordo com a eficiência empregada. Incentiva-se, assim, que a concessionária atue de modo eficiente, ou seja, que ela seja instada a gerar novas receitas alternativas, de sorte que, quanto mais isso ocorrer, mais recompensada ela será financeiramente.

Afinal, o próprio contrato de concessão direciona a atuação da concessionária no sentido de que ela aproveite as oportunidades existentes no mercado, inclusive as referentes à expansão, ampliação e incremento da prestação do serviço. Tanto que, nos termos da sua cláusula 13.1, § 1º, inciso IV, prejuízos decorrentes da incapacidade da concessionária de aproveitar tais oportunidades são excluídos da garantia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato². Na mesma linha é que não se procederá à revisão tarifária em favor da concessionária quando o equilíbrio contratual puder ser atingido pela geração de receitas alternativas³, e que não se permitirá o enriquecimento imotivado da concessionária decorrente da apropriação de ganhos econômicos não advindos diretamente de sua eficiência empresarial⁴.

² § 1º A Concessionária não será obrigada a suportar prejuízos em decorrência do presente Contrato, salvo se estes decorrerem de algum dos seguintes fatores:

[...]

IV - da sua incapacidade de aproveitar as oportunidades existentes no mercado, inclusive no atinente à expansão, ampliação e incremento da prestação do serviço objeto da concessão.

³ Cláusula 13.4. Não será aplicável a revisão de tarifas quando ficar caracterizado que os impactos motivadores do pedido por parte da Concessionária puderem ser neutralizados com a eficiente exploração do serviço, pela expansão do mercado ou pela geração de receitas alternativas ou complementares associadas ao objeto do presente Contrato, observadas as condições competitivas verificadas no momento.

⁴ 13.1. [...] § 2º É vedado o enriquecimento imotivado da Concessionária decorrente:

I - da apropriação de ganhos econômicos não advindos diretamente da sua eficiência empresarial, em especial quando decorrentes da edição de novas regras sobre o serviço; e

A produtividade é entendida como a relação entre as quantidades de seus produtos e insumos. Ocorre que é possível que uma empresa maximize seu lucro mesmo diante do aumento do Custo Médio, visto que enquanto o preço (ou tarifa) for superior ao Custo Marginal da expansão a empresa terá incentivo para aumentar a oferta, de modo a obter aumento de lucratividade mesmo que acompanhada de perda de produtividade.

Deste modo é preciso que os instrumentos regulatórios não gerem efeitos negativos sobre a eficiência da concessão. No caso concreto, uma regra de compartilhamento baseada somente nos ganhos de produtividade poderia fazer com que a concessão postergasse iniciativas de redução de custos em favor de investimentos que, na inexistência da referida regra, não seriam considerados eficientes, simplesmente pelo fato de que os ganhos decorrentes desta estratégia não seriam compartilhados.

Apenas deve ser estimulado o resultado positivo que não decorra de atuação imprudente e ineficiente, pois, caso não fosse assim, o órgão regulador estaria incentivando que a concessionária lucrasse mesmo sendo ineficiente, o que é contrário aos princípios constitucionais, legais e contratuais pertinentes à Concessão de STFC. Em verdade, a ineficiência, ao menos no médio prazo, tende a levar a empresa a situações desastrosas. Assim, tendo em vista a competência da Anatel, com base no art. 19, inciso VI, da LGT, de gerenciar os contratos de concessão, só resta mesmo estimular nas concessionárias a busca incessante pela atuação eficiente.

Se, contudo, mesmo com os estímulos regulatórios, a concessionária não atua de forma eficiente, não pode o usuário arcar com os custos desse serviço prestado de forma ineficiente. Nessa perspectiva, permitir que os ganhos econômicos de uma empresa obtidos em detrimento de padrões adequados de produtividade sejam integralmente embolsados pela concessionária equivaleria a um incentivo à ineficiência, o que não pode ser concebido. Essa é mais uma razão para que se afaste a tese reducionista do conceito de “ganhos econômicos”, passando-se a compreendê-lo segundo a métrica do Valor Econômico Agregado – conforme já exposto.

Portanto, o órgão regulador deve promover incentivos para que as concessionárias otimizem cada vez mais seus custos, sejam cada vez mais produtivas, invistam cada vez mais em inovações tecnológicas e busquem sempre auferir novas receitas, aproveitando todas as oportunidades que o mercado ofereça e a regulamentação permita.

As atuais regras jurídicas e econômicas pertinentes ao regime tarifário nos contratos de concessão do STFC constituem uma vertente do regime de regulação por incentivos. Sua finalidade principal é a busca de eficiência, de qualidade na prestação do serviço e da modicidade tarifária.

A LGT, em seu art. 103, estabelece que a fixação, o reajuste e a revisão das tarifas poderão basear-se em valor que corresponda à média ponderada dos valores dos itens tarifários, recepcionando o modelo de “cesta tarifária”. Assim, durante a reestruturação do setor de telecomunicações, adotou-se o regime tarifário de teto de preços ou *price cap*.

O principal objetivo da regulação baseada em incentivos, do tipo *price cap*, é produzir fortes estímulos para redução de custos e inovações tecnológicas, de forma a aumentar a eficiência e a produtividade das empresas.

No que pertine ao tema, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), em seu documento de trabalho nº 33, esclarece que:

1.2 A regulação tarifária pelo preço-teto (price cap)

[...]

Esta regulação é um mecanismo com dois componentes principais. Primeiro uma regra de reajuste dos preços determinados em contrato através de um indexador baseado em algum índice geral de preços, frequentemente um índice de preços ao consumidor, descontado um fator de produtividade (fator X), que corresponderia ao estímulo para redução dos custos operacionais da firma regulada. Segundo, em períodos pré-fixados, uma revisão tarifária, cuja intenção consiste em determinar e rever o custo de capital das indústrias de serviços públicos bem como os custos operacionais, readequando o nível das tarifas a mudanças mais estruturais que não foram corrigidas pela regra de reajuste.

As principais motivações do regime de preço-teto consistem nos seguintes aspectos: (i) como a redução de custos é apropriada pela firma regulada, até o próximo período de revisão tarifária, há enormes incentivos para redução dos custos de produção e aumento da inovação tecnológica das empresas reguladas, ou seja, há um estímulo à eficiência produtiva; (ii) o custo regulatório seria reduzido nos períodos entre as revisões tarifárias, visto que caberia ao regulador aplicar a fórmula de preço-teto, cuja principal dificuldade seria definir o fator X; (iii) levando-se em conta que as firmas possuem múltiplos serviços, este método permite controlar os preços somente daqueles serviços em que a empresa atua como monopolista. Assim, propicia-se a introdução de concorrência nos demais serviços.

[...]

Em terceiro lugar, o regime de preço-teto é preponderantemente *forward-looking*, isto é, o fator X é estimado com base em projeções futuras sobre a melhoria na produtividade. De fato, esta característica é uma das mais importantes, pois cabe ao regulador um papel crucial na indução dos aumentos de produtividade de um determinado setor.

Por fim, faz-se mister enfatizar a promoção da concorrência nos setores regulados tendo em mente que:

A obrigação de promover a concorrência não pode ser tomada isoladamente. O regulador necessita levar em conta uma variedade de considerações econômicas, sociais e políticas. Especificamente, ele tem a obrigação de assegurar o financiamento das atividades concedidas e proteger o interesse dos consumidores. Na maioria das situações, políticas (microeconômicas) distintas serão indicadas. (Beesley e Littlechild, p. 465. Tradução livre)

Uma das principais tarefas do regulador consiste em avaliar a extensão da concorrência em um mercado que, basicamente, depende da sua contestabilidade. Ora, a diferença do arcabouço econômico entre os regimes de preço-teto e por taxa interna de retorno é que o primeiro não toma como um dado as condições de entrada (funções de custos e de demanda, por exemplo), e leva em conta que elas são mutáveis e como elas podem ser alteradas através da dinâmica dos mercados. Em outras palavras, o mecanismo de preço-teto, ao não assumir como parâmetros conhecidos as especificações das funções de custo e de demanda, permite (re)avaliações do grau de concorrência de determinados segmentos, das hipóteses acerca das novas empresas entrantes (concorrência potencial) e da possibilidade de atendimento de novos mercados. Em suma, a política regulatória imbuí-se dos benefícios sociais advindos da concorrência.

Por sua vez, o art. 7º, inc. II, do Decreto nº 4.733/2003, dispõe que:

Art. 7º A implementação das políticas de que trata este Decreto, quando da regulação dos serviços de telefonia fixa comutada, do estabelecimento das metas de qualidade e da definição das cláusulas dos contratos de

concessão, a vigorarem a partir de 1º de janeiro de 2006, deverá garantir, ainda, a aplicação, nos limites da lei, das seguintes diretrizes:

[...]

II - a definição do reajuste das tarifas de público será baseada em modelo de teto de preços com a adoção de fator de produtividade, construído mediante a aplicação de sistema de otimização de custos a ser implementado pela agência reguladora.

Esse dispositivo legal fixou diretrizes que devem ser observadas pela Agência. Dentre as obrigações, consta a de *implementar um modelo de reajuste de tarifas de público, baseada em um modelo de teto de preços, com adoção de um fator de produtividade, que contenha a aplicação de um sistema de otimização de custos*.

No que tange ao assunto, o Contrato de Concessão do STFC, estabelece o seguinte:

Capítulo XII - Do Reajustamento das Tarifas

Cláusula 12.1. A cada intervalo não inferior a 12 (doze) meses, por iniciativa da Anatel ou da Concessionária, observadas as regras da legislação econômica vigente, as tarifas constantes do Plano Básico do Serviço Local – Anexo nº 03, poderão ser reajustadas mediante a aplicação das seguintes fórmulas:

[...]

§ 1º Para o período de 1º de janeiro de 2006 a 31 de dezembro de 2007, o fator de transferência X será estabelecido pela Anatel com base em metodologia simplificada que inclua, dentre outros, os dados físicos e econômicos referentes aos produtos assinatura mensal e minuto de utilização, bem como aos fatores materiais, pessoal, serviços e depreciação.

§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2008, o fator de transferência X será estabelecido pela Anatel com base em metodologia que considere a otimização dos custos de prestação do serviço, nos termos da regulamentação.

§ 3º Caso o valor resultante do cálculo do fator de transferência X seja negativo, será adotado para o mesmo o valor 0 (zero).

[...]

§ 7º Novos critérios de acompanhamento tarifário, inclusive valores dos fatores de transferência, poderão ser estabelecidos pela Anatel quando da alteração deste Contrato, nos termos da Cláusula 3.2., considerando as condições vigentes à época.

[...]

Capítulo XIII - Da Proteção da Situação Econômica da Concessionária e da Revisão das Tarifas

Cláusula 13.1. Constitui pressuposto básico do presente Contrato a preservação, em regime de ampla competição, da justa equivalência entre a prestação e a remuneração, vedado às partes o enriquecimento imotivado às custas de outra parte ou dos usuários do serviço, nos termos do disposto neste Capítulo.

§ 1º A Concessionária não será obrigada a suportar prejuízos em decorrência do presente Contrato, salvo se estes decorrerem de algum dos seguintes fatores:

I - da sua negligência, inépcia ou omissão na exploração do serviço;

II - dos riscos normais à atividade empresarial;

III - da gestão ineficiente dos seus negócios, inclusive aquela caracterizada pelo pagamento de custos operacionais e administrativos incompatíveis com os parâmetros verificados no mercado; ou

IV - da sua incapacidade de aproveitar as oportunidades existentes no mercado, inclusive no atinente à expansão, ampliação e incremento da prestação do serviço objeto da concessão.

§ 2º É vedado o enriquecimento imotivado da Concessionária decorrente:

I - da apropriação de ganhos econômicos não advindos diretamente da sua eficiência empresarial, em especial quando decorrentes da edição de novas regras sobre o serviço; e

[...]

Como se vê, o contrato obsta a apropriação pela Concessionária de ganhos econômicos não advindos diretamente da sua eficiência empresarial. Assim, é possível afirmar que todos os ganhos econômicos que não decorram diretamente da eficiência devem ser integralmente repassados aos usuários, o que está em consonância com a disposição contida no § 3º do art. 108 da LGT. *Por outro lado, os ganhos econômicos oriundos da eficiência empresarial devem ser compartilhados com os usuários, nos termos do § 2º do mesmo art. 108.*

Em 2008, a Anatel aprovou a Norma da Metodologia para Cálculo do Fator de Transferência X, aplicado nos reajustes de tarifas do Serviço Telefônico Fixo Comutado, destinado ao uso do público em geral – STFC, anexa à Resolução nº 507/2008. Esta Norma teve por objetivo estabelecer os critérios e a metodologia de cálculo do Fator de Transferência X, previsto nas regras contratuais de reajuste de tarifas das modalidades do STFC, conforme o §2º da Cláusula 12.1 dos Contratos de Concessão do STFC, vigentes a partir de 1º de janeiro de 2006, em cumprimento ao artigo 7º, inciso II, do Decreto n.º 4733, de 10 de junho de 2003.

Posteriormente, o art. 86 da LGT foi alterado pela Lei nº 12.485/2011, passando a ter a seguinte redação:

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

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

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

O inciso I trata, justamente, do compartilhamento dos ganhos de eficiência.

No regime de teto de preços, as tarifas poderão sofrer alteração em dois momentos distintos: nos reajustes e nas revisões tarifárias. Contudo, levando em conta que, após a fixação da tarifa, as empresas continuam ganhando eficiência ao longo do tempo, é preciso realizar alguns ajustes para que parte desses ganhos sejam repassados aos usuários (reajuste). O mecanismo utilizado para esse repasse é o Fator X, que é o índice redutor da tarifa.

O reajuste ordinário aplicado ao valor das tarifas (atualmente, em períodos não inferiores a doze meses) considera basicamente dois elementos: (i) um indexador que se destina a preservar o valor real da tarifa; e (ii) o Fator de Transferência X, que atua como um redutor do reajuste tarifário.

O conceito de Fator de Transferência X (Fator X) está definido no Regulamento aprovado pela Resolução nº 507/2008. Segundo consta do regulamento, Fator de Transferência X (Fator X) é o fator que permite o compartilhamento entre concessionária e usuários dos ganhos econômicos a que se refere o § 2º do art. 108 da Lei n.º 9.472, de 1997.

É importante destacar que, novamente, o Regulamento associa o Fator X ao compartilhamento de ganhos econômicos, e não de ganhos oriundos exclusivamente da produtividade. Assim, não é possível afirmar que o vigente Fator X se destina a capturar *apenas* os ganhos de produtividade.

Quanto ao tema, interessante destacar, apesar de atinentes a área diversa da de telecomunicações, os comentários de Victor Valença Carneiro de Albuquerque⁵ sobre as premissas do Fator X no setor elétrico, justamente no sentido aqui exposto de que deve ser incentivada uma gestão eficiente da concessão e de que os usuários não podem arcar com os ônus da ineficiência empresarial, sob pena de restar consubstanciada uma indevida transferência dos riscos gerenciais:

Nesse diapasão, a ANEEL tem utilizado sua competência regulatória e conhecimentos técnicos para, aferindo dados objetivos coletados junto ao mercado (nacional e internacional), traçar parâmetros para a definição dos custos “eficientes” a serem suportados pela tarifa cobrada dos usuários do serviço concedido.

Ora, parece evidente que os usuários do serviço concedido não podem ser onerados com o ressarcimento de custos ineficientes da

5 Albuquerque, Victor Valença Carneiro de. Panorama da Revisão Tarifária Periódica das Concessionárias de Distribuição Elétrica: a Adoção do Fator X e da Empresa de Referência *Revista da AGU*, ano IX n. 24, p. 285-314, abr./jun. 2010.

concessionária, sob pena de se observar verdadeira transferência do risco gerencial, naturalmente alocado na esfera do titular do negócio para a responsabilidade dos tomadores do serviço. Admitir tal hipótese equivaleria a premiar o mau gestor de um negócio de terceiro, em absoluta contradição a um ordenamento primado na ética e proteção aos administrados (afinal, a titularidade do serviço público de distribuição de energia elétrica permanece com a União, que apenas delega a sua execução ao particular, explorador sob sua conta e risco da atividade).

[...]

Interessa, para o objeto do presente trabalho, a proposição da chamada *yardstick competition*. Trata-se de proposta regulatória difundida na década de 1980, cujo principal objetivo era o de estimular empresas monopolistas a adotar uma gestão mais eficiente, focada na redução de custos operacionais.

Em que pese a complexidade das explicações econométricas, pode-se ressaltar aqui as premissas fundamentais da teoria como (i) o reconhecimento de que o preço da utilidade disponibilizada pela firma detentora de monopólio natural é pautada pelos seus custos operacionais e, portanto, a regulação econômica deve evitar o repasse integral de custos não eficientes/prudentes para as tarifas praticadas; (ii) a assimetria de informações entre firma monopolística e agente regulador é muito grande, não sendo plausível crer na capacidade de o regulador auditar os custos fornecidos pelo agente regulado; (iii) os custos eficientes podem ser deduzidos pela “performance” de firmas com atividade similar à monopolista, devendo tais dados ser utilizados pelo regulador para a formação de um paradigma (benchmark) para a análise do caso concreto.

O modelo de competição virtual ou paramétrica (*yardstick*) proposto prima, assim, pela concessão de cobertura tarifária apenas para os custos consistentes com os parâmetros de eficiência previamente demonstrados pelo agente regulador. Desse modo, estimula-se a entidade detentora do monopólio natural a buscar nível de eficiência maior do que o representado pelo paradigma proposto, uma vez que nesse caso poderá se apropriar de um “excedente do regulador”.

Reversamente, a falha em alcançar os níveis de eficiência utilizados como paradigma pelo regulador reduzirá o proveito econômico auferido da exploração da atividade, consistindo, pois, em verdadeiro aviso quanto aos riscos de permanecer na prática de uma gestão descuidada do negócio.

[...]

É de se ressaltar, contudo, que a definição do paradigma para a análise da eficiência não é (nem poderia ser, obviamente) arbitrário. O modelo de regulação econômico propõe a criação de uma firma competidora virtual (*shadow firm* no original em inglês, sendo “empresa de referência” a terminologia utilizada pela ANEEL), mas com custos operacionais compostos a partir do desempenho de firmas reais e similares à concessionária analisada.

Entre os brasileiros, o direito regulatório vem sendo encarado como um processo de funcionalização das atividades privadas, que passam a ser indiretamente estimuladas ou desestimuladas conforme se adéquem às finalidades pretendidas pelo estado.

[...]

Nesse ponto, não é inoportuno salientar a titularidade estatal dos serviços públicos no regime constitucional brasileiro (art. 175 da CF/88). Assim, mesmo quando prestados por delegatários, não escapam da incidência dos princípios referentes à atividade administrativa, dentre os quais o da obrigação de manter atividade adequada para seus usuários (§ 3º, I, *in fine* do art. 37).

Desse modo, o estímulo a uma gestão eficiente dos custos operacionais das concessionárias (por meio de cobertura tarifária seletiva) promovido no âmbito da empresa de referência é medida teleologicamente compatível com os princípios atinentes aos serviços públicos trazidos pela Constituição. Por certo, não se mostra plausível defender tese de que o concessionário de serviço público teria “direito a uma remuneração por custos ruinosos ou ineficientes” ou mesmo faculdade de prestar serviço público inadequado. Isso representaria, já no plano constitucional, uma lesão ao dever expressamente previsto no art. 175, § único, IV da Constituição.

[...]

Por outro lado, é necessário ter em mente que o equilíbrio econômico-financeiro garantido é o da concessão, e não do concessionário. A distinção faz-se oportuna porque a concessão pressupõe uma gestão eficiente e custos operacionais racionais, como corolário de um serviço adequado (art. 6º da lei nº 8.987/95). Assim, as tarifas devem remunerar uma gestão prudente da concessão, e não condutas ineficientes do concessionário do serviço delegado.”

De tudo o que foi exposto, é possível inferir que o Fator X é um fator que permite o compartilhamento entre a concessionária e os usuários *dos ganhos econômicos advindos da eficiência empresarial*, por meio da adoção de um modelo de incentivos, em que as concessionárias são estimuladas a adotar uma gestão eficiente dos custos operacionais. Com isso, a falha em alcançar os níveis de eficiência utilizados como parâmetro pelo órgão regulador reduzirá o proveito econômico auferido da exploração da atividade.

Trata-se de regulação por incentivos compatível com os princípios constitucionais atinentes aos serviços públicos, e que pressupõe gestão eficiente e custos operacionais racionais.

Nesse viés, analisando-se o § 2º do art. 108 da LGT, em conjunto com o art. 37, § 3º, I c/c art. 175, ambos da CF/1988, verifica-se que devem ser compartilhados com os usuários *os ganhos econômicos oriundos do desempenho e atuação eficientes, da racionalização dos custos operacionais, e de novas receitas alternativas*.

Portanto, o sentido do dispositivo, em nenhuma hipótese, pode contemplar uma visão estanque do que vem a ser “ganho econômico”, já que o órgão regulador deve fazer uma estimativa acerca do grau de eficiência esperado da concessionária e avaliar se essa eficiência foi ou não atingida, o que envolve, dentre outros fatores, a exigência de investimentos para garantir a atualidade, a modernização do serviço, a eficiência produtiva, a racionalização dos custos operacionais e a geração de novas receitas.

Essa é a interpretação que se extrai do art. 108 da LGT: a de que a expressão “ganhos econômicos” é ampla, abrangendo aqueles decorrentes de eficiência empresarial (racionalização), de modernização e de expansão, bem como aqueles decorrentes de outras receitas alternativas.

2 NOVA METODOLOGIA PROPOSTA PARA O CÁLCULO DO FATOR X. UTILIZAÇÃO DO VALOR ECONÔMICO AGREGADO – VEA

A nova metodologia proposta para o cálculo do Fator de Transferência X é obtida em função do produto entre o Fator de Compartilhamento (Fator “c”), relativo à proporção de compartilhamento dos ganhos econômicos entre concessionária e usuários, e o Fator de Produtividade Otimizado, que utiliza a métrica do Valor Econômico Agregado – VEA. Esse último considera, além da previsão de lucro contábil, obtido pela diferença entre previsão de receitas e despesas operacionais, a previsão do custo de capital empregado.

De acordo com a proposta, a previsão do VEA da concessionária será realizada para cada modalidade de prestação do STFC, para os próximos cinco anos da renovação contratual. Segundo o corpo técnico da Agência, a utilização de uma visão *forward-looking* e aplicação de métrica que consideram previsão de receitas, despesas e remuneração de capital, possuem fundamento em literatura especializada.

A opção pelo VEA como métrica aplicável implica a adoção de uma variável indicativa do lucro econômico (item 4.2.1. da proposta).

De acordo com a área técnica da ANATEL⁶, essa metodologia propiciaria a exploração eficiente do serviço, bem como o respectivo compartilhamento de ganhos econômicos, considerando inclusive a exploração de um sistema de otimização de custos, a estrutura de custos e despesas operacionais, e a adequada remuneração do capital.

Nesse contexto, discutem-se alternativas à regulação por taxa de retorno, justamente em razão de suas limitações na tarefa de incentivar a redução de custos. Daí a crescente adoção de outras formas de regulação, como regulação por teto de preços e regulação por incentivos.

A abordagem do preço limite ou preço teto (*price cap*) é talvez a mais significativa inovação em termos de regulação enquanto alternativa ao método de taxa de retorno. O método foi inicialmente proposto por *Littlechild* (1983). Desde então, várias adaptações já foram feitas na regulação de empresas no Reino Unido e em outros países.

O regime tarifário do serviço pelo preço visa a estimular o constante aumento de eficiência da concessionária e a correspondente redução de tarifas, constituindo manifestação da chamada regulação por incentivos, na qual busca-se produzir fomentos para redução de custos e inovações tecnológicas, de forma a aumentar a produtividade das empresas.

6 Informe nº 265/2010-PBCPA/PBCP/SPB, de 11/07/2010.

A análise da experiência internacional em matéria de regulação por incentivos permite identificar distintas abordagens metodológicas para o cálculo do Fator X: Método da Produtividade Total dos Fatores - PTF (abordagem *backward looking*), e o Método do “Fluxo de Caixa Descontado” (abordagem *forward looking*).

A Norma atual para o cálculo do Fator X, aprovada pela Resolução nº 507/2008, avalia o incremento médio de produtividade, por meio dos índices Fisher e DEA (fator de otimização), e utiliza o PTF e a abordagem *backward looking*.

A Cláusula 5.3 do atual regulamento do Fator X apenas utiliza os produtos e fatores mencionados no anexo para o cálculo do DEA. Dessa forma, o universo de despesas e receitas é restrito e não abrange a totalidade de opções da concessionária.

Em uma análise superficial, observa-se que o modelo atual necessita de aprimoramento, inclusive para a inserção das modificações surgidas pela alteração do art. 86 da LGT. Assim, adere-se à legislação a concepção de um novo modelo incentive a modernização e a expansão da infraestrutura; introduza mecanismo de rateio das despesas dos bens vinculados à concessão e remunere o capital; considere os preços internos de transferência; utilize método baseado na separação contábil das concessionárias para cada modalidade de prestação de STFC; utilize a Segregação do DSAC; e seja compatível com a mudança promovida no art. 86 da LGT.

De outro lado, a proposta em análise (CP nº 39/2011) incorpora a abordagem *Forward Looking* (projeção dos ganhos econômicos futuros auferíveis) e a métrica do Valor Econômico Agregado (VEA). Além disso, o universo de receitas e despesas considerado é bastante superior ao modelo atual. Isso é benéfico tanto para a sociedade como para a empresa, pois a ampliação desse universo de receitas e despesas possibilita a fixação de uma remuneração mais justa para os serviços.

Está baseada, ainda, na separação contábil das concessionárias para cada modalidade de prestação de STFC; na previsão do VEA por concessionária para os próximos 2 e 3 anos; na estimativa de Custos Operacionais Otimizados, pela aplicação de sistema de otimização de custos que utiliza métodos de *benchmarking* sob uma abordagem *top-down*; na aplicação de fator de compartilhamento que garante o compartilhamento dos ganhos de eficiência; e na obtenção do custo de capital estimado pelo produto entre a estimativa de Base de remuneração e o Custo Médio Ponderado de capital (CMPC) do ano de cálculo do Fator X.

A determinação do valor do Fator X é feita em função de quanto uma empresa poderá ganhar de produtividade e lucratividade,

baseado no padrão de eficiência definido pelo órgão regulador, nos limites traçados pelo § 2º do art. 108 da LGT, que determina que o compartilhamento com os usuários dos ganhos econômicos se dê nos moldes regulados pela Agência.

De acordo com a norma colocada em Consulta Pública, o VEA equivale ao lucro econômico que seria obtido por uma empresa com estrutura de custos otimizada em dado patamar tarifário, considerando a inexistência do Fator de Produtividade Otimizado ($X_{OTM}=0$) para efeitos de compartilhamento dos ganhos econômicos.

Entretanto, Lucro Econômico é aquele obtido pela empresa após o pagamento dos custos, das despesas e dos tributos necessários à sua operação, considerando ainda o custo de capital utilizado, ou custo de oportunidade, conforme disposto abaixo:

Receita

(-) custos, despesas e tributos operacionais

(=) lucro operacional

(-) custo do capital de terceiros (líquido)

(=) lucro líquido

(-) custo do capital próprio

(=) lucro econômico (VEA)

Assim, o lucro econômico surge quando a receita ultrapassa o custo de oportunidade dos insumos, valendo observar que esses custos incluem o custo de capital próprio que é preenchido por lucros normais. Em termos da economia em geral, o lucro econômico indica que os recursos estão sendo empregados em empreendimentos úteis, enquanto as perdas econômicas indicam que os recursos seriam melhor empregados em outros investimentos.

No lucro econômico, os preços dos insumos são medidos pelo seu custo de oportunidade. No lucro contábil, os preços dos insumos são medidos pelo valor histórico gasto com os mesmos (pelos preços que foram comprados). Um exemplo onde esta distinção é bem clara está no tratamento que se dá à remuneração do dono da empresa que nela trabalha. Se não existe um *pro labore*, contabilmente não existe custo a ser pago pelo trabalho do dono no empreendimento. Entretanto, economicamente falando, o custo do dono da firma é a remuneração que ele poderia obter por meio da melhor alternativa, isto é, seu custo de oportunidade.

Com isso, num mercado sob concorrência perfeita o lucro econômico deve ser igual à zero, visto que negócios que possibilitassem

ganhos sistemáticos acima do custo de oportunidade dos investidores atrairia novos entrantes, gerando aumento de competição, até que o lucro econômico fosse totalmente diluído.

Deste modo, a metodologia de compartilhamento de ganhos econômicos baseada no VEA busca estabelecer o Fator de Produtividade Otimizado que assegure que o valor presente do somatório de lucros econômicos no horizonte de cinco anos seja igual a zero.

Nesse processo, os dados são projetados com base na criação de uma empresa de referência ou empresa hipotética que concentrará a otimização esperada pelo órgão regulador.

Se a concessionária é mais eficiente que a projeção feita quando da fixação do Fator X, ou seja, se é capaz de reduzir seus custos gerenciáveis além do previsto pelo regulador, apropria os ganhos decorrentes dessa eficiência adicional, ou seja, os ganhos que superam aqueles projetados.

Assim, por exemplo, se a Anatel faz uma previsão de que determinada concessionária obterá um ganho econômico de 100 em um determinado ano do horizonte de análise, e ela obtém um ganho de 500, ela só terá que compartilhar o ganho até o montante de 100. Os 400 excedentes serão integralmente absorvidos pela empresa.

Desse modo, a afirmação de que a proposta apresentada seria uma porta aberta para o compartilhamento de todo e qualquer ganho econômico auferido pela concessionária, é falsa.

Ora, a utilização do Fator X é limitada, levando em conta que só serão compartilhados os ganhos obtidos até a projeção feita pelo órgão regulador (valor presente do somatório dos lucros econômicos igual a zero).

Assim, temos 3 cenários: 1) a concessionária possui ganhos econômicos acima da previsão regulatória, e os compartilha apenas até a projeção traçada pelo órgão regulador, absorvendo integralmente os ganhos excedentes; 2) a concessionária se distancia da projeção feita e tem que compartilhar com os usuários o valor referente a metade dos ganhos econômicos que deveria ter obtido se tivesse atingido o parâmetro de eficiência estipulado pela Anatel; 3) a concessionária atinge exatamente a eficiência projetada, e compartilha metade de seus ganhos com os usuários.

Nesse contexto, do ponto de vista jurídico, não há impedimento legal à utilização do Valor Econômico Agregado – VEA na metodologia de cálculo para apuração do Fator X, levando em conta que o compartilhamento é limitado.

Na verdade, o VEA é uma ferramenta para medição do desempenho de uma empresa, com o objetivo de saber se o modelo de gestão adotado tem garantido bons resultados operacionais e uma elevação no seu valor agregado. Pode ser também entendido como resultado apurado pela sociedade que excede a remuneração mínima exigida pelos proprietários do capital.

Dessa forma, o VEA torna-se um indicador que, segundo seus defensores⁷, permite avaliar com clareza se o capital empregado num determinado negócio, ou em cada operação dentro da empresa, está sendo bem aplicado. Essa medida de lucro econômico serve tão somente como parâmetro para aferir se o grau de eficiência esperado foi ou não alcançado.

Vale ressaltar que o Método de Fluxo de Caixa Descontado, que busca determinar o fluxo de caixa da empresa regulada com base em cenários alternativos para variáveis de receitas e despesas, e em análises de sensibilidade sobre os parâmetros críticos, já foi utilizado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL⁸ na aplicação do Fator X daquele setor. Essa metodologia também envolve a abordagem *forward looking*.

O VEA, portanto, é uma ferramenta que serve para aferir os ganhos de eficiência das concessionárias, por meio da projeção de receitas e despesas. O que importa para o Fator X é como evoluirão os custos médios das concessionárias.

Vale ressaltar que a utilização de uma métrica de lucro econômico é razoável, pois está em sintonia com o objetivo da empresa, qual seja, o lucro, ao invés da produtividade.

Apesar de o termo lucro não coincidir com o termo produtividade, o lucro de uma empresa tem relação com a sua produtividade, mesmo que tal relação não seja direta – como já visto acima, é possível que uma empresa tenha lucro a despeito da redução de sua produtividade. O Lucro é o resultado positivo da atividade. Graficamente é visualizado no demonstrativo de resultados (receitas – custos). Já a Produtividade diz respeito à razão entre insumos e produtos (receitas/custos).

Sob o ponto de vista jurídico, é possível a utilização da métrica de lucro econômico (VEA), levando em conta: 1) a regulação por incentivos e por “teto de preços” é admitida pela teoria econômica e pela literatura internacional; 2) a Anatel, na qualidade de órgão regulador, é competente

7 SIQUEIRA, Ângela Bockmann. Vantagens e desvantagens da mensuração do lucro econômico: uso do Economic Value Added – EVA. *Revista Contabilidade, Gestão e Governança* – CGG, v. 2, n. 2 (1999). ISSN: 1984-3925.

8 Nota Técnica nº 093/2011-SRF/ANEEL, de 13 de abril de 2011, e Nota Técnica nº 326/2002/SER/ANEEL, de 25 de outubro de 2002.

para avaliar qual o melhor plano de regulação para o setor (art. 19, IV e VII, e art. 108, §2º, todos da LGT); 3) o sentido e o alcance da exigência contida no § 2º do art. 108 da LGT é ampla, não se resumindo à obrigação de compartilhamento dos ganhos oriundos apenas da produtividade; 4) a limitação de compartilhamento de ganhos proposta no modelo permite o compartilhamento somente até a projeção de eficiência feita pelo órgão regulador ($\text{Lucro Econômico} = 0$).

Portanto, a nova norma pretende introduzir regra pela qual o compartilhamento incidirá, não sobre os ganhos econômicos totais, mas sobre os ganhos econômicos projetados pelo órgão regulador, através da abordagem *forward looking* (projeção dos ganhos econômicos futuros auferíveis pela concessionária – evolução de demanda, do mercado, dos investimentos e do potencial de eficiência na gestão dos custos da empresa regulada).

Independentemente de qual seja a proposta adotada pelo órgão regulador, é certo que a proposta de alteração da metodologia de cálculo do Fator X deve incorporar conceitos precisos e objetivos, que estimulem a eficiência empresarial e possibilitem o justo compartilhamento dos ganhos econômicos decorrentes dessa eficiência entre usuários e concessionária; transparência e reprodutibilidade; estabilidade regulatória; e simplificação do modelo, na medida do possível. Deve ser evitado, ainda, o emprego de elementos que tragam insegurança regulatória para o cálculo do Fator X e que não estejam respaldados pela doutrina econômica e em estudos regulatórios.

3 A nova redação do artigo 86 da LGT.

Como visto no tópico anterior, o art. 86 da LGT foi modificado pela Lei nº 12.485/2012. Essas modificações também devem ser incorporadas à proposta de revisão da Norma da Metodologia de Cálculo do Fator de Transferência X.

Isso representou uma significativa alteração no setor regulado, tendo em vista que a nova redação do dispositivo passa a autorizar que os demais serviços de telecomunicações sejam prestados por qualquer empresa de telecomunicações, inclusive diretamente pelas Concessionárias do STFC.

Dessa forma, a lei admitiu, desde que cumpridos certos condicionamentos legais, a exploração de outros serviços de telecomunicações pela Concessionária de serviço público.

Vale ressaltar que a Concessionária somente poderá prestar diretamente outros serviços de telecomunicações se houver: (a) *a garantia dos interesses dos usuários, nos mecanismos de reajuste e revisão das tarifas, mediante o compartilhamento dos ganhos econômicos advindos da*

racionalização decorrente da prestação de outros serviços de telecomunicações, ou ainda mediante a transferência integral dos ganhos econômicos que não decorram da eficiência ou da iniciativa empresarial; (b) a atuação do Poder Público para propiciar a livre, ampla e justa competição, reprimidas as infrações à ordem econômica; e (c) existência de mecanismos que assegurem o adequado controle público no que tange aos bens reversíveis.

No tocante à garantia dos interesses dos usuários, o dispositivo faz menção expressa à regra geral prevista no art. 108 da LGT. Em suma, a lógica jurídica exposta no artigo 86 e no art. 108 da LGT é a mesma, qual seja, a de que, havendo racionalização do serviço, através de atuações mais eficientes, que gerem ganhos econômicos, estes devem ser compartilhados com os usuários. De outro lado, os ganhos econômicos que não decorram propriamente da iniciativa ou atuação da empresa devem ser repassados integralmente aos usuários.

Dessa forma, a Proposta de Norma de Metodologia para Cálculo do Fator de Transferência “X” merece ser revisada para que passe a prever expressamente formas da captação de eficiências advindas da prestação do STFC conjuntamente com outros serviços de telecomunicações.

É preciso, pois, captar todos os ganhos de eficiência proporcionados pelos demais serviços incorporados, *que de alguma forma compartilhem bens, materiais ou imateriais, vinculados à concessão*. Isso quer dizer que apenas os ganhos de eficiência dos demais serviços incorporados *que não utilizem de nenhuma forma algum insumo vinculado à concessão* devem ficar de fora.

Dessa forma, todos os ganhos de eficiência na prestação dos demais serviços que tenham sido obtidos com a utilização de recursos vinculados à concessão devem ser compartilhados com os usuários. Essa é a ideia contida no art. 86 da LGT.

Nesse viés, devem ser extraídas todas as eficiências internas e computados todos os preços internos de transferência, por meio da separação contábil e da segregação do DSAC.

É interessante, pois, que o corpo técnico especializado da Agência, quando da revisão, considere os seguintes aspectos: a) otimização dos custos; b) compartilhamento dos ganhos econômicos; c) captação das eficiências internas; d) preços internos de transferência; e) separação contábil; f) segregação (DSAC); g) separação por modalidade de serviço; h) expansão do universo de receitas e despesas; i) inclusão de todas as receitas alternativas; j) mecanismo que impeça que a empresa dissimule o lucro; l) rateio de despesas dos bens vinculados à concessão e utilizados na prestação dos demais serviços, bem como da remuneração do capital investido nesses bens.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que:

- a. o compartilhamento previsto no §2º do art. 108 da LGT mostra-se bastante amplo, já que incorpora diversos núcleos e conceitos distintos, que não se resumem aos ganhos de produtividade. Pelo contrário, fortalecem a tese de que *devem ser compartilhados com os usuários os ganhos econômicos oriundos do desempenho e atuação eficientes, da racionalização dos custos operacionais, e de novas receitas alternativas;*
- b. nessa linha, *o sentido do dispositivo, em nenhuma hipótese, pode contemplar uma visão estanque do que vem a ser “ganho econômico”, já que o órgão regulador deve fazer uma estimativa acerca do grau de eficiência esperado da concessionária e avaliar se essa eficiência foi ou não atingida, o que envolve, dentre outros fatores, a exigência de investimentos para garantir a atualidade, a modernização do serviço, a eficiência produtiva, a racionalização dos custos operacionais e a geração de novas receitas;*
- c. o concessionário não deve ser premiado em função de um desempenho ineficiente ou pouco eficiente. Deve ser estimulado o resultado positivo que não decorra de atuação imprudente e ineficiente, pois, caso não fosse assim, o órgão regulador estaria incentivando que a concessionária lucrasse mesmo sendo ineficiente, o que é contrário aos princípios constitucionais, legais e contratuais pertinentes à Concessão de STFC. De fato, o órgão regulador deve promover incentivos para que as concessionárias otimizem cada vez mais seus custos, sejam cada vez mais produtivas, e invistam cada vez mais em inovações tecnológicas, através da regulação por incentivos, cuja finalidade principal é a busca de eficiência, qualidade na prestação do serviço e a modicidade tarifária;
- d. o Fator X, então, é um índice que permite o compartilhamento entre a concessionária e os usuários *dos ganhos econômicos advindos da eficiência empresarial*, por meio da adoção de um modelo de incentivos, em que as concessionárias são estimuladas a adotar uma gestão eficiente dos custos operacionais. Com isso, a falha em alcançar os níveis de eficiência utilizados como parâmetro pelo órgão regulador reduzirá o proveito econômico auferido da exploração da atividade;
- e. a Norma atual para o cálculo do Fator X, aprovada pela Resolução nº 507/2008, que avalia o incremento médio de produtividade, por meio dos

índices Fisher e DEA (fator de otimização), e utiliza o PTF e a abordagem *backward looking*; parece necessitar de aprimoramento, inclusive para inserção das modificações surgidas pela alteração do art. 86 da LGT. Assim, é recomendável que o novo modelo incentive a modernização e a expansão da infraestrutura; introduza mecanismo de rateio das despesas dos bens vinculados à concessão e remunere o capital; considere os preços internos de transferência; utilize método baseado na separação contábil das concessionárias para cada modalidade de prestação de STFC; utilize a Segregação do DSAC; e seja compatível com a mudança promovida no art. 86 da LGT. Vale lembrar que o universo de despesas e receitas consideradas é bastante diminuto (Cláusula 5.3 do atual regulamento do Fator X);

- f. de outro lado, a proposta em análise (CP nº 39/2011) incorpora a abordagem *Forward Looking* (projeção dos ganhos econômicos futuros auferíveis) e a métrica do Valor Econômico Agregado (VEA). Além disso, o universo de receitas e despesas considerado é bastante superior ao modelo atual. Isso é benéfico tanto para a sociedade como para a empresa, pois a consideração desse universo de receitas e despesas possibilita a fixação de uma remuneração mais justa para o serviço. Está baseada, ainda, na separação contábil das concessionárias para cada modalidade de prestação de STFC; na previsão do VEA por concessionária para os próximos 2 e 3 anos; na estimativa de Custos Operacionais Otimizados, pela aplicação de sistema de otimização de custos que utiliza métodos de *benchmarking* sob uma abordagem *top-down*; na aplicação de fator de compartilhamento que garante o compartilhamento dos ganhos de eficiência; e na obtenção do custo de capital estimado pelo produto entre a estimativa de Base de remuneração e o Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC) do ano de cálculo do Fator X;
- g. o VEA é uma ferramenta para medição do desempenho de uma empresa, com o objetivo de saber se o modelo de gestão adotado tem garantido bons resultados operacionais e uma elevação no seu valor agregado. Pode ser também entendido como resultado apurado pela sociedade que excede a remuneração mínima exigida pelos proprietários do capital. É um indicador que, segundo seus defensores, permite avaliar com clareza se o capital empregado num determinado negócio, ou em cada operação dentro da empresa, está sendo bem aplicado. Essa medida de lucro econômico serve tão somente como parâmetro para aferir se o grau de eficiência esperado foi ou não alcançado;

- h. sob o ponto de vista jurídico, é possível a utilização da métrica de lucro econômico (VEA), levando em conta: 1) a regulação por incentivos e por “teto de preços” é admitida pela teoria econômica e pela literatura internacional; 2) a Anatel, na qualidade de órgão regulador, é competente para avaliar qual o melhor plano de regulação para o setor; 3) o sentido e o alcance da exigência contida no § 2º do art. 108 da LGT são amplos, não se resumindo à obrigação de compartilhamento dos ganhos oriundos apenas da produtividade; 4) a limitação de compartilhamento de ganhos econômicos proposta no modelo permite o compartilhamento somente até a projeção de eficiência feita pelo órgão regulador (Lucro Econômico = 0);
- i. a afirmação de que a proposta apresentada seria uma porta aberta para o compartilhamento de todo e qualquer ganho econômico auferido pela concessionária é falsa, pois a concessionária se apropriará dos ganhos econômicos decorrentes de eficiência adicional. Assim, se a concessionária é capaz de reduzir seus custos gerenciáveis além do parâmetro previsto pelo ente regulador, ela apropria os ganhos decorrentes dessa eficiência adicional (Fator X limitado);
- j. em todo caso, a proposta adotada pelo órgão regulador relativa à metodologia de cálculo do Fator X deve incorporar conceitos precisos e objetivos, que estimulem a eficiência empresarial e possibilitem o justo compartilhamento dos ganhos econômicos decorrentes dessa eficiência entre usuários e concessionária, e considerar os seguintes aspectos: a) transparência e reprodutibilidade; b) estabilidade regulatória; c) incentivos à qualidade do serviço; d) simplificação do modelo; e) otimização dos custos; f) compartilhamento dos ganhos econômicos; g) captação das eficiências internas; h) Preços internos de transferência; i) Separação contábil; j) Segregação DSAC; k) Separação por modalidade de serviço; l) expansão do universo de receitas e despesas; m) inclusão de todas as receitas alternativas; n) mecanismo que impeça que a empresa camufle o lucro; o) rateio de despesas dos bens vinculados à concessão e utilizados na prestação dos demais serviços, e remuneração desse capital;
- k. a Proposta de Norma de Metodologia para Cálculo do Fator de Transferência “X” merece ser revisada também para que possa ser compatibilizada com as alterações promovidas no art. 86 da LGT. É preciso captar todos os ganhos de eficiência proporcionados pelos demais serviços incorporados, *que de alguma forma compartilhem bens, materiais ou imateriais, vinculados à concessão.*

REFERÊNCIAS

Resolução ANATEL nº 507, de 16 de julho de 2008, publicada no DOU de 18/07/2008. <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=215609&assuntoPublicacao=Norma%20da%20Metodologia%20para%20C%E1lculo%20do%20Fator%20de%20Transfer%Eancia%20X,%20Aplicado%20nos%20Reajustes%20de%20Tarifas%20do%20Servi%E7o%20T>>.

Consulta Pública nº 39, de 18 de julho de 2011, publicada no DOU de 19/07/2011. <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1506&Tipo=1&Opcao=finalizadas>>.

Análise nº 427/2012-GCRZ, de 20/09/2012. <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=284888&assuntoPublicacao=Análise%20nº%20427/2012%20-%20RZ&caminhoRel=Início-Biblioteca-Apresentação&filtro=1&documentoPath=284888.pdf>>

ALBUQUERQUE, Victor Valença Carneiro de. Panorama da revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica: a adoção do fator X e da empresa de referência. *Revista da AGU*, Brasília - DF, ano XI, n. 84, p. 285-314, abr./jun. 2010.

ALMEIDA, Maria do Carmo Figueiredo de; SAMPAIO, André Serrão Borges de. Dos efeitos da Valoração do 'Fator X' na revisão tarifária das empresas distribuidoras de gás canalizado. Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia - *IBDE*, São Paulo, ano I, n. 002, p. 219-235, out. 2004.

Nota Técnica nº 093/2011-SER/ANEEL, de 13 de abril de 2011. *Metodologia de Cálculo do Fator X*.

Nota Técnica nº 326/2002/SER/ANEEL, de 25 de outubro de 2002. *Cálculo do Fator X na revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica*. Proposta de Metodologia.

SIQUEIRA, Ângela Bockmann. *Vantagens e desvantagens da mensuração do lucro econômico: uso do Economic Value Added – EVA*. *Revista Contabilidade, Gestão e Governança – CGG*. v. 2, n. 2, p. 105-140, 1999. ISSN: 1984-3925.

PRAZO PRESCRICIONAL DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NOS CASOS DE IMPUGNAÇÃO APRESENTADA INTEMPESTIVAMENTE PELO CONTRIBUINTE

*LIMITATION PERIOD TO DEMAND FOR TAXES IN CASES OF
UNTIMELY IMPUGNMENT PRESENTED BY THE TAX PAYER*

Igor Guimarães Pereira

*Procurador Federal em exercício na PFE/Anatel na função de Gerente de
Procedimentos Fiscais*

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB

*pós-graduado em Direito Tributário e em Direito Constitucional pela Universidade
Anhanguera – Uniderp*

*especializado em Direito, Constituição e Estado pela Faculdade de Ciências Jurídicas
do Planalto Central, JURPLAC.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Impugnação de lançamentos em processos administrativos fiscais; 2 Termo inicial do prazo prescricional de créditos tributários impugnados intempestivamente pelo contribuinte; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O art. 174 do Código Tributário Nacional prevê que o prazo prescricional dos créditos tributários tem início com a constituição definitiva do crédito. A constituição definitiva do crédito ocorre com o trânsito em julgado administrativo do processo administrativo fiscal. Nos casos em que o contribuinte apresenta impugnação intempestiva, há divergência quanto ao momento em que deve ser considerado como trânsito em julgado administrativo. Nos casos de impugnação intempestiva, o prazo prescricional do crédito tributário apenas tem início com o trânsito em julgado administrativo, que deve ser considerado como o trânsito em julgado da última decisão administrativa proferida no processo.

PALAVRAS CHAVES: Prescrição. Crédito Tributário. Termo Inicial. Impugnação Intempestiva. Trânsito em Julgado.

ABSTRACT: The article 174 of the National Tributary Code foreshadow that the limitation period of the tributary credits set about with the credit's definitive constitution. The credit's definitive constitution occurs with the administratively final disposal of the fiscal administrative proceedings. In cases which the contributor brings forward untimely impugment, there is divergence about the moment in which should be considered the administratively final disposal of the proceedings. In cases of untimely impugment, the limitation period of the tributary credits only begins with the final administratively disposal of the proceedings, which must be considered like the final disposal of the last administrative decision issued in the process.

KEYWORDS: Limitation Period. Tributary Credit. Initial Term. Untimely Impugment. Final Disposal.

INTRODUÇÃO

O art. 174 do Código Tributário Nacional disciplina o prazo prescricional dos créditos tributários. Veja-se o dispositivo:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;
(*Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005*)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Conforme as normas desse artigo, o prazo prescricional dos créditos tributários é de cinco anos e tem início com a constituição definitiva do crédito tributário, apenas sendo interrompido com a realização de algum dos atos previstos nos incisos do parágrafo único desse dispositivo, os quais implicam uma postura ativa do credor (Fazenda Pública) em face do devedor (contribuinte) visando à satisfação do crédito tributário.

De um modo geral, a constituição definitiva do crédito tributário, termo inicial do prazo prescricional, ocorre de duas maneiras principais. A primeira diz respeito à hipótese em que, efetuado o lançamento, o contribuinte não apresenta impugnação do crédito lançado, de forma que o crédito tributário se torna definitivamente constituído, com o fim do prazo para apresentar impugnação¹.

A segunda maneira cuida da situação em que, realizado o lançamento, o contribuinte apresenta a impugnação no prazo previsto na legislação para esse ato, a autoridade administrativa competente profere decisão acerca da impugnação, contra a qual cabe recurso a

¹ Em relação aos tributos federais, o prazo para o contribuinte apresentar impugnação, exercendo seu direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo fiscal, é de 30 dias, conforme art.15, do Decreto-Lei nº 70.235/72 (*Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência*).

ser interposto pelo contribuinte e, seja em razão de esgotamento das instâncias administrativas ou da resignação do contribuinte com a última decisão administrativa proferida (o que o levaria não interpor o recurso), o processo administrativo fiscal alcança o trânsito em julgado administrativo (constituição definitiva do crédito).

Cabe salientar, porém, que nos casos em que o contribuinte apresenta impugnação do lançamento, mas de forma intempestiva, a constituição definitiva do crédito e, portanto, o início do prazo prescricional, não se apresenta de forma tão clara.

Nesse tipo de situação, num primeiro juízo, poder-se-ia considerar que, ao fim do prazo previsto na legislação para o contribuinte apresentar impugnação, esta não havia sido manifestada, o que implicaria a constituição definitiva neste exato momento (fim do prazo para impugnação).

Por outro lado, também seria possível afirmar que, havendo a necessidade de as autoridades administrativas reconhecerem por decisão expressa a intempestividade da impugnação (ou de outro modo confirmarem o lançamento realizado), a constituição definitiva do crédito tributário apenas ocorreria quando essa decisão alcançar o trânsito em julgado administrativo.

Tendo em vista que, conforme já mencionado, a constituição definitiva dos créditos tributários é o marco inicial do prazo prescricional, a definição precisa acerca da constituição definitiva do crédito tributário nos casos em que o contribuinte apresenta a impugnação intempestivamente é de extrema relevância, para a análise da prescrição, instituto que, ao lado da decadência, visa à proteção da segurança jurídica na relação entre Fazenda Pública e contribuinte.

1 IMPUGNAÇÃO DE LANÇAMENTOS EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS

No âmbito dos processos administrativos fiscais, o lançamento é o ato jurídico por meio do qual o contribuinte é cientificado de que houve o fato gerador de uma obrigação tributária principal e, em razão disso, ele (contribuinte) está obrigado a pagar aquele respectivo tributo, numa determinada quantia, podendo, caso discorde da ocorrência do fato gerador ou da cobrança do tributo, apresentar impugnação no prazo previsto na legislação, como forma de exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa, a qual será apreciada por autoridade administrativa.

Dessa forma, fica claro que, por meio do ato de lançamento², declara-se que já havia ocorrido o fato gerador de uma obrigação tributária principal, e constitui-se o crédito tributário correspondente a essa obrigação, ou seja, o lançamento é um ato declaratório da obrigação e constitutivo do crédito, eis que este foi o caminho previsto no ordenamento jurídico brasileiro para que a Fazenda Pública consubstancie os créditos tributários.

Nesse sentido, merecem ser destacadas as lições de Hugo de Brito Machado acerca da natureza jurídica do lançamento:

A natureza jurídica do lançamento tributário já foi objeto de grandes divergências doutrinárias. Hoje, porém, é praticamente pacífico o entendimento segundo o qual o lançamento não cria direito. Seu efeito é simplesmente declaratório. Entretanto, no Código Tributário Nacional o crédito tributário é algo diverso da obrigação tributária. Ainda que, em essência, crédito e obrigação sejam a mesma relação jurídica, o crédito é um momento distinto. É um terceiro estágio na dinâmica da relação obrigacional tributária. E o lançamento é

2 A disciplina do ato de lançamento consta principalmente dos arts. 142 a 146 do Código Tributário Nacional. Vejam-se os dispositivos:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Art. 143. Salvo disposição de lei em contrário, quando o valor tributário esteja expresso em moeda estrangeira, no lançamento far-se-á sua conversão em moeda nacional ao câmbio do dia da ocorrência do fato gerador da obrigação.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

precisamente o procedimento administrativo de determinação do crédito tributário. Antes do lançamento existe a obrigação. A partir do lançamento surge o crédito.³

O lançamento, portanto, é constitutivo do crédito tributário, e apenas declaratório da obrigação correspondente.

Efetuada o lançamento, se o contribuinte entender que o fato gerador objeto do lançamento ocorreu na forma indicada no ato de lançamento e que existe a obrigação tributária correspondente, cabe ao contribuinte realizar o pagamento do débito, não sendo necessária a apresentação de impugnação.

Caso, porém, o contribuinte entenda que o lançamento é ilegal sob qualquer aspecto, deve, no prazo previsto na legislação⁴, apresentar impugnação⁵ especificando as razões pelas quais o lançamento seria

3 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2010. p.183.

4 Vale repetir: no âmbito da Administração Pública Federal, o prazo para impugnação é de 30 dias, conforme art. 15 do Decreto-Lei 70.235/72.

5 A impugnação de créditos tributários, na esfera federal, é regida precipuamente pelos arts. 14 a 18 do Decreto-Lei no 70.235/72, os quais apresentam o seguinte teor: Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possui; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

total ou parcialmente ilegal, a fim de que seja instaurada a fase litigiosa do processo administrativo fiscal.

Apresentada a impugnação pelo contribuinte, no prazo previsto na legislação, para tanto, a impugnação prolongará a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme previsto no art. 151, III⁶, do Código Tributário Nacional.

Desse modo, enquanto a impugnação não for apreciada definitivamente pela autoridade administrativa competente, o crédito tributário continuará com exigibilidade suspensa. Somente quando houver decisão administrativa definitiva (constituição definitiva do crédito), o crédito tributário estará exigível e terá início, portanto, o prazo prescricional previsto no art. 174 do Código Tributário Nacional.

Para essa situação, as normas materiais e processuais do Direito Tributário representam uma disciplina coerente e que viabiliza tanto o exercício do direito à ampla defesa pelo contribuinte quanto o direito da Fazenda Pública de cobrar o crédito tributário, tão logo haja conclusão definitiva acerca do crédito, sem que eventual demora na análise das razões de impugnação do contribuinte implique o transcurso de prazo prescricional contra a Fazenda Pública.

Acerca desse tema, merecem destaque as lições de Eduardo Sabbag, no sentido de que entre o lançamento e a decisão administrativa definitiva não corre prazo decadencial ou prescricional:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

6 Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Resumidamente, infere-se do julgado que até o lançamento será possível a ocorrência da decadência. Entre o lançamento e a protocolização da impugnação, na órbita administrativa, não correrá o prazo de decadência, nem se terá iniciado o prazo de prescrição. Tal contexto estender-se-à para o interregno entre a protocolização da defesa até a última decisão administrativa da qual não couber mais recurso. Neste momento, havendo a constituição definitiva, despontará o termo de início (*dies a quo*) para a contagem da prescrição⁷

Cabe salientar, todavia, que o liame entre a apresentação de impugnação, que implica a suspensão de exigibilidade do crédito, e o adiamento do início do prazo prescricional não se apresenta com a mesma clareza nos casos em que a impugnação é apresentada intempestivamente.

Assim, uma leitura que pode ser feita para os casos de impugnação intempestiva é a de que, se o contribuinte impugnou fora do prazo, essa situação é semelhante à da ausência de impugnação, de modo que a impugnação não foi apta a suspender a exigibilidade do crédito e, desde o término do prazo para impugnação, o crédito estava constituído definitivamente, ou seja, quando acabou o prazo para impugnação, iniciou-se o prazo da prescrição do crédito tributário.

Numa outra perspectiva, também é possível dizer que só podemos falar que a impugnação é intempestiva quando o Fisco, por decisão expressa, afirma que foi apresentada intempestivamente.

Assim, enquanto não for proferida essa decisão, a impugnação intempestiva deve ser tratada do mesmo modo que as impugnações tempestivas, na medida em que o Fisco não pôde cobrar judicialmente o crédito, porque ainda não havia apreciado a impugnação do contribuinte.

Desse modo, no período entre o lançamento e a decisão expressa do Fisco em que se afirma a intempestividade da impugnação, deveria ser considerado que a impugnação manteve a suspensão da exigibilidade do crédito e que o prazo prescricional apenas teve início com o trânsito em julgado administrativo dessa decisão expressa, em que se reconhece a intempestividade.

2 TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS IMPUGNADOS INTEMPESTIVAMENTE PELO CONTRIBUINTE

Vale resumir os dois entendimentos apresentados no item anterior: a) nos casos de impugnação intempestiva, o prazo prescricional começa quando terminou o prazo para impugnação, porque a impugnação

⁷ SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 4. ed. 2012, p.808.

intempestiva não suspende a exigibilidade do crédito tributário; e b) a impugnação só pode ser tida por intempestiva depois que o Fisco reconheceu a intempestividade, de forma que o prazo prescricional apenas tem início com o trânsito em julgado administrativo da decisão expressa que reconheceu a intempestividade.

Essa divergência também repercutiu no âmbito dos Tribunais. Vejam-se os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. SENTENÇA DENEGATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. 1. É incabível remessa necessária de sentença denegatória proferida em mandado de segurança. 2. *O entendimento jurisprudencial predominante é no sentido de que a impugnação administrativa apresentada intempestivamente não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário na forma do art. 151, III, do CTN, de modo que, vencido o prazo para a impugnação (art. 15 do Decreto 70.235/72), nasce para a Fazenda o direito de promover a imediata inscrição do débito em dívida ativa e a sua cobrança judicial.* Precedentes. 3. A análise da extinção do crédito tributário, pela decadência ou pela prescrição, deve considerar pelo menos quatro marcos essenciais, quais sejam: a ocorrência do fato gerador, para se identificar o início do prazo decadencial; o lançamento do crédito tributário ou a lavratura do auto de infração, que interrompe o prazo decadencial (CTN, arts. 173, I e II, ou 150, § 4º, conforme o caso, e Súmula 153, do extinto TFR); a sua constituição definitiva, quando se inicia o prazo prescricional; e a citação pessoal feita ao devedor (art. 174, parágrafo único, inc. I, na sua redação original), ou o despacho que ordenar a citação (após a edição da Lei Complementar nº. 118, de 9 de fevereiro de 2005), que interrompe o prazo de prescrição. 4. *No presente caso, os fatos geradores ocorreram no período de 01/94 a 12/94; o crédito foi constituído na forma de auto de infração, com notificação ocorrida em 25/03/99 (fls. 88); o contribuinte apresentou impugnação administrativa em 27/04/99 (fls. 95), a qual fora julgada intempestiva, conforme comunicação datada de 30/04/04 (fls. 108).* 5. *Assim, verifica-se que, em 25/04/99, nos termos do art. 15 do Decreto 70.235/72, iniciou-se o prazo para a Fazenda promover a cobrança do crédito, a qual permaneceu inerte,*

restando o crédito alcançado pela prescrição quinquenal. 6. Remessa necessária não conhecida e apelação provida. (grifos nossos)

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Terceira Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Paulo Barata, AMS 200451010130539, Apelação em mandado de segurança, 59377, Data da Decisão 25/08/2009, Data da Publicação, 29/09/2009)

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PRESCRIÇÃO. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. PRAZO DE 30 DIAS. FASE LITIGIOSA DO PROCEDIMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS.

1. Considera-se definitivamente constituído o crédito tributário quando decorrido o prazo de notificação de 30 dias para a apresentação de impugnação administrativa ou quando notificada decisão administrativa não mais sujeita a recurso. 2. Consoante disposto no art. 15 do Decreto nº 70.235/72, “a impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.” 3. Nos termos do art. 151, III, do CTN, as impugnações e recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, impedem o curso do prazo prescricional, pois suspendem a exigibilidade do crédito tributário. 4. *À luz de precedentes e de dispositivos legais, a impugnação intempestiva não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário, nem comporta julgamento de primeira instância.* 5. *Prescrição contada do decurso “in albis” do prazo de 30 dias da notificação do Auto de Infração para impugnação.* 6. Diante do elevado valor da causa, reduz-se os honorários advocatícios para montante que remunere de forma digna o advogado vencedor na demanda e não onere excessivamente o vencido. 7. Apelação parcialmente provida, para alterar os honorários advocatícios. (grifos nossos)

(Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Primeira Turma, Rel. Joel Ilan Paciornik, AC 50044430220114047201, AC-Apelação Cível, Data da decisão 20/06/2012, Publicação D.E. de 02/07/2012)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO

TRIBUTÁRIO, INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. - Em regra, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Inteligência dos artigos 149, V e 173, I, ambos do CTN. Assim, encontram-se atingidas pela decadência as parcelas relativas ao período de 02/1995 a 12/1995, tendo em vista que a notificação de lançamento somente ocorreu em 09.02.2001. - *A defesa administrativa apresentada fora do prazo legal, como na hipótese, autoriza a Fazenda Pública, a promover, de imediato, a inscrição do débito em dívida ativa e a sua cobrança judicial, (art. 15 do Decreto 70.235/72), não havendo que se cogitar da suspensão da exigibilidade do crédito tributário. - Desse modo, considerando-se que a notificação de lançamento foi efetivada em 09.02.2001, encontram-se atingidas pela prescrição as demais parcelas (03/1996 a 03/2001), uma vez que o feito executivo somente foi ajuizado em 06.04.2006, com o despacho citatório proferido em 06.06.2006, quando já ultrapassado o prazo do o art. 174 do CTN. - Remessa oficial desprovida. (Grifos nossos)*

(Tribunal Regional Federal da Quinta Região, Segunda Turma, Rel. Desembargador Federal Francisco Wildo, REO 00071498120114058311, REO – Remessa Ex Officio – 551085, Data da Decisão 11/12/2012, Publicação DJE de 13/12/2012, página 517)

Verifica-se, portanto, que há precedentes nos Tribunais Regionais Federais da Segunda, Quarta e Quinta Regiões no sentido de que, nos casos de impugnação intempestiva, o prazo prescricional do crédito tributário tem início com o fim do prazo para a impugnação.

Esse entendimento também é acompanhado por Eduardo Sabbag:

De fato, o processo administrativo fiscal (PAF) prevê efeito suspensivo às defesas e recursos, estipulados em lei, que venham a ser tempestivamente protocolizados na repartição pública, como forma de oposição ao lançamento tributário.

Não é demasiado enfatizar que, enquanto perdurar a discussão administrativa, quer em grau de impugnação, quer em grau de recurso, o crédito tributário manter-se-á suspenso, permitindo ao contribuinte a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa,

consoante o art. 206 do CTN. De igual modo, a situação obstará a cobrança judicial do tributo, por meio da ação de execução fiscal⁸.

Quanto ao outro entendimento, é possível citar os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART.151, INC.III, DO CTN. FALECIMENTO DA DEVEDORA. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. NÃO RECONHECIMENTO. 1. Agravo de Instrumento manejado em face da decisão que denegou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com o qual se objetivava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto do processo administrativo de nº 10380.000.987/2003-40. 2. *Mesmo tendo a agravante apresentado impugnação intempestiva - em 3.2.2003 (fls. 48/49) - posterior à declaração da revelia (em 29.1.2003), a Receita Federal do Brasil, certamente para aferir melhor se o prazo de defesa havia realmente transcorrido, deu seguimento ao trâmite administrativo do processo, somente apresentando resposta final e definitiva à impugnação do ato de lançamento em 7.2.2008 (fl. 138) - data a ser considerada como o termo inicial para contagem do prazo prescricional.* 3. *O inciso III, do art.151 do CTN, conduz à compreensão de que as reclamações e os recursos administrativos, ainda que ulteriormente reconhecidos como intempestivos, suspendem a exigibilidade do crédito tributário até a constituição definitiva do crédito, o que ocorre ao final do processo administrativo fiscal, regulado pelo Decreto 70.235/72.* 4. A alegada nulidade do processo administrativo e do auto de infração, em razão do falecimento do sujeito passivo, não merece prosperar eis que, apesar de a notificação ter se efetivado em nome de pessoa já falecida, a impugnação foi apresentada pela própria, sem o destaque dessa condição, o que evidencia que a Fazenda Pública não tinha como saber que o óbito havia se consumado. Como se não bastasse, ainda no ano de 2006, a contribuinte continuou a se manifestar como se viva estivesse (v. fls. 82/84), o que afasta em definitivo a pecha de nulidade dos atos até então praticados. 5. Agravo de Instrumento improvido. (grifos nossos)

8 SABBAG, op. cit., p.850-851.

(Tribunal Regional Federal da Quinta Região, Terceira Turma, Desembargador Federal Maximiliano Cavalcanti, AG 200905001124103 AG- Agravo de Instrumento – 103005, Data da decisão 19/05/2011, Publicação DJE de 24/05/2011, p. 211)

TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. ARTS.

14 E 15 DO DECRETO 70.235/1972.

1. Discute-se nos autos a exigibilidade do crédito tributário, na hipótese de julgada intempestiva a impugnação administrativa.
2. O lançamento do crédito tributário se completa e faz surgir a obrigação do sujeito passivo de pagar o débito somente após o trânsito em julgado da decisão administrativa.
3. Apenas com o transcurso do prazo da notificação para o sujeito passivo da obrigação tributária efetuar o pagamento é que nasce o direito do Fisco de ajuizar ação de cobrança. Assim, só há falar em prescrição no momento em que o direito de ação for exercitável (princípio da *actio nata*).
4. Agravo Regimental não provido.

(Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Data do Julgamento 10/05/2011, Data da Publicação/Fonte, DJe de 16/05/2011)

Assim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal Regional Federal da Quinta Região já adotaram o entendimento de que nos casos de impugnação intempestiva, o prazo prescricional apenas se inicia com o trânsito em julgado administrativo da decisão que reconhece a intempestividade.

Nesse aspecto, vale destacar que o caso analisado pelo STJ é o mesmo analisado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2), no precedente citado acima, de modo que o STJ deu provimento a Recurso Especial interposto contra aquele Acórdão do TRF-2.

Em que pese a matéria controvertida envolva interpretação da legislação infraconstitucional, o fato de haver um precedente do STJ não é suficiente para considerar que a polêmica tenha sido resolvida, uma vez

que ainda não é possível falar que já existe Jurisprudência formada sobre o assunto.

A partir de uma análise sistemática do processo de administrativo fiscal, observa-se que o entendimento mais adequado é o de que, nos casos de impugnação intempestiva, o início do prazo prescricional ocorre com o trânsito em julgado administrativo da decisão que julga a impugnação como intempestiva.

A prescrição do crédito tributário deve estar diretamente ligada à possibilidade de o crédito ser executado judicialmente, uma vez que, em matéria de prescrição, aplica-se o princípio da *actio nata* (a prescrição se inicia quando o direito for exercitável e o titular do direito tem conhecimento do fato e de suas consequências).

Nesse sentido, vale destacar que há Jurisprudência firmada no âmbito do STJ no sentido de que o prazo prescricional somente tem início com a constituição definitiva do crédito, de modo que, no período entre a apresentação da impugnação e a solução definitiva administrativa não corre prazo decadencial ou prescricional.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, DO CPC. NÃO CONFIGURADA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO. POSSIBILIDADE. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 174, DO CTN.

1. [...] 4. A exegese do STJ quanto ao artigo 174, caput, do Código Tributário Nacional, é no sentido de que, enquanto há pendência de recurso administrativo, não se admite aduzir suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas, sim, um hiato que vai do início do lançamento, quando desaparece o prazo decadencial, até o julgamento do recurso administrativo ou a revisão ex-offício.

Conseqüentemente, somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso ou da sua revisão, tem início a contagem do prazo prescricional, razão pela qual não há que se cogitar de prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal. (RESP 485738/RO, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.09.2004, e RESP 239106/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 24.04.2000)

5. Destarte, salvante os casos em que o crédito tributário origina-se de informações prestadas pelo próprio contribuinte (GIA e

DCTF, por exemplo), a constituição do mesmo resta definitivamente concluída quando não pode mais o lançamento ser contestado na esfera administrativa. Conclusão esta que se coaduna com a suspensão de exigibilidade do crédito tributário pela oposição de recurso administrativo (artigo 151, III, do CTN).

6. Dessa forma, considerando-se que, no lapso temporal que permeia o lançamento e a solução administrativa não corre nem o prazo decadencial, nem o prescricional, ficando suspensa a exigibilidade do crédito até a notificação da decisão administrativa, que, in casu, ocorreu em 16/07/2002, exsurge, inequivocamente, a inocorrência da prescrição, porquanto a empresa executada, ora recorrida, foi citada no processo executivo em 30/12/2002.

7. Ora, “a constituição definitiva do crédito tributário pressupõe a inexistência de discussão ou possibilidade de alteração do crédito. Ocorrendo a impugnação do crédito tributário na via administrativa, o prazo prescricional começa a ser contado a partir da apreciação, em definitivo, do recurso pela autoridade administrativa. Antes de haver ocorrido esse fato, não existe ‘dies a quo’ do prazo prescricional, pois, na fase entre a notificação do lançamento e a solução do processo administrativo, não ocorrem nem a prescrição nem a decadência (art. 151, III, do CTN)” (cf. RESP 32.843-SP, Min. Adhemar Maciel, in DJ de 26.10.1998). Na mesma senda foi o decidido no RESP n. 190.092-SP, relatado pelo subscritor deste, in DJ de 1º.7.2002). - Recurso especial não conhecido.” (RESP 173284/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 31.03.2003).

8. Recurso especial provido.

(STJ, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, REsp 734680/RS – Recurso Especial 2005/0045428-1, Data do Julgamento 20/06/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 01/08/2006, p. 376)

Antes de o próprio Fisco, por meio de uma decisão administrativa, definir que a impugnação apresentada pelo contribuinte foi intempestiva, não se pode falar que o Fisco tinha um direito exercitável, não sendo razoável que o prazo prescricional do Fisco tenha início antes dessa decisão administrativa.

Para chegar a essa conclusão, o caminho mais fácil é partir de um exemplo. Um crédito tributário é objeto de lançamento e a impugnação

deveria ter sido apresentada no 30º dia após o lançamento, mas somente foi apresentada no 31º. Após dois anos e sete meses, a impugnação é julgada intempestiva e o impugnante apresenta recurso, sob o argumento de que o 30º dia correspondeu a um feriado local. Dois anos e seis meses depois, o recurso é julgado pelo órgão hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão de primeira instância, reafirmando a intempestividade da impugnação e o contribuinte (impugnante) se conforma com a decisão⁹.

Nessa situação hipotética, se fosse considerado que o prazo prescricional começou no 31º dia, a prescrição do crédito teria ocorrido, exatamente, porque o Fisco cumpriu o seu dever de analisar os argumentos apresentados pelo contribuinte no exercício do seu direito de recorrer (como uma dimensão do próprio direito à ampla defesa).

Assim, considerando a coerência do sistema que faz uma relação entre o início do prazo prescricional e a finalização completa das atividades do Fisco quanto à determinação do crédito tributário, no âmbito do processo administrativo fiscal, observa-se que, no caso da impugnação intempestiva, essa coerência apenas se mantém se se considerar que, enquanto não ocorre o trânsito em julgado administrativo da decisão que reconhece a intempestividade, não corre o prazo prescricional.

Caso contrário, o Fisco teria o dever de responder a impugnação e a eventual recurso do contribuinte e, ainda, teria contra si o transcurso do prazo prescricional a depender do entendimento que viesse a adotar (pela intempestividade ou não da impugnação). Além de o Fisco correr o risco de ter seu crédito extinto, enquanto cumpria seu dever de manifestar-se sobre a impugnação, o que já viola a coerência do sistema do processo administrativo fiscal, tal situação seria o único exemplo em que o Fisco teria um prazo material para julgamento da impugnação, uma vez que, a depender da demora, o crédito estaria prescrito, o que revela a incoerência desse modelo com todo o sistema processual tributário.

Ademais, ainda que a impugnação do contribuinte tenha sido apresentada intempestivamente, é possível que o Fisco promova uma revisão do crédito tributário que apenas foi observada em razão da apresentação da impugnação, embora tempestiva.

O fato de a impugnação ser intempestiva não impede que o Fisco, em benefício do contribuinte, reveja eventual ilegalidade ocorrida no lançamento e que mereceria ser corrigida de ofício.

⁹ Embora geralmente a análise da tempestividade da impugnação não envolva divergências de entendimento, deve-se considerar que há situações nas quais a tempestividade pode ensejar certa polêmica, como situações de feriados locais, expediente de repartição encerrado antes do horário normal e dúvidas quanto ao momento em que ocorreu a intimação.

Nesse sentido, vejam-se precedentes do Conselho de Contribuintes, hoje denominado de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

NORMAS PROCESSUAIS – PRAZO – IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA – *Perda de prazo, por si só, não é suficiente para transformar exigência ilegal em legal* (PN/CST nº 67/86). NORMAS PROCESSUAIS – NULIDADE DO LANÇAMENTO – É nulo o lançamento cientificado ao contribuinte através de Notificação em que não constar nome, cargo e matrícula da autoridade responsável pela notificação. Acolher a preliminar de nulidade do lançamento (1º CC – Ac. 106-09.688 – 6ª C – Rel. Mário Albertino Nunes – DOU 28.04.1998)

IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA – NÃO CONHECIMENTO DAS RAZÕES DO RECURSO – *Não se conhece das razões de recurso, como tal, contra decisão de primeira instância, que não apreciou formalmente o mérito da exigência, à vista de comprovada intempestividade da impugnação.* LANÇAMENTO – PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE – PORTARIA 649/79 – COMPETÊNCIA DO SR. SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL – *Inobstante a intempestividade da impugnação, o Sr. Secretário da Receita Federal, é autoridade competente para apreciar a legalidade do lançamento, princípio constitucional maior, refletido no parágrafo único do art. 142 do CTN – Remessa dos autos àquela autoridade determinada* (1º CD – Ac. 107-2.169 – 7ª C – Rel. Dícler de Assunção – DOU 07.01.1997)

Ao considerar que o contribuinte pode beneficiar-se, mesmo sendo intempestiva a impugnação, por meio de uma revisão de ofício do ato de lançamento, nota-se que a prescrição em tais casos deve ter início quando a decisão de intempestividade alcançar o trânsito em julgado administrativo.

Caso contrário, se fosse considerado que o prazo prescricional deveria ser contado do fim do prazo para impugnação, o sistema processual tributário estaria permitindo que o contribuinte se beneficiasse da sua própria torpeza, na medida em que, poderia buscar uma revisão de ofício do lançamento por meio de uma impugnação intempestiva, e ao mesmo tempo, se a Administração demorasse na revisão de ofício do lançamento, o contribuinte teria a chance de que ocorresse a prescrição do crédito tributário.

Uma situação semelhante à do prazo prescricional do crédito tributário nos casos de impugnação intempestiva é a do prazo decadencial para ajuizamento de ação rescisória quando houve recurso intempestivo no curso do processo judicial.

A ação rescisória, prevista no art. 485¹⁰ do Código de Processo Civil, tem por objetivo a desconstituição da coisa julgada e deve ser ajuizada no prazo de dois anos contado do trânsito em julgado do processo judicial (art. 486 do Código de Processo Civil).

Se, por exemplo, um recurso especial contra um acórdão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região foi interposto intempestivamente e o STJ apenas reconheceu a sua intempestividade três anos depois de sua interposição, a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória depende do entendimento jurídico que se adote quanto ao termo inicial do prazo de dois anos.

Em ambas as situações, a resposta da pergunta acerca do termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória depende da definição do momento em que houve o trânsito em julgado (administrativo ou judicial).

Acerca desse tema, vale destacar as lições de Fredie Didier Jr:

A partir do trânsito em julgado da decisão final, inicia-se a contagem do prazo para o ajuizamento da ação rescisória. Ora, a coisa julgada material opera-se quando a decisão não está mais sujeita a qualquer recurso (CPC, art. 467). De fato, na dicção do § 3º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Em outras palavras, não cabendo mais recurso, haverá, então, coisa julgada.

10 Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato. [...]

Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Ocorre, porém, conforme visto no capítulo sobre a teoria geral dos recursos, que a data do trânsito em julgado corresponde à data do trânsito em julgado da última decisão. Com efeito, o prazo previsto no art. 495 do CPC somente flui quando é possível à parte ajuizar a ação rescisória. No particular, incide o princípio da utilidade, segundo o qual nenhum prazo pode ter curso quando é impossível sua utilização. Assim, interposto um recurso, enquanto este não vier a ser apreciado, não se pode ajuizar ação rescisória. Se o recurso vier a ser inadmitido, é a partir do trânsito em julgado da decisão que não o admitir que se inicia o prazo para a propositura da ação rescisória. É que, antes disso, não se viabilizava o ingresso da rescisória, por falta de um de seus requisitos: o trânsito em julgado. Não fosse assim, dever-se-ia aceitar o ajuizamento de ação rescisória condicional, que seria intentada, para evitar a consumação de decadência, e ficaria na pendência de ser ou não admitido o recurso interposto.

Como não se aceita ação rescisória condicional, o entendimento que vem prevalecendo aponta no sentido de que o prazo previsto no art. 495 do CPC somente tem início a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, ainda que esta tenha se restringido a não admitir determinado recurso. É que, a não ser assim, a parte iria, não raras vezes, deparar-se com situações, no mínimo esdrúxulas. Imagine-se que, interposto o recurso, e ultrapassado tempo superior a 2(dois) anos, sobreviesse decisão do tribunal declarando inadmissível o recurso. A se considerar que o trânsito em julgado operou-se antes da interposição do recurso, não haveria mais prazo para o ajuizamento da ação rescisória.¹¹

Vale acrescentar, ainda, o seguinte trecho em que o autor aborda a natureza jurídica do juízo de admissibilidade dos recursos no processo civil:

Se o juízo de admissibilidade é um juízo sobre a validade; se a invalidação é uma decisão constitutiva; se os atos processuais defeituosos produzem efeitos até a sua invalidação, conclusões já expostas e fundamentadas, a solução não pode ser outra: o juízo de admissibilidade é constitutivo negativo e tem eficácia ex nunc,

11 DIDIER JR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 3, Salvador: Juspodivm, 2010. p.381.

ressalvada expressa previsão legal que determine a eficácia ex tunc, que a princípio não se reputa conveniente, tendo em vista que os atos processuais, e o procedimento em particular, produzem efeitos até que seja decretada a sua invalidade (inadmissibilidade, no caso do procedimento recursal).¹²

Assim, o autor explica com clareza que, a natureza jurídica do juízo de admissibilidade dos recursos no processo civil é constitutiva, de forma que a decisão que reconhece a intempestividade de um recurso apenas produziria efeitos retroativos, se houvesse previsão legal especificamente nesse sentido.

Nesse sentido, o autor considera que, nos casos de recurso inadmitido, para efeito de contagem de prazo para ajuizamento de ação rescisória, o trânsito em julgado deve ser considerado como a data do trânsito em julgado da última decisão.

Do mesmo modo, nos casos de impugnação intempestiva, o trânsito em julgado administrativo também deve ser tido como o trânsito em julgado da última decisão administrativa proferida no processo administrativo fiscal.

Entender de forma diversa implica diversas situações que, do ponto de vista jurídico, estão incoerentes com as normas do processo administrativo fiscal, como, por exemplo, a exigência de que o Fisco ajuíze uma execução fiscal, antes de analisar a impugnação apresentada pelo contribuinte, o que, numa outra perspectiva, poderia ser tido como franca violação aos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Ademais, trazendo as lições de Fredie Didier Jr. para o exame da prescrição de créditos tributários impugnados intempestivamente, é possível afirmar que, considerar que o termo inicial do prazo prescricional é o fim do prazo para impugnação é o mesmo que exigir que o Fisco ajuíze uma execução fiscal condicional, instituto que não existe no processo civil brasileiro.

O ajuizamento de uma execução fiscal condicional representaria flagrante ofensa ao princípio do devido processo legal, haja vista que os bens do contribuinte estariam sujeitos a constrições antes mesmo de ter sua impugnação analisada pelo Fisco.

Apresentadas as semelhanças entre a questão do prazo para ajuizamento de ação rescisória em caso de recurso intempestivo e a do prazo prescricional do crédito tributário impugnado intempestivamente, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça

¹² Ibid., p.71

adotou entendimento semelhante ao do autor acima citado em diversos julgados, o que ensejou a edição da Súmula 411, o qual apresenta o seguinte teor:

Súmula 411 do STJ

O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

Em relação às semelhanças entre o processo administrativo e o judicial, vale destacar as lições de Alberto Xavier acerca do princípio da jurisdicionalização da impugnação administrativa:

O princípio da jurisdicionalização da impugnação administrativa exprime que o processo administrativo deve obedecer ao modelo de processo que se desenvolve nos tribunais, ressalvadas as especificidades decorrentes seja da natureza indisponível dos direitos em presença, seja da natureza não independente do órgão de julgamento, integrado na Administração.

A esta jurisdicionalização alude implicitamente a Constituição Federal, no inciso LV do artigo 5º, ao qualificar como “processo administrativo” o procedimento de revisão dos atos administrativos de iniciativa dos particulares, assegurando a estes últimos, tal como nos processos judiciais, “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. [...]

A jurisdicionalização do processo administrativo em geral, e em matéria tributária em especial, revela-se através de três traços essenciais: a garantia do duplo grau, o princípio do contraditório, como meio de exercício do direito de ampla defesa, e o princípio do efeito vinculante para a Administração das decisões finais nele proferidas.¹³

Acerca da definição do momento em que ocorre o trânsito em julgado, não há peculiaridade do processo administrativo, em relação ao processo judicial, que justifique um tratamento diferenciado.

Assim, do mesmo modo que no caso da ação rescisória o trânsito em julgado, para início da contagem do prazo de dois anos, é

13 XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 313-314.

considerado como o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo judicial, também no processo administrativo, o trânsito em julgado deve ser considerado como o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo administrativo.

Por fim, vale ressaltar que o entendimento ora apresentado também pode ser aplicado a processos sancionatórios regidos pela Lei nº 9.873/99, nos quais houve aplicação de multa e interposição de recurso intempestivo, uma vez que os créditos decorrentes de multa de poder de polícia também estão sujeitos a prazo de prescrição da pretensão executória, cujo início se dá com o trânsito em julgado administrativo.

Assim, também para estas situações, entende-se que o início do prazo da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado administrativo, devendo ser considerado como o trânsito em julgado da última decisão administrativa do processo, ainda que tenha havido interposição de recurso intempestivo.

CONCLUSÃO

O art.174 do Código Tributário Nacional trata do prazo prescricional dos créditos tributários e estabelece um prazo de cinco anos, contado da constituição definitiva do crédito, para que o Fisco realize a cobrança dos créditos tributários.

Nos casos em que o contribuinte apresenta impugnação ao lançamento após o término do prazo para impugnação, ao considerar o conjunto das normas de processo administrativo fiscal, deve-se considerar que a constituição definitiva do crédito (termo inicial do prazo prescricional) ocorre com o trânsito em julgado administrativo da última decisão proferida no processo administrativo fiscal.

Embora haja divergência nos Tribunais quanto à matéria, o Superior Tribunal de Justiça, em casos semelhantes (ajuizamento de ação rescisória para desconstituir Acórdão contra o qual foi interposto recurso intempestivamente) adotou o entendimento de que o trânsito em julgado, para efeito da contagem do prazo para ajuizamento da ação rescisória, deve ser considerado como o trânsito em julgado da última decisão judicial proferida no processo, o que ensejou a edição da Súmula 411 do STJ (*“O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”*).

Ademais, esse é o entendimento mais coerente com as normas do processo administrativo fiscal que vinculam o início do prazo

prescricional à solução definitiva do processo administrativo, a qual somente é alcançada com o trânsito em julgado administrativo da decisão que reconhece a intempestividade da impugnação.

Desse modo, nos casos de impugnação apresentada pelo contribuinte intempestivamente, o termo inicial do prazo prescricional deve ser considerado como o trânsito em julgado administrativo da última decisão proferida no processo administrativo (constituição definitiva do crédito).

REFERÊNCIAS

_____. Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União – Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Decreto-lei no 70.235/72, de 6 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União – Brasília, DF. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União – Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Terceira Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Paulo Barata, AMS 200451010130539, Apelação em mandado de segurança, 59377, Data da Decisão 25/08/2009, Data da Publicação, 29/09/2009. Disponível em < <http://www.jf.jus.br/cjf> >. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Primeira Turma, Rel. Joel Ilan Paciornik, AC 50044430220114047201, AC-Apelação Cível, Data da decisão 20/06/2012, Publicação D.E. de 02/07/2012. Disponível em < <http://www.jf.jus.br/cjf> >. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da Quinta Região, Segunda Turma, Rel. Desembargador Federal Francisco Wildo, REO 00071498120114058311, REO – Remessa Ex Officio – 551085, Data da Decisão 11/12/2012, Publicação

DJE de 13/12/2012, página 517. Disponível em < <http://www.jf.jus.br/cjf> >. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da Quinta Região, Terceira Turma, Desembargador Federal Maximiliano Cavalcanti, AG 200905001124103 AG-Agravo de Instrumento – 103005, Data da decisão 19/05/2011, Publicação DJE de 24/05/2011, p. 211. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/cjf> >. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Data do Julgamento 10/05/2011, Data da Publicação/Fonte, DJe de 16/05/2011. Disponível em < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp >. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, REsp 734680/RS – Recurso Especial 2005/0045428-1, Data do Julgamento 20/06/2006, Data da Publicação/Fonte DJ 01/08/2006, p. 376. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp >. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. 1º Conselho de Contribuintes – Ac. 106-09.688 – 6ª C – Rel. Mário Albertino Nunes – DOU 28.04.1998.. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. 1º Conselho de Contribuintes. Ac. 107-2.169 – 7ª C. Rel. Dícler de Assunção. DOU 07.01.1997. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2010.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A REGULAMENTAÇÃO DAS FEMTOCÉLULAS PELO ÓRGÃO REGULADOR DE TELECOMUNICAÇÕES – PROMESSAS DE MELHORIA DO SERVIÇO E QUESTIONAMENTOS QUANTO ÀS REPERCUSSÕES NOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL

*THE REGULATION OF FEMTOCELLS BY THE BRAZILIAN
REGULATORY AGENCY OF TELECOMMUNICATIONS - PROMISES OF
IMPROVED SERVICE AND QUESTIONS ABOUT THE IMPACT ON THE
RIGHTS OF MOBILE SERVICE'S USERS*

Imira Carvalho Lima

Procuradora Federal junto à Procuradoria Federal Especializada da Anatel.

Pós-Graduada em Direito Civil

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da função normativa da Anatel e dos níveis de qualidade exigidos das Prestadoras para a prestação do SMP; 2 Definição de femtocélulas: das promessas de melhoria do serviço advindas da incorporação desse aparelho às redes de SMP; 3 Da utilização das Femtocélulas e do Cumprimento das Metas de Qualidade pelas Prestadoras de SMP: potenciais impactos nos direitos dos usuários; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar resumidamente a proposta de introdução, pela Agência Nacional de Telecomunicações, da regulamentação acerca das femtocélulas em redes do Serviço Móvel Pessoal (SMP) e do Serviço Móvel Especializado (SME) e das possíveis repercussões da inserção desses equipamentos ao serviço prestado aos usuários do serviço, especificamente o do serviço móvel celular. Nesse sentido, inicialmente examinou-se o Serviço Móvel Pessoal, suas características e evolução no mercado brasileiro, bem como quais os níveis de qualidade exigidos das Prestadoras pelo Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal – RGQ-SMP, aprovado pela Resolução nº 575, de 28 de outubro de 2011. Em seguida, foi estudada a definição de femtocélula e de que forma ela pode permitir uma melhoria na prestação do serviço celular. Colige-se, ainda, qual a abordagem conferida à questão pela proposta submetida à Consulta Pública quanto ao nível de qualidade a ser alcançado pela femtocélula e a eventual cobrança do consumidor pela sua utilização. Nesse diapasão, será então colocada a questão primordial desse artigo, que visa perquirir quanto aos impactos da utilização das femtocélulas nas metas de qualidade para o SMP, analisando-se, ainda, a cobrança pela aquisição das femtocélulas como uma possível configuração de transferência, ao consumidor, do ônus, que cabe às Prestadoras, de promover maiores investimentos na infraestrutura do serviço regulado. Ao final, será elaborado posicionamento quanto à necessidade de haver o tratamento dessa questão na regulamentação das femtocélulas, atualmente objeto de Consulta Pública.

ABSTRACT: This article briefly aims to analyze the proposed introduction of regulation about femtocells in the Personal Mobile Service and Radio Trunking Service networks by the Brazilian Regulatory Agency of Telecommunications, and possible consequences of the insertion of such equipment to the users of the cellular mobile service. Accordingly, we initially examined the Personal Mobile Service characteristics and its market evolution in Brazil, as well as the quality levels required by Regulation Quality Management of Personal Mobile Service, approved by Resolution nº 575, of October 28, 2011. Then we studied the definition of femtocell and how it can enable an improvement in the provision of cellular service. Next collects up the approach given to the question by the proposal submitted to the Public Consultation concerning on the level of quality to be achieved by the femtocell and the fact consumers are being charged for its use. In this vein, this article's key issue will be placed, which aims to examine the impact of the use of

femtocells in mobile service quality targets, analyzing also the charge for the acquisition of femtocells as a possible transfer to the consumer of a burden that should fall to the Providers, concerning the investments in cellular mobile services infrastructure. At the end, we will take a position regarding the need for treatment of this issue in the regulation of femtocells, currently subject of public consultation.

PALAVRAS-CHAVE: Femtocélulas. Serviço Móvel Pessoal (SMP). Metas de Qualidade. Direitos dos Usuários. Regulamentação pela Anatel.

KEYWORDS: Femtocells. Mobile Service. Quality Targets. Users Rights. Regulation by the Brazilian Agency of Telecommunications.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, a crescente presença dos celulares na vida das pessoas é uma realidade. Dados estatísticos revelam o número de habilitações de novas linhas e da aquisição de novos aparelhos em uma linha ascendente, em crescente utilização do Serviço Móvel Pessoal (SMP), ao passo que o Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) vem experimentando um quadro médio de estagnação, com leve acréscimo de novas linhas.

Em outubro de 2012, consoante informações contidas no endereço eletrônico da Anatel, o Brasil encerrou o mês com 259,29 milhões de acessos móveis¹. No sítio eletrônico da Teleco, por sua vez, consta que no mês de novembro de 2012 o Brasil ultrapassou o quantitativo de 260 milhões de celulares, o que configura uma densidade de 131,99 celulares a cada 100 (cem) habitantes².

Não há dúvidas quanto à relevância que vem ganhando o Serviço Móvel Pessoal no cenário mundial, e que, nessa mesma linha, o usuário demanda cada vez mais tráfego de voz e dados, e em maior velocidade. Com efeito, a rápida e crescente introdução de *smartphones* e *tablets* produz uma demanda cada vez maior por banda larga móvel, o que se reflete no contínuo aumento do tráfego de dados nos celulares atuais.

A outra face desse crescimento vertiginoso, todavia, encontra-se na deficiência do serviço ofertado ao usuário, podendo-se citar como queixas mais comuns o não completamento de chamadas, a queda de

1 <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=27268>.

2 <http://www.teleco.com.br/ncel.asp>.

ligações, a ausência ou interrupções de sinal frequentes e a conexão à internet móvel em baixa velocidade.

A insatisfação com a qualidade do serviço celular é causa diuturna de reclamações na Anatel, nos Procons (Órgãos de Proteção e Defesa do Consumidor) e no Judiciário, onde se propugna a má qualidade do serviço oferecido ao usuário, não obstante os altos preços pagos pelo consumidor.

As Prestadoras de telefonia, fixa e móvel, estão entre as campeãs de reclamação nos Procons³, sendo ainda consideradas como as empresas que possuem os piores serviços de atendimento aos clientes (SACs)⁴. São muitas as queixas dos consumidores, o que demonstra uma evidente insatisfação com o serviço prestado.

A constatação pelo Órgão Regulador de graves deficiências no serviço foi, inclusive, enfrentada pela Anatel recentemente, em decisão amplamente divulgada nos meios de comunicação, o que levou à imposição de medida cautelar às Prestadoras que então possuíam os piores níveis de qualidade em cada unidade da federação. Essas Operadoras foram proibidas de comercializar novas linhas até que formalizassem, perante a Anatel, Plano de Ação que contivesse obrigações de melhoria da infraestrutura, especialmente quanto ao completamento e à interrupção de chamadas, bem como quanto ao correto tratamento das reclamações dos usuários⁵.

A regulamentação das femtocélulas surge, portanto, em um momento em que está em pauta os níveis de qualidade oferecidos pelas Prestadoras. Nesse sentido, as Operadoras descrevem as vantagens na adoção das femtocélulas, bem como o avanço a ser promovido na qualidade do serviço como um todo, em virtude do escoamento de tráfego da rede macro.

A Anatel, de seu turno, elaborou proposta de Resolução, a qual se encontra atualmente submetida aos comentários do público em geral – Consulta Pública nº 53/2012 –, onde consta a normatização da oferta de femtocélulas pelas Prestadoras, nas redes de SMP ou do SME.

Diante desse contexto, é necessário que se proceda a uma análise crítica da introdução, pela Agência Nacional de Telecomunicações, das femtocélulas no ordenamento, examinando os aspectos positivos na

3 <http://economia.estadao.com.br/noticias/suas-contas%20geral,bancos-e-telecomunicacoes-lidera-ram-atendimentos-no-procon-sp-em-2012,140829,0.htm>

4 <http://www.senado.gov.br/NOTICIAS/JORNAL/EMDISCUSSAO/banda-larga/mercadotelecomunicacoes/reclamacoes-no-procon.aspx>.

5 <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalPaginaEspecialPesquisa.do?acao=&tipoConteudoHtml=1&codNoticia=26085>

oferta ao consumidor, sem descurar, todavia, do aspecto potencialmente maléfico quanto à cobrança dessa novel oferta, mesmo em situações em que o serviço esteja com graves deficiências de qualidade.

1 DA FUNÇÃO NORMATIVA DA ANATEL E DOS NÍVEIS DE QUALIDADE EXIGIDOS DAS PRESTADORAS PARA A PRESTAÇÃO DO SMP

O Serviço Móvel Pessoal - SMP é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, caracterizando-se por possibilitar a comunicação entre estações de uma mesma Área de Registro do SMP ou acesso a redes de telecomunicações de interesse coletivo.

O regime de prestação do SMP é privado, estando a sua exploração e o direito ao uso das radiofrequências necessárias jungidas à prévia autorização da Anatel. As regras gerais para a prestação desse serviço, por sua vez, encontram-se previstas na Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007.

O Serviço Móvel Especializado (SME), de seu turno, constitui-se no serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo, que utiliza sistema de radiocomunicação, basicamente, para a realização de operações tipo despacho⁶ e outras formas de telecomunicações, sendo prestado em regime privado. Encontra-se, de seu turno, atualmente regulamentado pela Resolução nº 404, de 5 de maio de 2005.

Assim como o SMP, o SME agrega a característica de fornecer mobilidade ao usuário, o que justifica estarem ambos os serviços inseridos na proposta de regulamentação das femtocélulas. No entanto, dada a enorme penetração do SMP em comparação ao SME, e das diferenças entre os serviços, verifica-se que as normas existentes para o SMP são sobremaneira mais detalhadas e rigorosas, impondo-se, por exemplo, às Prestadoras de celular, o cumprimento de metas de qualidade para o serviço.

Trata-se da Resolução nº 575, de 28 de outubro de 2011, que aprovou o Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal – RGQ-SMP, norma que visou dar cumprimento à função institucional da Anatel de regular o serviço de telecomunicações

6 As comunicações do tipo despacho, de seu turno, consoante os termos da Resolução nº 404/2005, são aquelas estabelecidas entre “estações fixas e estações móveis ou entre duas ou mais estações móveis, na qual uma mensagem é transmitida simultaneamente a todas as estações ou a um grupo de estações e efetuada mediante compartilhamento automático de um pequeno número de canais, de forma a otimizar a utilização do espectro”.

e garantir a prestação dos serviços em níveis adequados, tanto aquele prestado no regime público, como também aqueles em regime privado.

Cabe ressaltar que a Lei Geral de Telecomunicações – LGT, aprovada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, estabeleceu o rol geral de atribuições do Poder Público, estando nele incluídos, por exemplo, a garantia do acesso a toda população de serviços de telecomunicações em condições adequadas, bem como a necessidade de adoção de medidas que garantam padrões de qualidade em níveis exigidos pelos usuários. Nesse sentido, registre-se as citadas previsões legais:

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. [grifos nossos]

Ainda nessa linha de raciocínio, verifica-se que não descuidou a LGT de acentuar o dever do Estado, enquanto agente regulador, de assegurar os direitos do usuário, em especial, no caso vertente, dos direitos de obter um serviço com qualidade e regularidade, com liberdade na escolha da Prestadora e, ainda, que seja garantido o direito de informação aos consumidores quanto a esses mesmos serviços. É o que prevê a Lei de Telecomunicações, nos trechos que interessam:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;

[...]

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;

Especialmente no que concerne ao serviço ofertado em regime privado, o art. 127 da LGT assenta que a sua disciplina da exploração terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se, deste modo, a garantir, dentre outras premissas, a promoção da diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e qualidade, o respeito, como já coligido no art. 3º da LGT, aos direitos dos usuários, e ainda, o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes.

Evidencia-se, nessa toada, que para a consecução desse vasto leque de objetivos pelo Órgão Regulador, a atuação normativa da Agência exsurge, não obstante a conhecida polêmica entre os administrativistas acerca da extensão dessa prerrogativa, como um dos seus papéis mais relevantes para viabilizar a sua atuação finalística.

Com efeito, o poder regulamentar das Agências Reguladoras consegue, a um só tempo, atuar de modo técnico e ágil no setor, como também equilibrar os interesses e as forças contrárias existentes, com vistas ao aprimoramento e correção dos defeitos identificados nos mercados regulados.

A atuação normativa desses entes reguladores, consoante os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, têm por base a lei, e visam dar efetividade às diretrizes legais, respeitando os limites por elas impostos. É por esse motivo, portanto, que o poder normativo das Agências Reguladoras possui, consoante os ilustres administrativistas citados, duas características primordiais⁷:

- a) sua edição está expressamente prevista na lei cuja regulamentação eles devam estabelecer;

7 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 20. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 175-176.

- b) nas matérias de natureza técnica, eles não se limitam a dar “fiel execução” à lei (não são os regulamentos de execução a que se refere o art. 84, IV, da Constituição); eles complementam as disposições da lei, observadas as diretrizes gerais e os limites nela traçados.

Deste modo, portanto, a Anatel, legitimando-se como efetiva implementadora, dentro do seu enfeixamento de competências, da política nacional de telecomunicações, detém competência para a expedição de normas, tanto relativas à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público, como também de normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado. Trata-se do fenômeno, consoante o entendimento de Rodrigo Santos Neves e na esteira de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, da “deslegalização”, ou seja, da “mudança da sede normativa de determinadas matérias – da sede legislativa para outra sede normativa”⁸.

A função normativa das Agências, portanto, permite um efetivo e amplo espectro de atuação especializada do ente regulador, e não só pode – como deve – servir como motor para transformações relevantes no setor, com vistas à consecução dos seus objetivos institucionais, legalmente previstos.

Isso porque se evidenciou a necessidade de áreas de atuação especializada do Estado, as quais, por sua relevância à coletividade, não poderiam restar submetidas unicamente ao alvedrio dos interesses privados. É o que Alexandre Santos de Aragão, utilizando a definição de Giannini, explicita com a denominação de “ordenamentos setoriais”:

Os ordenamentos setoriais, instituídos pelo Estado por imposição da realidade econômica e técnica possuem uma base econômica identificável. Têm por função a regulação das atividades empresariais ou profissionais que possuem aspectos sensíveis ao interesse coletivo, tais como os serviços públicos, a exploração de determinados bens públicos (ex.: os recursos minerais), o comércio de valores mobiliários, a atividade financeira, a produção de medicamentos, o exercício da advocacia e da medicina, etc., que não podem ser deixadas ao livre arbítrio privado. [63]

Quando o legislador julga ser necessária uma maior rigidez do controle estatal, os ordenamentos setoriais são conferidos a entidades

8 NEVES, Rodrigo Santos. *Função normativa e Agências Reguladoras. Uma contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 122.

ou órgãos do próprio Estado, mas alheios à sua administração central, com a qual não possuem vínculos de hierarquia ou de significativo controle. São os casos das agências reguladoras no Brasil, das *commissions* norte-americanas e das autoridades independentes francesas, italianas e espanholas.

Em outras hipóteses, os ordenamentos setoriais são confiados aos próprios indivíduos ou empresas que exercem as atividades a serem reguladas, que, no entanto, deverão desenvolvê-las nos termos das normas estatais previamente estabelecidas e terão necessariamente que se agrupar nos respectivos ordenamentos setoriais. Exemplos eloqüentes desta modalidade são os Conselhos Profissionais.

[...]

Os ordenamentos setoriais incidem sobre os indivíduos ou empresas que pretendem desenvolver determinada atividade e que, para desenvolvê-la, necessitam de um prévio ato ou contrato administrativo que as habilitem, como autorizações, licenças, permissões e concessões. Emitidos estes atos administrativos ou celebrados os contratos de concessão, ao mesmo tempo em que passam a poder desenvolver a atividade visada, são imersos no ordenamento setorial a ela concernente e, conseqüentemente, submetidas ao poder regulatório do órgão ou entidade respectiva⁹.

Nesse contexto, os fundamentos do ordenamento setorial de telecomunicações levaram à elaboração de metas de qualidade do SMP, insculpidas na Resolução nº 575, de 28 de outubro de 2011, que aprovou o Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal – RGQ-SMP.

A indicação de níveis mínimos de qualidade a serem garantidos aos usuários evidencia-se no acolhimento, pelo Órgão Regulador, dos objetivos da LGT, devendo ser cumpridos por todas as Prestadoras do SMP, excetuando-se apenas aquelas que se enquadrarem na definição de Prestadora de Pequeno Porte¹⁰. Alinhe-se, para tanto, o teor do art. 1º do RGQ-SMP:

9 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes. Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/dialogo-juridico-13-abril-maio-2002-alexandre-santos-ara-gao.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

10 O art. 3º, inciso XV, do RGQ-SMP dispõe que “Prestadora de Pequeno Porte: prestadora de SMP com até cinquenta mil Acessos em Operação”.

Art. 1º Este Regulamento estabelece as metas de qualidade, critérios de avaliação, de obtenção de dados e acompanhamento da qualidade das Prestadoras do Serviço Móvel Pessoal - SMP.

§ 1º Todos os custos relacionados com o cumprimento das obrigações previstas neste Regulamento serão suportados exclusivamente pelas prestadoras.

§ 2º A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em face dos avanços tecnológicos e do crescimento das necessidades de serviços por parte da sociedade, pode rever, a qualquer tempo, as metas de qualidade do serviço, observado o disposto na regulamentação vigente e nos respectivos Termos de Autorização.

§ 3º As metas de qualidade descritas neste Regulamento estão estabelecidas sob o ponto de vista da rede e do usuário e devem ser igualmente cumpridas por todas as Prestadoras do SMP que não se enquadrarem na definição de Prestadora de Pequeno Porte, conforme definido neste Regulamento.

§ 4º Somente devem ser considerados para cálculo dos indicadores os dados referentes às localidades com mais de 180 (cento e oitenta) dias de operação comercial.

§ 5º As Prestadoras do SMP devem certificar seus métodos de coleta, consolidação e envio dos indicadores de qualidade do SMP, previstos neste Regulamento, junto a um Organismo de Certificação Credenciado (OCC).

Art. 2º O conjunto de informações e de dados deste Regulamento tem por objetivo possibilitar à Anatel a gestão da qualidade de cada Prestadora do SMP.

Parágrafo único. Este Regulamento abrange todas as conexões realizadas no âmbito da rede do SMP, assim como todas as conexões entre esta rede e redes de suporte a outros serviços de telecomunicações.

Da exposição regulamentar, tem-se que a imposição de níveis mínimos de qualidade, bem como os recursos necessários para o integral atendimento às metas impostas, incumbem unicamente às Prestadoras do

SMP. Ou seja, são as Operadoras de SMP que devem arcar financeiramente com os custos da adequada oferta do serviço, haja vista que elas atuam em um setor regulado pelo Estado. E, por serviço adequado, entende-se ser aquele que atende a essas metas e condições básicas de qualidade.

Ademais, verifica-se que o RGQ previu que será a evolução do serviço oferecido que regerá a manutenção, exclusão ou inclusão das supracitadas metas de qualidade. Em outras palavras, não são elas estanques, devendo a Anatel estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações, em benefício da população brasileira.

A garantia de tais patamares, a bem da verdade, diz respeito à própria oferta regular do serviço ao usuário, ou seja, preserva os direitos e a justa expectativa do consumidor, ao mesmo tempo em que se coaduna com o vetor legal que preceitua que os serviços oferecidos pelas Prestadoras necessitam ser adequado e com qualidade.

Não é razoável, por exemplo, que o usuário pague por um serviço de celular que não atenda a patamares basilares de completamento de chamadas, sob pena de se estar negando, na prática, a própria prestação do serviço.

Para fins de ilustrar a normatização citada, é relevante destacar que o RGQ-SMP previu indicadores para as Prestadoras em diversos aspectos da prestação do serviço. No particular, haja vista os objetivos da análise procedida neste estudo, insta indicar quais as metas referentes aos aspectos da infraestrutura da Operadora, entendendo-se como tais, na hipótese, os indicadores de rede e os indicadores de conexão de dados. São os seguintes os indicadores de rede:

Capítulo V

Dos Indicadores de Rede

Art. 15. As chamadas originadas na rede da prestadora e destinadas ao seu Centro de Atendimento devem ser completadas, em cada PMM, no mês, no mínimo em 95% (noventa e cinco por cento) dos casos.

§ 1º Nestes casos, o completamento deve se dar imediatamente após o estabelecimento da chamada e o usuário deve ter acesso imediato ao Sistema de Autoatendimento ou telefonista/atendente.

§ 2º O serviço de atendimento dos Centros de Atendimento da prestadora deve estar disponível ao usuário, ininterruptamente, durante 24 (vinte e quatro) horas por dia e 7 (sete) dias por semana.

§ 3º Esta meta é avaliada pelo indicador Taxa de Completamento de Chamadas para o Centro de Atendimento (SMP3). [...]

Art. 16. As tentativas de originar chamadas devem ser completadas, em cada PMM, no mês, no mínimo em 67% (sessenta e sete por cento) dos casos.

§ 1º Devem ser consideradas as tentativas de originar chamadas para Código de Acesso associado tanto à Área de Registro do usuário quanto para fora desta.

§ 2º Esta meta é avaliada pelo indicador Taxa de Completamento (SMP4). [...]

Art. 17. As tentativas de alocação de canal de tráfego devem ser concluídas com sucesso, em cada PMM, no mês, no mínimo em 95% (noventa e cinco por cento) dos casos.

§ 1º Esta meta é avaliada pelo indicador Taxa de Alocação de Canal de Tráfego (SMP5). [...]

Art. 18. Todas as tentativas de envio de Mensagens de Texto devem resultar em entrega ao usuário final em até 60 (sessenta) segundos no mínimo em 95% (noventa e cinco por cento) dos casos, no mês.

§ 1º Esta meta é avaliada pelo indicador Taxa de Entrega de Mensagem de Texto (SMP6). [...]

Art. 19. A quantidade de chamadas interrompidas por queda da ligação na rede da prestadora, em cada PMM, no mês, deve ser inferior a 2% (dois por cento).

§ 1º Esta meta será avaliada pelo indicador Taxa de Queda de Ligações (SMP7). [...]

É igualmente relevante transcrever os trechos da norma que preveem os indicadores de conexão de dados:

Capítulo VI

Dos Indicadores de Conexão de Dados

Art. 20. As tentativas de conexão destinadas a Conexão de Dados utilizando a rede do SMP, no PMT, devem ser estabelecidas em 98% (noventa e oito por cento) dos casos, no mês.

§ 1º Esta meta é avaliada pelo indicador Taxa de Conexão de Dados (SMP8). [...]

Art. 21. A taxa de queda das Conexões de Dados utilizando a rede do SMP da prestadora, no PMT, deve ser inferior a 5% (cinco por cento), no mês.

§ 1º Esta meta é avaliada pelo indicador Taxa de Queda das Conexões de Dados (SMP9) [...]

Art. 22. Durante o PMT, a Prestadora deve garantir uma Taxa de Transmissão Instantânea na Conexão de Dados, tanto no download quanto no upload, em noventa e cinco por cento dos casos, de, no mínimo:

I - vinte por cento da taxa de transmissão máxima contratada pelo Usuário, nos doze primeiros meses de exigibilidade das metas, conforme estabelecido no art. 55 deste Regulamento;

II - trinta por cento da taxa de transmissão máxima contratada pelo Usuário, nos doze meses seguintes ao período estabelecido no inciso I deste artigo; e

III - quarenta por cento da taxa de transmissão máxima contratada pelo Assinante, a partir do término do período estabelecido no inciso II deste artigo.

§ 1º Esta meta é avaliada pelo indicador Garantia de Taxa de Transmissão Instantânea Contratada (SMP10). [...]

Art. 23. A prestadora deve garantir uma Taxa de Transmissão Média nas Conexões de Dados, no PMT, tanto no download quanto no upload, de, no mínimo:

I - 60% (sessenta por cento) da taxa de transmissão máxima contratada nos doze primeiros meses de exigibilidade das metas, conforme art. 55 deste Regulamento.

II - 70% (setenta por cento) da taxa de transmissão máxima contratada nos doze meses seguintes ao período estabelecido no inciso I deste artigo.

III - 80% (oitenta por cento) da taxa de transmissão máxima contratada a partir do término do período estabelecido no inciso II deste artigo.

§ 1º Esta meta é avaliada pelo indicador Garantia de Taxa de Transmissão Média Contratada (SMP11). [...]

O rol de indicadores acima arrolados, que são referentes à rede e à conexão de dados, portanto, dizem respeito diretamente a elementos objetivamente aferíveis quanto ao serviço ofertado pela Prestadora do SMP, que potencialmente poderão ser favorecidos com a implantação das femtocélulas.

Nesse passo, todavia, será necessário examinar em quais aspectos a introdução das femtocélulas poderá gerar impactos no que concerne à prestação do Serviço Móvel Pessoal.

2 DEFINIÇÃO DE FEMTOCÉLULAS: DAS PROMESSAS DE MELHORIA DO SERVIÇO ADVINDAS DA INCORPORAÇÃO DESSE APARELHO ÀS REDES DE SMP

O conceito de femtocélula¹¹ encontra-se inserido no gênero de *small cells*¹², as quais, consoante o *Small Cell Forum* (anteriormente denominado *Femto Forum*), podem ser assim definidas:

Small Cells [“Pequenas Células”] são pontos de acesso sem fio de baixa potência que operam no espectro licenciado, constituindo-se como operadoras de gestão, com funcionalidades baseadas na inteligência EDGE [Enhanced Data Rates for GSM Evolution]. As *Small Cells* fornecem uma melhor cobertura de celular, capacidade

11 Deve-se registrar que o prefixo “femto” é admitido na língua portuguesa, assim como “fento”, conforme elucidativa explanação contida no dicionário Houaiss: “femto- pref. do SI [Sistema Internacional de Unidades], do dinam. e nor. femten ‘quinze’, equiv. a um multiplicador 10-15 (símb.: f); tb. grafado fento-: femtofarad/fentofarad”. HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. 1ª. ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.885.

12 <http://www.smallcellforum.org/aboutsmallcells-small-cells-what-is-a-small-cell>.

e aplicações para residências e empresas, bem como para espaços públicos metropolitanos e rurais¹³.

Em outras palavras, as *small cells* se constituem em acessos sem fio que visam o atendimento dos terminais móveis mediante a conexão em banda larga do usuário.

Dentro da categoria das *smallcells* se encontram as algumas espécies - as femtocélulas ou *femtocells*, bem como *picocells*, *metrocells* e *microcells*, as quais se distinguem entre si pelo seu raio de extensão, sendo as femtocélulas as com menor, e as *microcells*, as com maior alcance¹⁴.

Ainda de acordo com as definições trazidas pelo Small Cell Forum¹⁵, as femtocélulas podem ser então definidas:

Femtocélula: uma estação radiobase autossuficiente, com baixo consumo de energia e de curto alcance. Inicialmente usada para descrever unidades de consumo destinadas a residências, o termo se expandiu para abranger unidades de maior capacidade para empresa, áreas rurais e metropolitanas. Os principais atributos incluem *backhaul* IP, auto-otimização, baixo consumo de energia e facilidade de implantação.

De outro lado, e acrescentando algumas características, tem-se que as femtocélulas, consoante a definição da wikipedia, em tradução livre do inglês, caracterizam-se como sendo:

Em telecomunicações, uma femtocélula é uma pequena estação radiobase celular, de baixa potência, geralmente projetada para uso em uma casa ou empresa de pequeno porte. Um termo mais amplo, que é mais comum na indústria, é “small cell” [“pequena célula”], com a femtocélula como um subconjunto. Ela se conecta à rede do provedor de serviços de banda larga (como DSL ou cabo); é tipicamente projetada para suportar 2-4 celulares ativos

13 Tradução livre do texto “Small cells are low-power wireless access points that operate in licensed spectrum, are operator-managed and feature edge-based intelligence. Small cells provide improved cellular coverage, capacity and applications for homes and enterprises as well as metropolitan and rural public spaces.”. Disponível em: <<http://www.smallcellforum.org/about-femtocells.php?id=207>>

14 <http://www.smallcellforum.org/aboutsmallcells-small-cells-what-is-a-small-cell>.

15 Tradução livre do texto original: “Femtocell: A low-power, short range, self-contained basestation. Initially used to describe consumer units intended for residential homes, the term has expanded to encompass higher capacity units for enterprise, rural and metropolitan areas. Key attributes include IP backhaul, self-optimisation, low power consumption and ease of deployment”. Disponível em: <http://www.smallcellforum.org/Files/File/SCF-Small_Cells_White_Paper.pdf>.

em um ambiente residencial, e de oito a 16 celulares ativos em ambientes corporativos. A femtocélula permite aos provedores de serviços ampliar a cobertura de serviços dentro ou no limite da célula, especialmente onde o acesso de outra forma seria limitado ou inexistente. Embora muita atenção seja focada no WCDMA, o conceito é aplicável a todos os padrões, incluindo GSM, CDMA2000, TD-SCDMA, WiMAX e soluções LTE¹⁶.

Na norma proposta pela Anatel, não obstante tenha sido cogitada a possibilidade de inserção das femtocélulas em um dos conceitos já existentes na regulamentação já existentes para o SMP e do SME¹⁷, concluiu-se pela introdução de conceito próprio, que as enquadra tecnicamente como dispositivos de radiação restrita, sobre as quais, então, não incidirá o Fistel, a fim de não inviabilizar a sua oferta comercial¹⁸.

A definição de femtocélula adotada pela Anatel, por sua vez, foi a seguinte:

16 "In telecommunications, a femtocell is a small, low-power cellular base station, typically designed for use in a home or small business. A broader term which is more widespread in the industry is small cell, with femtocell as a subset. It connects to the service provider's network via broadband (such as DSL or cable); current designs typically support two to four active mobile phones in a residential setting, and eight to 16 active mobile phones in enterprise settings. A femtocell allows service providers to extend service coverage indoors or at the cell edge, especially where access would otherwise be limited or unavailable. Although much attention is focused on WCDMA, the concept is applicable to all standards, including GSM, CDMA2000, TD-SCDMA, WiMAX and LTE solutions". Texto em tradução livre. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Femtocell>>.

17 Na análise técnica procedida no Informe nº 532/2012/PVCPR/PVCP/SPV, de 08/06/2012, a Anatel estudou a possibilidade de enquadramento das femtocélulas como (i) Estação Móvel; (ii) Estação Rádio Base – ERB; (iii) Reforçador de Sinais de SMP; (iv) Repetidora do SMP.

18 Consoante os dados trazidos pela área técnica da Anatel, e que subsidiaram a proposta de norma levada à Consulta Pública, o valor estimado para uma ERB "gira na casa de milhares de reais", ao passo que "o preço de mercado para uma femtocélula é estimado na ordem de R\$ 500,00, sendo que com sua utilização em escala no país", poderá haver a sua redução para "patamares abaixo de R\$ 300,00, assim como se observa nos EUA, cujo valor varia entre US\$ 80 a US\$ 250". Nesse sentido, esclareceu-se a ERB se submete ao pagamento do Fistel (TFF – Taxa de Fiscalização de Funcionamento e TFI – Taxa de Fiscalização de Instalação), sendo o valor de TFI para as ERBs no montante de R\$ 1.340,80 (mil trezentos e quarenta reais e oitenta centavos), valor ao qual se deve somar a cobrança de TFF anual, no valor de 50% (cinquenta por cento) da TFI (art. 10 da Resolução no 255, de 29 de março de 2001). Assim, manifestou-se a área técnica que apenas tomando-se por base os valores de TFI e TFF por ERB, tem-se que tais custos poderiam "superar, de maneira significativa, os valores estimados para o equipamento, trazendo um impacto proporcionalmente maior nos modelos de negócio para implantação desse tipo de instalação". Diante dessas informações, portanto, a opção do Órgão Regulador foi elaborar definição própria da femtocélula, distinta de outros conceitos já existentes na regulamentação. Informe no 1163/2012/PVCPR/PVCP/SPV, de 06/11/2012, disponível em <<http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/-Contribuicoes/ExibeLinksMotivo.asp?PostId=C1638>>.

2.1.4. Femtocélula: equipamento de radiocomunicação de radiação restrita componente acessório da rede do SMP ou do SME, autoconfigurado e gerenciado pela Prestadora de SMP ou de SME, para operação de radiocomunicação com Estações Móveis com utilização de conexão de rede fixa¹⁹;

De acordo com a wikipedia, para a Operadora de celular, as vantagens da femtocélula se referem à cobertura e capacidade, especialmente em ambientes internos, ao passo que o consumidor se beneficia do aumento dessa cobertura do serviço, aumento da qualidade do serviço de voz e da duração das baterias dos celulares²⁰.

De outro lado, pode-se ainda indicar o seguinte rol de benefícios advindos das femtocélulas nas redes de SMP, citadas pela Teleco²¹, empresa de consultoria especializada em telecomunicações:

- Utilizam as frequências licenciadas destinadas à telefonia celular. Assim sendo, a operadora tem em teoria controle sobre o uso do espectro.
- [...]
- *Proporcionam redução de custos de Opex para a operadora já que o custo de backhaul é pago pelo usuário* (conexão de banda larga da residência). [grifos nossos]
- Serviços fixo e móvel integrados pelas operadoras (serviço 3G com banda larga fixa).
- *Diminui o churn na medida em que melhora a cobertura do serviço 3G no interior das residências.* Como a Femto-célula suporta 2 a 4 usuários (8 a 16 no modelo corporativo) simultâneos, melhora o serviço para vários membros da família que utilizam celulares da mesma operadora. [grifos nossos]
- [...]

19 <http://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1638&Tipo=1&Opcao=andamento>.

20 <http://en.wikipedia.org/wiki/Femtocell>.

21 http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorial3goffload/pagina_2.asp.

- Pode-se oferecer tarifas diferenciadas de serviço quando o usuário utilizar o telefone celular dentro de sua residência (acessando a Femto-célula) ou a rede celular convencional.

A Femtocélula, portanto, permite maiores taxas de transmissão de dados, melhoria na cobertura indoor, maior eficiência no uso do espectro, desafogando o tráfego da rede macro, uma vez que compartilha o mesmo plano de radiofrequências das Estações Rádio Bases – ERBs da rede macro do SMP e do SME.

Ainda nessa toada, o Small Cell Forum acentua existirem três grandes benefícios regulatórios na utilização das femtocélulas, que seriam (i) a melhoria do acesso; (ii) eficiência do espectro; e (iii) inovação e oportunidade. Por se relacionar às questões ora tratadas, entende-se relevante coligir as ponderações trazidas por esse fórum especializado:

4. Benefícios regulamentares das Femtocélulas.

Femtocélulas criam várias oportunidades para atingir os objetivos que os reguladores se propõe a atingir. Alguns deles são os seguintes:

1) Melhoria de Acesso: Femtocélulas fornecem meios eficientes de melhorar o acesso dos consumidores aos serviços móveis. Eles melhoram a cobertura em locais difíceis de alcançar em ambientes internos, sem a necessidade de implantar um grande número de estações radiobase externas. Eles entregam verdadeiramente serviços de banda larga móvel dentro do espectro existente. Em áreas rurais e remotas, femtocélulas permitem aos clientes acesso a serviços que de outra forma seriam difíceis para os operadores de prestar economicamente, promovendo assim a inclusão, reduzindo a exclusão digital e ampliando oportunidades para comunidades remotas, que passam a estarem totalmente conectadas.

Eficiência do espectro: Femtocélulas podem reutilizar o espectro existente do operador móvel para a operação, incluindo tanto frequências atualmente não utilizadas, como frequências já utilizadas em locais ao ar livre. Eles também abrem o uso de frequências mais elevadas cujo intervalo pode ser excessivamente limitado para uma grande área de operação, aumentando a disponibilidade geral do espectro. Eles também podem operar em frequências mais baixas, reduzindo sua potência de transmissão para evitar interferências nocivas.

3) Inovação e oportunidade: Ao reduzir o custo de implantação e operação dos serviços de banda larga móvel, femtocélulas aumentam o valor dos serviços para consumidores e prestadores de serviços. Mais significativamente, eles tornam a ligação de banda larga mais atraente para os consumidores, mediante a simples habilitação do uso de um dispositivo móvel em casa compatível com o Operador - o consumidor não tem que pensar sobre qual dispositivo ou rede deve usar quando estiver fazendo a transição para, ou a partir, de um ambiente doméstico. Elas aumentam a gama de modelos de serviços disponíveis aos operadores, encorajando a concorrência e eficiência. Elas também permitem que novas tecnologias possam ser entregues aos clientes de forma mais rápida, bem como fornecem uma plataforma para entrega de novas aplicações e serviços aos dispositivos já existentes, com tarifas atraentes²².

Diante dessas premissas, portanto, tem-se que as femtocélulas possuem como principais atributos a melhoria do serviço do SMP em geral, tanto no que concerne ao serviço de voz e a sua cobertura, como igualmente o provimento de acréscimo na capacidade de envio de dados em banda larga móvel.

Entretanto, é necessário analisar os impactos quanto à adoção das femtocélulas no que concerne às metas de qualidade arroladas

22 Tradução livre do inglês: "4. Regulatory benefits of Femtocells Femtocells create several opportunities to meet the objectives which regulators set out to achieve. Some of these are as follows:

- 1) Improved Access: Femtocells provide a cost effective means of improving consumer access to mobile services. They improve coverage in hard-to-reach indoor environments, without the need to deploy large numbers of outdoor base stations. They deliver truly broadband mobile services within existing spectrum. In rural and remote areas, femtocells allow customers to access services which would otherwise be hard for operators to serve economically, thereby promoting inclusion, reducing the digital divide and expanding opportunities for remote communities to be fully connected.
- 2) Spectrum efficiency: Femtocells can reuse existing mobile operator spectrum for operation, including both currently unused frequencies and frequencies already used by outdoor sites. They also open up the use of higher frequencies whose range might be excessively limited for wide-area operation, increasing the overall available spectrum. They can also operate happily in lower frequency bands, reducing their transmit power accordingly to avoid harmful interference.
- 3) Innovation and opportunity: By reducing the deployment and operating cost of mobile broadband services, femtocells increase the value of services for both consumers and service providers. Most significantly, they make a broadband connection more attractive to consumers by easily enabling the use of an operator-compatible mobile device in the home – the consumer does not have to think about what device or what network to use when transitioning to or from a home environment. They increase the range of service models available to operators, encouraging competition and efficiency. They also enable newer technologies to be delivered to customers more quickly and they provide a platform for delivering new applications and services to existing devices with attractive tariffs". Disponível em: <http://www.smallcellforum.org/Files/File/024_FF_Regulatory_Aspects_of_Femtocells_Ed2_0311.pdf>

pelo RGQ-SMP, com vistas a se obter uma perspectiva mais ampla da repercussão na introdução desses dispositivos nas redes de celular em face dos consumidores.

3 DA UTILIZAÇÃO DAS FEMTOCÉLULAS E DO CUMPRIMENTO DAS METAS DE QUALIDADE PELAS PRESTADORAS DE SMP: POTENCIAIS IMPACTOS NOS DIREITOS DOS USUÁRIOS

Como já referido, uma das questões relevantes citadas pelas Prestadoras e pela análise especializada da Anatel diz respeito ao impacto na utilização das femtocélulas na qualidade do serviço prestado ao usuário.

A femtocélula, como já indicado, permite a ampliação da cobertura em ambientes internos, desencadeando incremento na qualidade do serviço de voz e banda larga móvel, inclusive com a oferta de maiores taxas de transmissão de dados. Contudo, é necessário frisar que não obstante a femtocélula permita vantagens ao usuário, é certo que ela também promoverá, enquanto acessório da rede de telecomunicações da Prestadora de SMP ou de SME, evidentes benefícios em favor da Operadora, em especial quanto à qualidade do serviço a ser por ela prestado.

Em outras palavras, não se descarta do fato de as Prestadoras virem a obter proveito com a normatização das femtocélulas, seja em virtude da provável ampliação do seu número de usuários, como também, e principalmente, em virtude do uso das femtocélulas impactar positivamente na qualidade do serviço prestado, aumentando, por exemplo, o índice de completamento das chamadas e de tráfego de dados das Operadoras, consoante as metas exigidas pelo RGQ.

Em vista disso, surge uma preocupação: é possível pensar em um quadro em que a qualidade do serviço oferecido pela Prestadora esteja sobremaneira deteriorada, que ao consumidor não reste alternativa que não seja adquirir a femtocélula. Nesse cenário, suportaria o usuário os custos da aquisição desse aparelho, quando, a bem da verdade, essa falta de qualidade representaria um descumprimento do dever das Prestadoras de oferecerem aos consumidores um serviço que efetivamente atenda à justa qualidade esperada pelo usuário e determinada pela regulamentação.

Nesse caso, portanto, em vez de a Prestadora investir na melhoria da sua rede, instalando mais ERBs e aumentando a sua infraestrutura de redes, ofereceria ao consumidor a femtocélula como sendo uma solução para um problema que ela mesma deu causa, onerando diretamente o usuário. Ou seja, o usuário, para poder utilizar efetivamente o serviço com o mínimo de qualidade, seria novamente cobrado por essa “facilidade”, a

despeito do dever preexistente das Prestadoras de oferecerem o serviço com qualidade e do fato de que o consumidor já remunerar a Prestadora pela sua utilização.

Questiona-se, portanto, o seguinte: será que as femtocélulas influenciariam um possível desestímulo ao desembolso, pelas Operadoras, de recursos para a melhoria do serviço (instalação pelas Prestadoras de mais ERBs)? E, além disso, na prática consistiria em uma desvantagem para o usuário, que teria que pagar a mais por um serviço que já deveria ser de qualidade?

Nessa esteira de raciocínio, a Prestadora estaria, mediante a utilização das femtocélulas, utilizando o consumidor para subsidiar o cumprimento das metas de qualidade, não obstante se constitua em uma obrigação sua oferecer um serviço adequado, de acordo com os termos das regulamentações de regência, em especial o RGQ-SMP.

Sobre essas questões, o posicionamento adotado pela Agência foi no sentido da não incursão, na norma das femtocélulas, na questão da qualidade, entendendo que se mantém a garantia dos usuários, não atendidos pela femtocélula, aos parâmetros mínimos fixados na regulamentação, bem como a liberdade do consumidor em contratar, ou não, tal oferta:

[...] cumpre esclarecer que os requisitos de qualidade previstos no RGQ-SMP se aplicam a todos os Usuários do SMP das prestadoras que não sejam enquadradas como prestadoras de pequeno porte, estejam eles fazendo acesso à rede por meio de Femtocélula ou por Estações Rádio Base tradicionais.

Vale frisar que as Femtocélulas não trazem benefícios somente para aqueles usuários que acessam a rede através dela, mas também outros Usuários da rede de SMP que estejam próximos, pois o tráfego dos usuários vinculados à Femtocélula não mais trafega pela ERB próxima, possibilitando que os demais usuários dessa ERB possam usufruir dessa capacidade “liberada” pelo uso da Femtocélula.

Desta maneira, o Usuário que não está sendo atendido por uma Femtocélula tem todos seus direitos garantidos e o uso desses dispositivos deverá ocorrer para que níveis mais altos de qualidade sejam atingidos, resguardados os parâmetros mínimos estabelecidos na regulamentação.

Ademais, não se imagina que os usuários sejam coagidos a contratar essa oferta, até porque ela depende da disponibilidade da conexão

fixa, de modo que se o usuário não perceber vantagem na oferta, ele pode simplesmente não contratá-la²³.

Ocorre que, não obstante o entendimento técnico de que é assegurado ao usuário os patamares mínimos de qualidade, a realidade é que as deficiências no serviço prestado são patentes. Não basta a Agência afirmar que os usuários possuem tais direitos: deve-se indicar as consequências, caso esses fatos venham a ocorrer.

Nesse sentido, por exemplo, poder-se-ia pensar em um cenário em que, caso os níveis de qualidade estejam abaixo do razoável em certa localidade, identificada pela Anatel, as Prestadoras sejam obrigadas pela regulamentação a oferecer as femtocélulas ao usuário, sem custo adicional, visando suprir tais deficiências.

Outrossim, é possível cogitar ainda a possibilidade de haver um abatimento proporcional no valor da mensalidade cobrada pela femtocélula, caso não sejam alcançados certos níveis de eficiência e qualidade, superiores ao previstos no RGQ, a serem estabelecidos pela regulamentação. Desta maneira, portanto, restaria normatizado o grau de acréscimo de qualidade que as femtocélulas deveriam alcançar, obrigatoriamente em patamares consideravelmente maiores que os elencados nos indicadores de qualidade.

A problemática vertida, portanto, deve ser examinada de modo a permitir que a regulamentação das Femtocélulas realmente se reverta como uma utilidade a mais ao usuário, e não como uma adicional transferência a ele dos custos decorrentes da falta de investimento nas redes das Prestadoras.

O alerta, portanto, é no sentido de que a femtocélula efetivamente acresça aos serviços do SMP e do SME, sem descuidar do serviço para aqueles que não adquiram esse equipamento, principalmente porque o custo da femtocélula será repassado ao usuário, seja cobrando um valor único pelo aparelho, seja embutindo no preço uma mensalidade a ser cobrada pelo serviço.

Cabe registrar que a questão de se estar transferindo ao usuário os custos da infraestrutura das Prestadoras mediante a oferta de femtocélulas, inclusive, já foi levantada em outros países, conforme se verifica no seguinte trecho, que trata das problemáticas das femtocélulas com relação aos consumidores:

Controvérsia sobre proposições do consumidor.

23 Informe nº 1163/2012/PVCP/SPV, de 06/11/2012. Disponível em: <<http://sistemas.ana-tel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp#>>.

O impacto de uma femtocélula é, mais frequentemente, melhorar a cobertura celular, sem a necessidade da operadora de celular melhorar a sua infraestrutura (torres de celular, etc.) Este é o ganho líquido da operadora de celular. No entanto, o usuário deve fornecer e pagar por uma conexão de Internet para rotear o tráfego femtocélula e (geralmente) pagar uma taxa adicional uma única vez ou mensalmente à operadora de celular. Alguns tem se oposto à ideia de que os consumidores estejam sendo instados a pagar para ajudar a aliviar deficiências da rede. [18] Por outro lado, femtocélulas residenciais normalmente fornecem uma “célula pessoal”, que fornece benefícios apenas para a família do proprietário e amigos²⁴. [grifos nossos]

A questão foi levantada por Kevin C. Tofel, escritor-sênior do site GigaOM, especializado em tecnologia, que questionou o fato de a Femtocélula estar sendo oferecida justamente porque a Prestadora não está conseguindo cobrir o serviço na residência do usuário. Ou seja, em vez de a Operadora investir para a melhoria de sua infraestrutura, ela repassaria esse custo ao usuário, oferecendo a ele a aquisição de uma femtocélula:

Femtocélulas são ótimas, mas o modelo de pagamento está do avesso.

Desculpe pelo mini-discurso aqui, mas eu ainda não entendi o apelo das femtocélulas. Estas são “mini torres de celular” oferecidas pelas Operadoras a fim de proporcionar boa cobertura residencial de sinal para o seu telefone celular. Hoje, a AT&T tornou-se a última das quatro grandes companhias dos EUA a oferecer tal dispositivo (pelo menos, em sede de teste limitado) e Engadget Mobile diz que os clientes vão pagar U\$ 19,95 por mês para chamadas ilimitadas através da femtocélula. Parece ótimo, né? Vamos nos aprofundar um pouco mais sobre o que realmente faz um femtocélula antes de assinar um compromisso mensal.

O hardware, de fato, cobre a sua casa com uma melhor cobertura no seu aparelho. Mas isso é apenas para o tráfego de rede entre seu

²⁴ “Controversy on consumer proposition. The impact of a femtocell is most often to improve cellular coverage, without the cellular carrier needing to improve their infrastructure (cell towers, etc.). This is net gain for the cellular carrier. However, the user must provide and pay for an internet connection to route the femtocell traffic, and then (usually) pay an additional one-off or monthly fee to the cellular carrier. Some have objected to the idea that consumers are being asked to pay to help relieve network shortcomings.[18] On the other hand, residential femtocells normally provide a ‘personal cell’ which provides benefits only to the owner’s family and friends”. Tradução livre. Texto disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Femtocell#Controversy_on_consumer_proposition>.

aparelho e a femtocélula - não alterando magicamente o sinal de celular sem fio da femtocélula para a torre de celular mais próxima. Então, como então, a femtocélula pode melhorar a sua cobertura de telefonia? Ele faz isso através de banda larga, que você tem que prover e pagar. A femtocélula usa o tráfego através de sua conexão de banda larga residencial para lhe dar voz melhor e, potencialmente, cobertura de dados em casa. Eu não estou questionando o valor ou a necessidade de tal dispositivo, especialmente desde que cortamos a ligação fixa há alguns meses. Em última análise, precisamos de cobertura de celular sólida em nossa casa. O problema é que o modelo de negócio está direcionado demais para a operadora. Como assim?

Basicamente, você precisa de uma femtocélula na casa porque a operadora que oferece o serviço simplesmente não pode cobrir o serviço em sua casa. Em vez de a despesa para adicionar outra torre de celular nas proximidades, eles estão oferecendo-lhe uma mini-torre, que leva o tráfego da rede para fora da rede das Operadoras. Dito de outra forma - você está pagando o dinheiro extra cada mês à Operadora porque elas não podem fornecer um serviço que você já está pagando. Elas se beneficiam da diminuição do tráfego sobre o restante da sua rede. Eu já disse isso antes e vou dizer novamente - em vez de cobrar aos consumidores US\$ 5, US\$ 10 ou US\$ 20 por mês para uso da femtocélula, eles deveriam estar creditando clientes nesse montante pela ajuda com os seus problemas de cobertura e de rede²⁵.

25 "Femtocells Are Great, but the Payment Model is Backwards

Sorry for the mini-rant here, but I still don't get the appeal of femtocells. These are the 'mini cell tower' devices offered by carriers in order to provide good signal coverage at home for your cellular phone. Today, AT&T became the last of the big four U.S. carriers to offer such a device (at least in a limited trial) and Engadget Mobile says customers will pay \$19.95 a month for unlimited calling through the femtocell. Sounds great, right? Let's dig a little deeper into what a femtocell actually does before you sign up for a monthly commitment.

The hardware does indeed blanket your home with better coverage on your handset. But that's just for the network traffic between your handset and the femtocell — it doesn't magically alter the wireless cellular signal from the femtocell to the nearest cell tower. So how then, does the femtocell enhance your phone coverage? It does it over broadband, which you have to provide and pay for. The femtocell routes traffic through your home Internet connection to give you better voice, and potentially, data coverage at home. I'm not questioning the value or need of such a device, especially since we cut our landline cord a few months ago. Ultimately, we need solid cellphone coverage in our house. The problem is that the business model is skewed far more towards the carrier. How so?

Essentially, you need a femtocell in the home because the carrier that provides you service simply can't cover that service in your house. Instead of the expense to add another cellular tower nearby, they're offering you a mini-tower, which takes network traffic off of their network. Put another way – you're paying the carrier extra money each month because they can't provide you service that you're already paying for. They benefit from the decreased traffic on the rest of their network. I've said it before and I'll

Em outras palavras, conclui-se que o emprego das femtocélulas deve-se prestar a ir além do mínimo já garantido pelas normas do SMP e do SME, em especial dos níveis de qualidade previstos no RGQ-SMP, e não para garantir esse percentual mínimo, a menos que a própria Prestadora, nesse caso, arque integralmente com os custos da Femtocélula.

Essa distinção é relevante porque, na hipótese de a Femtocélula estar sendo utilizada para garantir o mínimo já exigido das Prestadoras, mas sendo cobrada como utilidade do usuário, estará a Operadora inquestionavelmente se valendo do consumidor para alcançar as metas de qualidade que são de sua exclusiva responsabilidade, o que configurará, nessa hipótese, em abuso e violação dos direitos dos usuários.

Deve-se ter em mente, portanto, que não deve ser avalizada pela Anatel a situação em que, caso o usuário não tenha a sua Femtocélula, na prática, ele não conseguirá usufruir regularmente do serviço oferecido pela Prestadora.

Na hipótese, portanto, de as Femtocélulas estarem sendo oferecidas aos usuários com vistas a permitir que a Prestadora alcance os limites mínimos de qualidade, tem-se que tal procedimento será possível somente se os custos forem suportados única e exclusivamente pela Operadora. Femtocélulas, portanto, devem ser utilizadas como um plus, um meio de o usuário que assim desejar conseguir atingir níveis mais elevados de qualidade, para além do assegurado pela regulamentação.

O que não se pode admitir, repise-se, é que o usuário subsidie o custeio das metas de qualidade da Prestadora para poder usufruir do serviço ao qual ele já tem direito, pagando a mais para que sejam superadas as falhas de rede e o serviço deficiente das Operadoras.

4 CONCLUSÃO

No Brasil, dados da Agência Nacional de Telecomunicações noticiaram que o Serviço Móvel Pessoal alcançou a marca de 260 milhões de celulares, ultrapassando há muito o quantitativo de instalações residenciais do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC).

A prestação do serviço celular no Brasil, todavia, possui fragilidades de qualidade percebidas pelos usuários do serviço: zonas escuras, interrupções no serviço, baixa taxa de transmissão de dados.

say it again — instead of charging consumers \$5, \$10 or \$20 a month for femtocell use, they should instead be crediting customers that amount to help with their coverage and network issues". Tradução livre. Kevin C. Tofel. *Femtocells Are Great, but the Payment Model is Backwards*. Disponível em: <<http://gigaom.com/mobile/femtocells-are-great-but-the-payment-model-is-back-wards/>>.

Não obstante sejam conhecidas as dificuldades experimentadas pelas Prestadoras na ampliação de sua rede, como é o caso da instalação de novas antenas, é certo também que a falta de investimentos em infraestrutura, capazes de acompanhar a expansão na oferta dos serviços, também configura um gargalo na prestação desses serviços em níveis satisfatórios.

Nessa ordem de ideias, impende ponderar que a normatização das femtocélulas configuraria um elemento importante, uma vez que tem o potencial de permitir uma melhoria na qualidade do sinal e incremento na velocidade de tráfego de dados, com vistas a suprir a demanda dos usuários.

O modelo liberal encaminhado à Consulta Pública quanto à regulamentação das femtocélulas, contudo, não adentrou efetivamente na questão da qualidade do serviço prestado. Do teor das manifestações técnicas, partiu-se da premissa que a femtocélula poderá agregar ao serviço da Prestadora, sendo de propriedade desta, de modo que os valores a serem cobrados do usuário e a forma dessa cobrança restará jungida ao que o livre mercado regular.

Entendeu-se que, por acrescer ao serviço da Prestadora do SMP ou do SME, nenhum usuário estará obrigado a adquirir a femtocélula, o que, consoante este entendimento, por si só resolveria a questão da cobrança do consumidor pela aquisição desse aparelho, uma vez que apenas aquele usuário que contratar essa oferta é que será cobrado por essa facilidade.

No entanto, deve-se ter em mente que a garantia de qualidade do usuário, consoante a regulamentação já existente (RGQ-SMP) já deve ser preservada, constituindo-se em dever da Prestadora manter estrita obediência ao que preconiza o regulamento de qualidade.

No entanto, é imperioso destacar que, sob o aspecto da qualidade sentida pelo usuário, há inquestionáveis deficiências de qualidade no serviço, já identificadas pelo próprio Órgão Regulador de Telecomunicações, tanto que exigiram uma enérgica intervenção da Anatel, em sede de cautelar, com vistas a obrigar as Prestadoras a apresentar Plano de Ação visando à correção das deficiências constatadas, e que contemplasse um projeto de investimento maciço em infraestrutura das redes e em tratamento das reclamações dos usuários.

Deste modo, longe, portanto, de ser uma ilação teórica, percebe-se que está presente o risco de que a aquisição das femtocélulas não apenas configure uma oferta de serviço em níveis ótimos de qualidade, mas sim que, diante das dificuldades experimentadas pelo usuário, estes acabem indiretamente submetidos ao consumo desses aparelhos para não se

verem impossibilitados de possuir um serviço com mínimos patamares de eficiência, capacidade e qualidade.

As femtocélulas, nessa hipótese, seriam uma espécie de “escape” das Prestadoras à aplicação de recursos em infraestrutura, com o agravante de que tais valores seriam diretamente repassados aos usuários.

Nesse ponto, deduz-se que somente o enquadramento regulamentar conferido pela Anatel às femtocélulas, em especial quanto ao modelo a ser adotado contemplar expressamente o necessário acréscimo de qualidade para além dos níveis já assegurados na regulamentação, é que possibilitará garantir que o consumidor se favoreça dessa novel facilidade.

Em vista disso, entende-se relevante que a Anatel proceda a uma regulamentação que garanta que o usuário não seja indiretamente obrigado a financiar, ainda mais, os investimentos em infraestrutura das Prestadoras – os quais devem ser unicamente por ela suportados. De modo diverso, propugna-se que esses novos aparelhos signifiquem um real avanço no setor de telefonia móvel, de modo a concretizar plenamente o potencial inovador das femtocélulas, beneficiando, enfim, os usuários do serviço e a população brasileira.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. *Anexo à Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007*. Aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP. Publicado no DOU de 13/08/2007, retificado em 23/11/2007. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/22-2007/9-resolucao-477>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. *Anexo à Resolução nº 404, de 5 de Maio de 2005*. Aprova o Regulamento do Serviço Móvel Especializado. Publicado no DOU de 16/05/2005. Disponível em: <<http://legislacao.ana-tel.gov.br/resolucoes/20-2005/210-resolucao-404>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. *Anexo à Resolução nº 575, de 28 de outubro de 2011*. Aprova o Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal – RGQ-SMP e altera o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP, aprovado pela Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2007, e alterado pelas Resoluções nº 491, de 12 de fevereiro de 2008, nº 509, de 14 de agosto de 2008, nº 564, de 20 de abril de 2011 e nº 567, de 24 de maio de 2011. Disponível em: <<http://legislacao.anatel.gov.br/resolucoes/26-2011/68-resolucao-575>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. *Informe nº 1163/2012/PVCP/PVCP/SPV, de 06/11/2012*. Disponível em: <<http://sistemas.ana-tel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp#>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL. *Análise nº 530/2012-GCJV, de 16/11/2012*. Disponível em: <<http://sistemas.ana-tel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp#>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 20. ed. São Paulo: Método, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes. Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/dialogo-juridico-13-abril-maio-2002-alexandre-santos-aragao.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. *Lei Geral de Telecomunicações*. Publicado no D.O.U. de 17.7.1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em: 10 jan. 2013.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. In: *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

NEVES, Rodrigo Santos. *Função normativa e Agências Reguladoras. Uma contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SMALL CELL FORUM. *Regulatory Aspects of Femtocells*. Second Edition. Disponível em: <http://www.smallcellforum.org/Files/File/024_FF_Regulatory_As-pects_of_Femtocells_Ed2_0311.pdf>. Acesso em 10 jan. 2013.

TELECO. *Redes 3G: Alternativa Femto-célula*. Disponível em: <http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorial3goffload/pagina_2.asp>. Acesso em: 10.02.2013.

TOFEL, Kevin C. *Femtocells Are Great, but the Payment Model is Backwards*. Disponível em: <<http://gigaom.com/2009/09/21/fem-tocells-are-great-but-the-payment-model-is-backwards/>>. Acesso em: 02.10.2012.

WIKIPEDIA (English). *Verbete: Femtocell*. Disponível em <<http://en.wikipedia.org/wiki/Femtocell>>. Acesso em 02.10.2012.

O FORO NOS PROCESSOS JUDICIAIS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

*THE JURISDICTION IN LITIGATION INVOLVING THE
FEDERAL GOVERNMENT*

Jadson Wagner Marques da Fonseca

Procurador Federal

Responsável pela Procuradoria Especializada da Anatel nos estados do RJ e ES

Especialista em regulação de telecomunicações

Mestrando em Direito Processual Constitucional pela Universidade Nacional de

Lomas de Zamora – UNLZ

SUMÁRIO: Introdução; 1 Regras Gerais de Competência; 2 A Competência de Foro nos Processos Envolvendo a Administração Pública Federal Oriundos de Contratos - Quadro Geral; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: considerando que o ordenamento jurídico brasileiro, através de diversas leis, determina que nos contratos administrativos seja inserida uma cláusula estipulando que o foro para a solução de eventuais conflitos judiciais entre as partes contratantes será o da sede da entidade administrativa e que o Supremo Tribunal Federal vem, recentemente, decidindo reiteradamente que aos demais entes públicos federais se aplica o art. 109, § 2º da Constituição Federal, nos propomos, no presente trabalho, com base em premissas da teoria constitucional, a fazer considerações sobre as implicações de tal posicionamento, bem como a sugerir uma opção de exegese normativa que importe em uma real consideração dos valores constitucionais albergados na magna carta pelo legislador constituinte e construídos pelos operadores do Direito Constitucional nos vinte e cinco anos de vigência da Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Administração. Federal. Autarquia. Cláusula. Eleição. Foro.

ABSTRACT: considering that the Brazilian legal system through several laws determines that in administrative contracts is inserted a clause stipulating that the forum for the solution of eventual judicial conflicts between the contracting parties will be of the head office of the administrative entity and that the Supreme Court has, recently, repeatedly decided that for the other federal public institutions the art. 109, § 2º of the Federal Constitution is also applied, we propose, in the present work, on the basis of premises of the constitutional theory, to make considerations on the implications of such positioning, as well as suggesting a normative exegesis option that implies in a consideration of the real constitutional values lodged in the magna letter for the constituent legislator and constructed by the operators of the Constitutional law in the twenty five years of validity of the Federal Constitution.

KEYWORDS: Administration. Federal. Autarchy. Clause. Election. Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

Em que pese a Administração Pública gozar da prerrogativa de auto-executoriedade de seus atos¹, o fato é que ela, em não poucas vezes, figura como parte em conflitos judiciais. Ora como Administração-autora, ora como Administração-ré².

Em um e outro caso, porém, o que importa para o presente trabalho é ser a lide oriunda ou não de um contrato. Assim, temos duas situações básicas da Fazenda Pública em juízo que nos interessam, quais sejam: quando a discussão é oriunda de um contrato ou quando não é.

Em ambos os casos, por óbvio, o processo originado do exercício do direito de ação deverá tramitar em um foro determinado, o qual variará dependendo de uma ou outra hipótese e das regras, normas e princípios incidentes em cada caso.

Apontar quais são estas regras, normas e princípios aplicáveis a cada hipótese, ou ao menos contribuir para aprofundar o estudo do tema, eis o escopo do presente trabalho.

1 REGRAS GERAIS DE COMPETÊNCIA

Como é de curial saber, o código Buzaid, albergando a teoria de Wach e Chiovenda, adotou o critério tríplice de fixação da competência, o qual leva em consideração o aspecto objetivo, o funcional e o territorial³. O primeiro é aquele que se funda no valor da causa, em sua natureza ou na qualidade das partes (art. 91). O segundo diz respeito às normas que regulam as atribuições dos diversos órgãos e de seus componentes que devem funcionar em determinado processo, como se dá nas sucessivas fases do procedimento em primeiro e segundo grau de jurisdição (art. 93). Por último, a competência territorial, a qual se reporta aos limites territoriais em que cada órgão judicante pode exercer sua atividade jurisdicional (art. 94 e seguintes). Neste caso, o legislador procurou aproximar a atuação judicial dos fatos que deram origem à lide⁴.

Tais critérios, não obstante, bem como o próprio Código de Processo Civil (CPC), não lograram exaurir a complexidade da matéria presente na

1 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures, p. 75, 2001.

2 SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Processual e o Direito Administrativo. In: Sundfeld, Carlos Ari e Bueno, Cassio Scarpinella (Org). *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 15 – 30.

3 JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 175, 1990.

4 CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 101, 2006.

sistemática processual brasileira, tanto que o próprio CPC nos remete aos dispositivos pertinentes da Constituição da República (CR)⁵.

Em qualquer caso, porém, tais normas ora são cogentes e ora dispositivas. As primeiras são aquelas estabelecidas em virtude do interesse público, ou seja, tendo por fim a correta ou melhor atuação possível do Poder Judiciário, não podendo, deste modo, ser objeto de disponibilidade pelas partes. Já as segundas, são estabelecidas em virtude do interesse e comodidade das partes, admitindo-se, como regra, que estas possam modificá-las de acordo com estes mesmos interesses e comodidades, como podemos ver nas precisas lições de Humberto Theodoro Júnior⁶.

Enquadra-se neste último tipo, segundo a exegese doutrinária e jurisprudencial, apenas, a competência territorial e em razão do valor⁷, estando no primeiro grupo as demais regras. As regras de competência de cunho imperativo são denominadas de absolutas, enquanto são chamadas de relativas aquelas que podem ser ignoradas pelas partes⁸.

De acordo com o art. 113 do CPC, o desrespeito às regras absolutas de competência pode ser reconhecido de ofício pelo juiz e pode ser arguida a qualquer tempo ou em qualquer grau de jurisdição. Já o desrespeito às regras relativas de competência deve ser objeto de exceção por parte do réu de acordo com o art. 112⁹ do mesmo código, só podendo ser conhecidas de ofício pelo juiz em casos de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão¹⁰.

No que toca ao objeto de nosso interesse - os processos em que é parte a Administração Pública Federal, as regras de competência se encontram espalhadas em diversos diplomas normativos e, inclusive, na Constituição Federal.

Além da diferenciação feita inicialmente entre Administração-autora e Administração-ré, é preciso, ainda, separar os casos em que a parte integra a Administração Direta ou a Administração Indireta¹¹.

5 Para uma análise mais pormenorizada do tema, não obstante, cf. Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 462 – 466, 2005.

6 Ibidem, p. 192.

7 Excetua-se a regra da parte final do art. 95. do CPC, uma vez que, embora o caso seja de competência territorial, é inalterável pelas partes.

8 Observamos, aqui, que não é a competência que é absoluta ou relativa, mas as regras que a ela se aplicam, podendo as mesmas, conforme a natureza, ser relativizadas ou não pelas partes.

9 Com a redação dada pela Lei nº 11.280/2006.

10 Na realidade, aqui, o juiz atua sobre o direito material e reconhece a nulidade da cláusula eletiva, o que acaba por implicar em consequências processuais com a declinação da competência.

11 Sobre o conceito de Administração Direta e Indireta, remetemos o leitor à obra citada de José dos Santos Carvalho Filho, p. 342 e 346.

Quando se tratar da União, é preciso efetuar uma interpretação sistemática entre as regras do CPC (arts. 94 e 99) e a da CR (art. 109, § 2º), bem como levar em consideração alguns outros diplomas esparsos, sendo os que nos interessam, principalmente, a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 8.987/95.

Quando a União for autora, a regra geral é a do art. 94 do CPC.

Na posição de ré, as regras de competência para processar o feito em que for parte a União estão estabelecidas no § 2º do art. 109 da CR.

Quanto às determinações trazidas nas duas leis logo acima citadas, postergaremos sua análise para momento mais apropriado.

As normas de competência incidentes sobre os processos em que forem partes os membros da Administração Indireta eram, até bem pouco tempo, em regra, as mesmas aplicáveis às pessoas jurídicas em geral, ou seja, quando autoras, as do art. 94 do CPC, quando rés, as contidas no art. 100, IV, alíneas “a” e “b” do mesmo diploma¹². Neste sentido, apenas como exemplo, as seguintes decisões, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O IBAMA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL.

1. A competência para julgar ação proposta contra autarquia federal na qual se discute obrigação legal, é do foro da sua sede, nos termos do art. 100, IV, “a”, do CPC. Precedentes do STJ.

2. Hipótese em que o IBAMA foi demandado em local em que não possui representação (Município de Santo Ângelo/RS), devendo o feito ser deslocado para a Seção Judiciária de Porto Alegre, onde possui sede regional, conforme requerido na Exceção de Incompetência.

3. Agravo Regimental provido¹³.

(STJ, AgRg no REsp 1099687 / RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, julgado em 26/05/2009, DJ 31/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL. ART. 100, IV DO CPC. AUTARQUIA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SEDE OU FILIAL.

¹² JÚNIOR, op. cit. p. 188.

¹³ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1099687+&b=ACOR>. Acesso em 10 jan. 2013.

ELEIÇÃO DO DEMANDANTE. PRECEDENTES. RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.

1. Consoante jurisprudência do STJ, as ações intentadas contra autarquia federal devem ser demandadas no foro de sua sede (art. 100,

IV, a), no caso, o Distrito Federal, ou no foro do local onde se encontra a agência ou sucursal (art. 100, IV, b), cabendo ao demandante a escolha do foro competente.

2. Deste modo, em havendo dois ou mais autores com diferentes domicílios, a União Federal e suas Autarquias, poderão ser demandadas em qualquer um deles, à escolha do autor, hipótese em que a competência se estende a todos os integrantes do litisconsórcio.

3. Embargos de declaração conhecidos, mas desprovidos.¹⁴

(STJ, EDcl no AgRg no REsp 865475 / DF, Rel. Des. Convocada do TJ/MG JANE SILVA, julgado em 18/09/2007, DJ 08/10/2007, p. 357)

Mais uma vez, relembremos as disposições já mencionadas das Leis nº 8.666/93 e nº 8.987/95, as quais, por serem o objeto principal de nossa análise, serão comentadas em item específico.

2 A COMPETÊNCIA DE FORO NOS PROCESSOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL ORIUNDOS DE CONTRATOS - QUADRO GERAL

Em que pese todos os dispositivos legais e constitucionais aqui já citados, existem diversos dispositivos legais, todos de leis editadas após a promulgação da atual Constituição Federal, estabelecendo regras diversas de foro para entidades integrantes da Administração Pública e, mais particularmente, da Administração Federal.

14 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=autarquia+e+foro+e+constituicoes+E7%E3o+Federal&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=21>. Acesso em: 10 jan. 2013.

Até pela ordem cronológica, a primeira que destacamos é o Estatuto Nacional de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93)¹⁵, o qual dispõe, *ad litteram*:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

Dispositivo semelhante possui a chamada Lei das Concessões dos Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), a qual assim, estabelece¹⁶, *ipsis litteris*:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

No mesmo diapasão, a denominada Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97) dispõe da seguinte forma¹⁷, *litteratim*:

Art. 93. O contrato de concessão indicará:

XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

De forma semelhante, a Lei nº 9.427/96¹⁸ dispõe em seu art. 1º, *ipsis verbis*:

Art. 1º É instituída a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério de

¹⁵ Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

¹⁶ Idem

¹⁷ Idem

¹⁸ Idem

Minas e Energia, com sede e foro no Distrito Federal e prazo de duração indeterminado.

De forma idêntica a esta última dispõem as leis nº 9.478/97; nº 9.782/99; nº 9.961/2000; 11.182/05; 9.984/2000, dentre outras.

Nesta toada, especificamente sobre a transcrita disposição da Lei nº 8.666/93, Jessé Torres leciona no seguinte sentido¹⁹, *verbis*:

O § 2º do art. 55 fixa regra de competência absoluta em favor da Administração Pública, pelo fato de tratar-se da Administração Pública. Ou seja, reitera a competência *ratione personae*, inderrogável e improrrogável, que o direito brasileiro acolhe relativamente a entes públicos, que gozam de foro especial e privativo para demandar ou serem demandados em Juízo (v. CPC, art. 99).

A norma é de ordem pública e, pois, cogente (inafastável pela vontade dos contraentes). O foro competente para conhecer e julgar questões decorrentes dos contratos da Administração Pública será, sempre, o da sede do ente da Administração direta (União, estados, distrito Federal e Municípios) ou da entidade da Administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista) que haja firmado o contrato. Nem a própria Administração poderá escolher outro foro em cláusula contratual, do que se segue que está vedado, nesses contratos, o foro de eleição (CPC, art. 111) e lhes será inaplicável o verbete 335, da Súmula do Supremo Tribunal Federal (“É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato”).

Tal sentir é apreendido não só por publicistas, mas também por aqueles que se ocupam do Direito Privado. Neste sentido, usando a nomenclatura “contratos coativos”, Silvio de Salvo Venosa²⁰ assim se manifesta sobre o assunto, *in litteris*:

A expressão contrato coativo contém o máximo do dirigismo contratual. Não há como defender a autonomia da vontade se o contrato é imposto.

19 Junior, Jessé Torres Pereira. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 348-349.

20 Venosa, Silvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 386.

[...]

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 garantido 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.

No mesmo sentido se posiciona Maria Helena Diniz²¹, quando aduz que “o princípio da autonomia da vontade sofre, portanto, restrições, trazidas pelo dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual”. Em seguida, a autora lembra da observação de Couto e Silva, “no sentido de que nos contratos ditados, compulsórios ou cogentes, inexistente autonomia da vontade, por consistirem em acordos entre particulares que, por força de lei, são obrigados a contratar, ou entre particular e poder público”.

De acordo com estes pontos de vista, então, o que chamamos de cláusula de eleição de foro nos contratos administrativos, na realidade, não poderia ser algo mais diferente. Sendo de feitura compulsória em decorrência de expressa disposição legal, possui ela, na realidade, natureza de norma pública, não restando qualquer resquício de natureza contratual, uma vez que sua presença independe da vontade de quaisquer das partes.

Em sentido, porém, diametralmente oposto, ao discorrer sobre o referido art. 55, se posiciona Maçal Justen Filho²² nos seguintes termos:

O § 2º é parcialmente inconstitucional. Ao determinar a obrigatoriedade da cláusula de eleição do foro da sede da unidade administrativa, impõe dispositivo que conflita com a Constituição em certo ângulo.

[...]

21 DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 72.

22 FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 486.

Não é constitucional, porém, restringir a amplitude da regra do art. 109, § 2º da CF/88, que assegura a faculdade do particular escolher o foro para litigar com a União.

De outro eito, o Supremo Tribunal Federal (STF), de forma contrária à jurisprudência consagrada nos demais tribunais federais até então, como já vimos, vem decidindo, reiteradamente, no sentido da aplicação às autarquias federais do art. 109, § 2º da Constituição Federal. A fim de facilitar a compreensão, pedimos vênica para transcrever tal dispositivo constitucional²³, *in litteris*:

Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Mais uma vez, para que haja clareza do panorama, transcreveremos, ao menos, a ementa de uma destas decisões²⁴, *in verbis*:

COMPETÊNCIA – AÇÃO MOVIDA CONTRA AUTARQUIA – ALCANCE DO § 2º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – OBSERVÂNCIA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO.

1. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou acolhida a pedido formulado em agravo, ante fundamentos assim sintetizados (folha 77):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AUTARQUIA FEDERAL.

Às autarquias federais deve ser dado tratamento similar ao dado à União. Não devem elas, assim, ter privilégio de foro maior do que o concedido pela Constituição à União no §2º do artigo 109 da Constituição Federal.

²³ Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

²⁴ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200401048007&pv=010000000000&tp=51>>_. Acesso em: 10 jan. 2013.

2. Os recorridos ajuizaram ação ordinária em face da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, perante a Vara Federal de Lajeado, no Rio Grande do Sul. Pretende, a recorrente, ver assentada a competência da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Não obstante, a decisão da Corte de origem está em harmonia com o § 2º do artigo 109 da Constituição Federal, no que encerra a possibilidade de a ação ser proposta no domicílio do autor, no local em que ocorrido ato ou fato ou em que esteja situada a coisa, ou ainda no Distrito Federal.

3. Nego seguimento a este recurso extraordinário.

4. Publiquem.

(STF, RE 596436 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30/11/2009, DJe-018 DIVULG 29/01/2010 PUBLIC 01/02/2010)²⁵

Deste modo, temos dois panoramas bem claros e distintos sobre o assunto, quais sejam: 1º) diversas leis estabelecem que nos contratos administrativos deve ser estabelecido o foro da sede da entidade administrativa, havendo parte da doutrina especializada que, inclusive, entende ser a regra de ordem pública e, portanto, inafastável; 2º) parte da doutrina entende serem tais dispositivos inconstitucionais, sendo que o STF, apesar de não ter, até o momento, declarado a inconstitucionalidade de quaisquer destes dispositivos, na prática vem entendendo que o dispositivo constitucional sobre foro aplicável à União deve ser interpretado ampliativamente para incluir as autarquias.

Partindo destes dois pontos de vista, procuraremos contribuir para a análise da questão.

3 UMA ANÁLISE SISTÊMICO-INTEGRADORA DA QUESTÃO

Em uma rápida retrospectiva, lembramos que no início do quadro acima delineado, a jurisprudência dos tribunais federais e do STJ, em consonância com o Direito Administrativo e o Direito Civil, era firme no

²⁵ No mesmo sentido: RE 474.691/SC (DJe 15/12/2009) e RE 491.331/SC (DJe 16/12/2009), Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA e Ag. Reg. no RE. nº 499.093/PR, (Dje 25/11/2010), Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

sentido de que, como o § 2º do art. 109 da CR se referia apenas à União, não era possível estender sua norma às autarquias, uma vez que estas possuem personalidade jurídica própria.

Assim, sendo as autarquias instituições existentes em nosso ordenamento jurídico de longa data, não era concebível que o constituinte tivesse esquecido de sua existência, tendo dito menos do que queria.

Não obstante, o STF puxando uma guinada de cento e oitenta graus, fixou o entendimento de que não há razão para que as autarquias tenham tratamento diferente da União e mais privilegiado que ela, razão pela qual deveria a norma do dispositivo constitucional em tela ser a elas estendido.

Ora, o primeiro ponto que chama atenção neste cenário é que o STF não decidiu com base na letra da Constituição, mas efetuou uma análise sistemática e teleológica.

O segundo, é que, ao que parece, nenhuma das decisões proferidas pelos tribunais superiores neste último sentido se deu em processo oriundo da execução de um contrato.

Nos chama a atenção, também, o fato de que se este entendimento prevalecer da maneira que se deu até o momento, implica em considerar que o legislador ordinário sistematicamente, em diversas leis e ao longo de diversos anos, produziu dispositivos inconstitucionais sobre o mesmo tema.

Assim, se o STF não decidiu baseado na literalidade da Constituição, tão pouco nós acreditamos que a melhor solução para o assunto seja baseado na literalidade de qualquer dispositivo legal ou em raciocínios simplistas. Ao contrário, nos parece que a referida solução se encontra na própria Constituição Federal, mas não necessariamente em sua letra. Assim, para desenvolvimento do tema, será necessário utilizar como instrumental os métodos e princípios de interpretação constitucional.

Lembramos, ainda, nas palavras do preclaro Ministro Gilmar Ferreira Mendes²⁶, ao relembrar Müller, que:

[...] o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a “ponto do *iceberg*”; todo o resto, talvez a parte mais significativa, que o intérprete-aplicador deve levar em conta para realizar o direito, esse âmbito de incidência é constituído pela *situação normada*, na feliz expressão de Miguel Reale.

Esclarecemos, outrossim, que não utilizaremos como premissa lógica a presunção metafísica da existência de um legislador e de

26 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 108.

uma legislação racionais e isentos de imperfeições²⁷, mas a de que a racionalização do sistema é feita, ou não, pela interpretação e concretização dos operadores do direito em sua atuação diária²⁸.

Nesta toada, fazemos aqui um paralelo com a longa construção que culminou no reconhecimento da nulidade de cláusulas de eleição de foro em contratos de adesão consumerista.

Embora respaldada na Lei nº 8.078/90, esta apenas trazia para o plano da legislação ordinária a proteção constitucional dada ao consumidor, a qual, na esfera processual, também emergia das garantias constitucionais de acesso ao Judiciário²⁹.

Elayne Maria Sampaio Rodrigues Mahler nos lembra daqueles que defendiam, até a edição da Lei nº 11.280/06, a qual alterou, dentre outros, a redação do art. 112 do CPC, que a cláusula de eleição de foro era nula de pleno direito por dificultar ao consumidor o acesso ao Judiciário³⁰.

Nos ensina, a mesma autora, que diversos acórdãos do STJ se reportam ao princípio da “facilitação de defesa do consumidor”³¹.

Logo, percebe-se que o moto primeiro a fundamentar o reconhecimento da nulidade de uma cláusula de eleição de foro nos contratos de adesão consumeristas está nos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, bem como na garantia, também constitucional, de amplo acesso ao Judiciário.

Tanto isso é verdade, que inúmeros autores e julgados do STJ apontam no sentido de que o mero fato da cláusula de eleição de foro estar inserida em um contrato de adesão, ainda que consumerista, não é suficiente para configurar a nulidade da mesma, sendo necessário

27 Cf. também, BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: *A nova interpretação Constitucional*. BARROSO, Luis Roberto. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

28 Neste sentido, GARCIA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, p. 217, 1994. “Frente a uno de los postulados más característicos de la concepción metodológica tradicional, las teorías de la argumentación defienden que El legislador real não es racional o, lo que es igual, que no hace leyes perfectas que prevean soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso hipotético que pueda producirse, y que, por lo tanto, quinen tienen que ser racionales son los juristas, quienes interpretan y aplican La ley.”

29 Neste sentido, Nery, Rosa de Maria de Andrade. Competência relativa e de foro e a ordem pública : O art. 51 do CDC e o verbete nº33 da súmula do STJ, in *Justitia*, São Paulo, julho/setembro de 1994, p. 47. Afirma que o “problema posto sugere outras dificuldades que precisam ser superadas, pois esbarram em considerações que podem gerar quebra dos princípios constitucionais do acesso à justiça (rectius: ao direito justo), do contraditório e ampla defesa, bem como do princípio da igualdade das partes (...).”

30 MAHLER, Elayne Maria Sampaio Rodrigues. *A releitura do enunciado nº 33 da súmula do STJ*. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

31 Ibidem.

para isto que reste prejudicado o acesso ao judiciário da parte aderente³².

Deste modo, acreditamos que a orientação da questão deve passar pela compreensão da finalidade do postulado contido no § 2º do art. 109 da Constituição Federal e sua óbvia ligação com o acesso ao Judiciário e o princípio processual constitucional da paridade de armas.

Não se consegue vislumbrar outro motivo para o legislador constitucional elaborar o texto do referido dispositivo que não seja a constatação de que, como a União está presente em todo o território nacional, não lhe restando prejuízo em demandar em qualquer parte do mesmo, nada mais lógico do que permitir que os seus demandantes possam optar pelo foro que lhes for mais favorável, inclusive e, principalmente, o de seu domicílio.

Tal raciocínio está absolutamente correto e, neste sentido, também está correto o posicionamento do STF de que, em casos que tais, não existe motivo para oferecer tratamento diferenciado e privilegiado aos integrantes da Administração Federal Indireta.

Não obstante, não devemos nos esquecer, que com a complexidade cada vez maior das relações sociais e econômicas, a Administração Federal celebra determinados contratos com sociedades empresárias que são, muitas das vezes, mais forte economicamente e mais influentes que muitos países. Neste contexto, destacam-se, especialmente, as agências reguladoras, a quem foi dada a missão de conceder e regular a maior parte dos serviços públicos nacionais³³.

Tais casos, no mais das vezes, envolvem contratos tão complexos e que demandam um conhecimento tão específico para sua compreensão que, dificilmente, encontraremos alguém fora das agências reguladoras e da equipe técnica dos grandes operadores com condições de compreensão completa do assunto³⁴.

32 Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que: À luz dessa realidade, o próprio Superior Tribunal de Justiça ressalva que a abusividade da cláusula de eleição de foro não decorre ipso iure da natureza do contrato de adesão. Somente não prevalece o foro convencional se de fato constatada a abusividade do ajuste estipulado contra os interesses do contratante que não tinha como rejeitar a imposição da parte poderosa.» JÚNIOR, Humberto Theodoro. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21.

33 Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

34 "Em grande parte dos casos, a atividade das agências refletirá conhecimentos técnico-científicos e atuação de especialistas. [...] Na maior parte dos casos, a solução adotada pela agência não será controlável através do bom senso nem da aplicação de princípios lógicos derivados de um conjunto de princípios normativos abstratos. Em quase todas as hipóteses, poderá ocorrer até mesmo a impossibilidade fática de um indivíduo não titular de conhecimento especializado chegar a compreender a dimensão do problema enfrentado. Filho, Marçal Justen. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. 2 ed. São Paulo: Dialética, p. 591/592, 2002.

Por outro lado, é certo que o “cérebro” das agências reguladoras está em suas sedes, onde se concentra a maior parte de seu corpo técnico e as suas chefias³⁵.

Assim, na solução judicial de controvérsias envolvendo casos complexos que não tramitem no foro da sede da Administração, será necessário todo um gasto com logística para garantir uma defesa eficiente da posição pública, quer seja com deslocamento de técnicos (o que envolve passagens, diárias, etc), quer seja com o deslocamento do advogado público para o juízo ou para a sede, neste caso a fim de discutir o caso com os técnicos.

Não podemos deixar de considerar que tal situação confronta outros valores constitucionais, tais como o da eficiência administrativa e o da economicidade, bem como que o dinheiro gasto a mais é público e que poderia estar sendo empregado em outras finalidades.

Adeverte-se que não se trata de subordinar a atividade jurisdicional às conveniências da Administração, mas de proteção de interesses da sociedade como um todo. Desde Platão e Aristóteles que a igualdade consiste em tratar de modo diferenciado os desiguais. Deste modo, desde que não ferido qualquer outro valor constitucional, não se pode conferir o mesmo peso aos recursos econômicos dos contribuintes e o do setor privado.

A título de ilustração, vale lembrar o usual argumento em desfavor de altos salários de carreiras na Administração Pública em contraposição à remuneração muito superior no desempenho das mesmas funções no setor privado: o dinheiro das empresas não é público.

Para as grandes sociedades empresárias já referidas, no entanto, é indiferente, pois sempre contratam grandes escritórios que possuem representação onde for necessário. Isso implica no fato de que não permitir a tramitação do processo judicial no foro da sede da entidade administrativa implica em casos que tais, ao fim e ao cabo, em favorecimentos financeiro de grandes conglomerados econômicos em desfavor da Fazenda Pública, o que viola outro princípio da Constituição, qual seja: o da moralidade.

Situação completamente diferente ocorre naqueles casos em que temos pessoas físicas ou, mesmo, pequenas e médias empresas litigando com a Administração Pública.

A balança pesa para diferentes lados nos dois tipos de situação.

Nesta medida, nos parece que, em uma interpretação ampliativa, aplicar a letra da Constituição (§ 2º do art. 109) implica em violar seu espírito.

De outro lado, se fizermos uma interpretação dos dispositivos legais em comento de acordo com a teleologia constitucional, no lugar

35 Cf. v.g. o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, aprovado pela Res. de nº 250/2005.

de repetirmos fórmulas prontas, lograremos a harmonização do sistema jurídico neste ponto sem declarações de inconstitucionalidade; sem prejuízos para a Fazenda Pública e sem prejuízos, também, para aqueles que demandam contra a Administração Pública, quer sejam pessoas físicas e pequenas e médias pessoas jurídicas, quer sejam colossos econômicos.

Deste modo, nos parece que tanto dentro do espírito em que foi redigida a Constituição Federal, como naquele em que tem sido construída sua exegese até hoje, o que importa é dar efetividade à garantia constitucional de acesso ao Judiciário e de exercício de ampla defesa. E isto, por óbvio, tanto aos cidadãos como à Administração que os serve.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Independente, então, da literalidade de quaisquer dispositivos, cabe ao intérprete e aplicador do sistema jurídico pátrio dar efetividade a referida intenção constitucional, o que implica em que a validade de cláusulas estipulatórias de foro ou dispositivo legais deste tipo tenham sua validade avaliada no caso concreto, de maneira que seja a estipulação de foro reconhecida como válida ou não dependendo do equilíbrio de paridade de armas existente na situação *sub exame* entre a Administração e administrado, a fim de se impedir inevitáveis prejuízos sempre advindos de soluções pré-concebidas e generalistas que não conseguem alcançar o justo em todos os casos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: *A nova interpretação Constitucional*. BARROSO, Luis Roberto. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENJAMIN, Antônio Hermam de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

COSTA, Regina Helena. *Revista de Direito do Consumidor*, 21/97-104, São Paulo: RT.

DE ENTERRÍA, Eduardo Garcia; FERNÁNDEZ, Thomas-Rámón. *Curso de derecho administrativo*. 6. ed. Tomo II, Madrid: Civitas, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Jures.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética.

_____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. 2 ed. São Paulo: Dialética.

GARCIA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: uma revisión crítica*. Madrid: Tecnos.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JUNIOR, Jessé Torres Pereira. *Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

JÚNIOR, Ronaldo Porto Macedo et al. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY, Rosa de Maria de Andrade. *Competência relativa e de foro e a ordem pública*: O art. 51 do CDC e o verbete nº33 da súmula do STJ, in: *Justitia*, São Paulo: jul./set. 1994.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Paulo Brasil Dill. *Código do Consumidor Comentado*. 5 ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Processual e o Direito Administrativo. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Org). *Direito Processual Público*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.

REFERÊNCIA ELETRÔNICA

MAHLER, Elayne Maria Sampaio Rodrigues. *A releitura do enunciado nº 33 da súmula do STJ*. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_3a_edicao.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 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. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.427 de 26 de dezembro de 1996*. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. ART. 100, IV DO CPC. AUTARQUIA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SEDE OU FILIAL. ELEIÇÃO DO DEMANDANTE. PRECEDENTES. RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. Resp de nº 1138591 / RJ. Relator: Min. Castro Meira. Jurid Digital, 05 out. 2009. AgRg no REsp 1099687 / RS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO

ESPECIAL. 2008/0230909-1. Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN (1132). Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 26/05/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 31/08/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=autarquia+e+foro+e+Constitui%E7%E3o+Federal&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=21>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL. ART. 100, IV DO CPC. AUTARQUIA FEDERAL. FORO COMPETENTE. SEDE OU FILIAL. ELEIÇÃO DO DEMANDANTE. PRECEDENTES. RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. EDcl no AgRg no REsp 865475 / DF EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0145630-3. Relator(a): Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (8145). Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 18/09/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 08/10/2007 p. 357. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=autarquia+e+foro+e+constitui%E7%E3o+Federal&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=21>. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. COMPETÊNCIA – AÇÃO MOVIDA CONTRA AUTARQUIA – ALCANCE DO § 2º DO ARTIGO 109 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – OBSERVÂNCIA – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RE 596436 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 30/11/2009 Publicação: DJe-018 DIVULG 29/01/2010 PUBLIC 01/02/2010 Partes RECTE. (S): AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL FEDERAL RECD. (A/S): DEMEEP - DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE ENERGIA ELÉTRICA DE PUTINGA.

O PAPEL DO ÓRGÃO REGULADOR NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE PRESTADORAS

*THE REGULATORY AGENCY'S ROLE IN RESOLVING CONFLICTS
BETWEEN PROVIDERS*

Júlia de Carvalho Barbosa

Procuradora Federal

Pós-Graduanda em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Panorama geral acerca das formas alternativas de solução de conflitos. Poder Judiciário e Administração Pública; 2 Da resolução de conflitos nas agências reguladoras dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo nos casos de compartilhamento de infraestrutura; 3 Das formas de resolução de conflitos no âmbito da Anatel; 4 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, faz uma breve análise das medidas alternativas de resolução de conflito em seu aspecto geral e especificamente no âmbito da Administração Pública. Seguindo a tendência do Judiciário brasileiro, que tem buscado meios de pacificação de conflitos de forma mais célere e eficiente, a Administração também tem se munido de competências que lhe conferem o poder de resolver conflitos administrativos, por meio da mediação, da arbitragem dentre outros. Este trabalho aborda sucintamente a resolução de conflitos administrativos, nos casos de compartilhamento de infraestrutura, mediados pela agência reguladora competente. Além disso, o artigo trata também, especificamente, das hipóteses de resolução de conflito previstas no âmbito da Anatel.

PALAVRAS-CHAVE: Conflitos. Solução Alternativa. Administração Pública. Órgãos reguladores. Conflitos Administrativos. Mediação. Arbitragem. Compartilhamento de Infraestrutura. Resolução de conflito na Anatel.

ABSTRACT: This work, without intention to exhaust the subject, makes a brief analysis of the alternatives disputes resolution in its general and specifically within the public administration. Following the trend of the Brazilian judiciary, which is seeking ways to pacify conflicts more quickly and efficiently, the public administration has also been provided with skills that give the power to resolve administrative disputes through mediation, arbitration and others. This paper also succinctly discusses the administrative dispute resolution in cases of infrastructure sharing, mediated by the regulatory authority. Furthermore, this article also treats specifically the hypotheses of conflict resolution envisaged under of Anatel.

KEYWORDS: Conflicts. Alternative Resolution. Public Administration. Regulatory Agency. Administrative Conflict. Mediation. Arbitration. Infrastructure Sharing. Conflict Resolution in Anatel.

INTRODUÇÃO

A busca por soluções alternativas de conflito tem se tornando uma realidade no Direito Brasileiro, seja no âmbito do Poder Judiciário ou da Administração Pública. As formas alternativas de resolução de conflito tem se revelado ferramentas importantes para a garantia da celeridade e efetividade processuais.

Como é sabido, no Brasil a demanda de processos judiciais é excessiva, o que acarreta, invariavelmente, na morosidade da justiça. Não raro, uma decisão judicial é proferida muito tardiamente, após anos, podendo até mesmo não surtir mais o efeito prático esperado, o que não é incomum de acontecer.

Um Judiciário sobrecarregado, como o brasileiro, é incapaz de atender aos anseios sociais, pois não confere a prestação jurisdicional adequada. O resultado desse cenário é uma sociedade cada vez mais insatisfeita e descrente do serviço prestado pelo Judiciário nacional.

Nessa esteira, cumpre destacar a reforma trazida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que expressamente dispõe a celeridade processual como uma garantia fundamental. Incluiu-se no Art. 5º da Constituição Federal, o inciso LXXVII, que passou a prever o direito a um processo judicial e administrativo com duração razoável, dispondo: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”.

Como se percebe, a duração do processo seja judicial ou administrativo passou a ser uma preocupação do legislador, o que o levou a efetivar a reforma constitucional.

Nesse sentido, as medidas alternativas para a solução de conflitos, revelam-se como meios hábeis e eficientes à garantia da celeridade processual. Primeiramente, porque a opção pela resolução alternativa de conflitos desafia o Judiciário, diminuindo a sua demanda. Além disso, o procedimento das medidas alternativas costuma ser mais célere que os processos judiciais, conferindo uma resposta mais rápida ao interessado.

No âmbito do Poder Judiciário tem se visto a adoção de medidas que conferem celeridade ao processo e maior efetividade às decisões judiciais, tais como: incentivo à formalização de acordos entre as partes, à desistência de recursos, quando o mérito da ação já tenha entendimento pacificado em tribunais superiores e edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal. Também no mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça tem promovido eventos tais como a semana nacional de conciliação, mutirões de audiências de conciliação, instalação de câmaras

de conciliação em seções da Justiça Federal, entre outras medidas, com o intuito de conferir celeridade e efetividade à Justiça Brasileira.

Por outro lado, a busca pela celeridade e por vias alternativas de resolução de conflitos não se limita ao Poder Judiciário. A Administração Pública, por meio de suas agências reguladoras e também de outros órgãos, tem buscado resoluções de conflitos administrativos, colocando-se, muitas vezes como conciliadora ou mediadora.

Busca-se por meio deste trabalho, sucintamente, abordar como a Administração Pública, por meio de suas agências reguladoras, tem se adaptado a essa tendência de busca por vias de solução de conflitos mais céleres e ágeis.

Nesse sentido, impende esclarecer que o presente trabalho, ao abordar a resolução de conflitos no âmbito da Administração, analisa no papel de conciliadora das partes e não como sujeito da medida conciliatória. É dizer, em caso de conflito de interesses entre prestadoras, o órgão regulador intervirá como mediador ou conciliador. Muito diferente, portanto, do enfoque dado se a Administração fosse a interessada direta na solução do conflito.

A resolução de conflitos pela Administração pública é uma medida válida e eficiente, que atende ao interesse público. Todavia, quando estiver no exercício desse papel, não poderá o administrador deixar de observar os princípios constitucionais que o norteiam.

1 PANORAMA GERAL ACERCA DAS FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS. PODER JUDICIÁRIO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Direito Brasileiro, a mediação e a arbitragem são as formas mais comuns de solução de conflito alternativas.

Em princípio, podemos destacar algumas vantagens na adoção dessas medidas alternativas, se comparadas ao trâmite regular de uma ação judicial: (a) são mais céleres; (b) permitem maior participação dos interessados; (c) as partes podem escolher qual forma de resolução de conflito melhor lhe convém, se a mediação ou a arbitragem, ou até mesmo outra alternativa; (d) há possibilidade de cooperação das partes em resolverem juntas o conflito, chegando a uma solução com a ajuda do mediador; (e) por serem mais rápidas e menos onerosas, do que o trâmite regular de uma ação judicial, são soluções mais pacíficas e menos estressantes para as partes; (f) a parte que tem um conflito solucionado por uma mediação ou arbitragem é mais satisfeita do que aquela que não optou pela via alternativa de solução de conflito e preferiu aguardar todo o trâmite da ação judicial.

Ademais, um processo judicial, envolve custas e contratação de advogados e representa ao final, para a parte, uma enorme despesa. Uma das grandes vantagens de se optar pela resolução alternativa de conflitos, conhecida no Direito Americano como *ADR- Alternative Dispute Resolutions*- é a redução dos custos, essa é a conclusão a que se chegou no “*ABA Section of Business Law Spring Meeting*”, seção de direito de negócios no encontro de primavera, em São Francisco, Califórnia.

A lei nº 9.307 de 1996 regula a arbitragem no Direito Brasileiro, dispondo em seu artigo 1º que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Cumpre esclarecer que não há na lei referência específica à possibilidade de arbitragem em questões que envolvam a Administração pública.

Conceitualmente, temos que a arbitragem, trata-se de:

técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio.²

A mediação por sua vez, ainda não foi objeto de regulamentação específica, estando pendente projeto de lei da Câmara, nº 94 de 2002. A mediação caracteriza-se por ser “uma técnica não estatal de solução de conflitos, pela qual um terceiro se coloca entre os contendores e tenta conduzi-los à solução auto composta”³

Cumpre salientar que a decisão proferida em arbitragem, sentença arbitral, é imutável, consumando-se em coisa julgada material. A arbitragem é consubstanciada na manifestação de vontade do indivíduo, caracterizando-se por ser direito potestativo.

Assim sendo, é nula qualquer cláusula contratual que imponha a arbitragem. Nesse sentido, o Art. 51, VII do Código de Defesa do Consumidor: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] VII-determinem a utilização compulsória da arbitragem.”.

1 Corporate Counsel Weekly: News Archive-1999-04.21.1999-Alternative Dispute Resolution:ADR Reduces Client Costs, Say Panelists at ABA Meeting”. Disponível em: <<http://www.bna.com>>.

2 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*.01. ed. 12. Salvador: Jus Podivm, ano 2010. p94.

3 Idem

Acerca do procedimento arbitral, especificamente, interessante destacar o seguinte trecho do artigo jurídico “Arbitragem e o setor de telecomunicações” de autoria de Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁴:

O procedimento arbitral é extremamente rápido se comparado com o procedimento de uma ação proposta perante o Poder Judiciário. Caracteriza-se também a arbitragem pela especialidade: o conhecimento técnico e científico que se exige do árbitro para o deslinde da questão – daí a arbitragem ser chamada, algumas vezes, de justiça técnica, por produzir um laudo (ou sentença) definitivo, com eficácia vinculativa, suscetível de execução; por ser consensual, ou seja, fruto do acordo entre as partes.

A adoção de mecanismos privados de solução de controvérsias representa uma garantia para os investidores, uma vez que tende a reduzir as disputas judiciais duradouras. Ademais, a previsão de um modo célere de decisão de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, a serem solucionados por julgadores especializados na matéria, significa uma redução dos riscos dos investidores quanto ao retorno do vultoso capital aplicado.

Imperioso concordar com a autora do trecho em epígrafe, quando afirma que a arbitragem caracteriza-se também pela especialidade. O conhecimento técnico e específico da matéria pelo árbitro é uma vantagem, quando comparado ao conhecimento do magistrado.

Para exemplificar, têm-se os casos de conflito entre prestadoras de serviço de telecomunicação. Pela complexidade e especificidade do tema, muito mais interessante para as partes ter o órgão regulador como árbitro, com poderes para dirimir o conflito, do que o Poder Judiciário, que não detém conhecimento específico da matéria. A respeito da competência da Anatel em dirimir conflitos em sede de arbitragem, tratar-se-á em tópico específico adiante.

A resolução de conflitos administrativos pelas agências reguladoras, por estas serem detentoras de conhecimento técnico específico, tem se revelado uma medida eficiente para dirimir eventuais divergências entre prestadoras de serviço público.

Como se sabe, a Administração não pode se desvincular do princípio da indisponibilidade do interesse público, no entanto, nada a

⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Arbitragem e o setor de telecomunicações no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações_RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n.2, p. 99-127, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41070>>. Acesso em: 9 de jan. 2013.

impede de dirimir conflitos entre prestadoras de serviço ou impor a elas regras de convivência.

Para ilustrar, acerca da vinculação da atuação da Administração Pública, oportuno destacar a lição do ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo ⁵:

Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetiva-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público - o do corpo social- que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce “função”, instituto - como visto - que se traduz na ideia indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro.

Deste modo, pode-se afirmar que, observados os princípios constitucionais norteadores e tendo sempre em vista o atendimento ao interesse público, é legal e legítimo que a Administração assuma o papel de mediadora nas resoluções de conflito entre as prestadoras de serviço público.

2 DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS AGÊNCIAS REGULADORAS DOS SETORES DE ENERGIA ELÉTRICA, TELECOMUNICAÇÕES E PETRÓLEO NOS CASOS DE COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA

No âmbito da Administração Pública verifica-se que em diversas leis que criaram as agências reguladoras, há previsão de atribuição de competência para a resolução de conflitos entre usuários e agentes econômicos e entre estes últimos.

Como exemplo, podemos mencionar a Lei nº 9.427 de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica- ANEEL. No art. 3º estão dispostas as competências da agência, dentre elas, no inciso V, a de dirimir controvérsias entre as concessionárias. *In verbis*:

Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1º, compete à ANEEL:

[...]

5 Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p 87.

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

[...]

Do mesmo modo, a lei nº 9.478 de 1997, que institui a Agência Nacional do Petróleo- ANP, previu expressamente a adoção de procedimentos para a solução de conflitos no art. 20. *In verbis*:

Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

Com relação à lei que instituiu a ANP, nota-se que há menção específica à conciliação e à arbitragem.

Nessa toada, impende destacar o importante papel das agências reguladoras na composição dos conflitos relativos aos diversos direitos, principalmente os relacionados ao uso de infraestrutura.⁶

Em decorrência das privatizações realizadas nos diversos setores de serviço do país, surgiu a necessidade de elaboração de uma Resolução Conjunta das agências ANEEL, ANATEL e ANP, com o intuito de regular os usos comuns de redes de infraestrutura, tendo em vista o surgimento de conflitos entre as prestadoras.

Assim sendo, foi editada a Resolução Conjunta nº 001/1999 da ANEEL, ANATEL e ANP, que aprovou o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infraestrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.

Especificamente, o art. 14, § 3º da referida Resolução prevê que nos casos de esgotamento das tentativas de negociação, diante de um conflito acerca de compartilhamento de infraestrutura, qualquer das partes poderá solicitar a arbitragem das Agências. Nesse sentido, *in verbis*:

6 AS AGÊNCIAS REGULADORAS. Interesse Público-IP Belo Horizonte, n. 22, ano 5 Novembro/Dezembro 2003 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=50721>>. Acesso em: 9 de jan. 2013.

Art. 14 As Agências deverão ser informadas da formalização de solicitação de compartilhamento que envolva seus respectivos setores, no prazo de até trinta dias.

§1º O contrato de compartilhamento de infra-estrutura deverá ser firmado até sessenta dias, após a resposta do Detentor informando sobre a viabilidade de compartilhamento.

§ 2º Esgotadas as tentativas de negociação e não havendo acordo entre as partes, qualquer delas poderá solicitar a atuação das Agências, conforme previsto no art. 23 deste Regulamento .

E o artigo 23 referido dispõe:

Art. 23. Eventuais conflitos de interesse entre agentes serão dirimidos pelas Agências em Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo a ser por elas expedido.

Parágrafo único. A submissão de qualquer conflito às Agências não exime os agentes da obrigação de dar integral cumprimento a contratos de compartilhamento vigentes, nem permite a interrupção das atividades vinculadas a tais contratos.

Tendo em vista a necessidade de regulamentação específica dos meios de resolução de conflitos por meio das agências reguladoras, foi editada, posteriormente, a Resolução Conjunta nº 002/2001- ANEEL, ANATEL e ANP, que aprovou o Regulamento Conjunto de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.

A Resolução nº 002/2001 também instituiu uma Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, de caráter permanente, composta por dois representantes de cada Agência.

De acordo com os termos da referida Resolução, o processo de resolução administrativa de conflitos sobre compartilhamento de infraestrutura deverá ser conduzido pelas Agências no exercício de sua função de órgãos reguladores, objetivando assegurar a ampla, livre e justa competição e os benefícios aos usuários dos serviços.

Cumprе ressaltar, que no processo de resolução de conflitos, não poderá a Agência, como ente da Administração Pública, deixar

de observar, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, honestidade, imparcialidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Ademais, a submissão de qualquer conflito à resolução das Agências, não exime os agentes da obrigação de dar integral cumprimento aos contratos vigentes, nem permite a interrupção de serviços vinculados a concessões, permissões e autorizações outorgadas e expedidas pelo Poder Concedente.

O início do procedimento se dará com a tentativa de conciliação entre as partes interessadas. Caso as partes cheguem a um acordo sobre o conflito antes da decisão final, caberá a Comissão analisar a sua legalidade e o homologar. Não havendo negociação entre as partes, deverá a Comissão proferir a decisão.

A decisão da Comissão terá efeito vinculante para as partes e seus representantes, não cabendo nenhum recurso na esfera administrativa. Todavia, será admitido, por uma única vez, pedido de reconsideração, dirigido a Comissão, no prazo de cinco dias, contados da notificação da decisão.

3 DAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ANATEL

A Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.472/1997, traz previsão expressa em seu artigo 19, inciso XVII, que atribui à Agência a competência para compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações. Nesse sentido, dispõe:

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XVII- compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

[...]

Ainda na LGT, o artigo 153 traz especificamente a previsão de arbitragem no caso de conflito entre as prestadoras acerca de interconexão de redes. Dispõe o referido artigo no seguinte sentido:

Art. 153. As condições para a interconexão de redes serão objeto de livre negociação entre os interessados, mediante acordo, observado o disposto nesta Lei e nos termos da regulamentação.

§ 1º O acordo será formalizado por contrato, cuja eficácia dependerá de homologação pela Agência, arquivando-se uma de suas vias na Biblioteca para consulta por qualquer interessado.

§ 2º Não havendo acordo entre os interessados, a Agência, por provocação de um deles, arbitrará as condições para a interconexão. (grifo nosso).

Conforme se verifica no artigo em testilha, as condições para a interconexão de redes são objeto de livre acordo entre as prestadoras, no entanto, caso não cheguem a um consenso, caberá à Agência, por provocação de um dos interessados, arbitrar as condições para a interconexão de redes, as quais as prestadoras terão que se submeter. O §2º do art. 153 da LGT traz, portanto, uma hipótese de arbitragem obrigatória.

Em seu Regimento Interno, anexo à Resolução nº 270/2001, a Agência tratou especificamente dos procedimentos de mediação, arbitragem e ainda, da reclamação administrativa.

O artigo 62 do atual Regimento Interno dispõe acerca do procedimento da mediação no âmbito da agência:

Art. 62. Quando dois ou mais interessados, de comum acordo e por escrito, pretenderem da Agência a solução de pendências relativas ao reconhecimento ou atribuição de direitos, será instaurado procedimento específico de mediação.

§ 1º Os interessados serão notificados quanto a data, hora, local e objeto da mediação.

§ 2º O resultado da mediação vinculará as partes perante a Agência

Em seguida, o artigo 63 trata da arbitragem, *in verbis*:

Art. 63. Havendo conflito de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações ou entre estas e os usuários será procedida a arbitragem.

Parágrafo único. As partes, enquanto prestadoras, podem submeter a solução de seus eventuais conflitos ao processo de arbitragem quando houver compromisso prévio de aceitar como vinculante a decisão que vier a ser proferida.

O Regimento Interno da Agência também prevê, para a solução de conflitos, o procedimento da Reclamação Administrativa em seu artigo 95, *in verbis*:

Art. 95. Qualquer pessoa que tiver seu direito violado ou tiver conhecimento de violação da ordem jurídica, envolvendo matéria de competência da Agência, poderá reclamar ou denunciar o fato à Agência.

Parágrafo único. A reclamação ou a denúncia poderá ser feita verbalmente, por meio eletrônico, por intermédio da Central de Atendimento ao Usuário ou por correspondência convencional.

Com relação à Reclamação, trata-se de procedimento em que a parte interessada, sentindo-se lesada em algum direito, busca a Agência para que ela resolva o conflito de interesses. Nesse ponto, imperioso destacar que não será submetido ao procedimento de Reclamação Administrativa qualquer conflito de interesses entre as prestadoras, uma vez que a Anatel deve se ater ao julgamento das matérias que lhe competem, não podendo delas se extrapolar.

Assim, a competência da Agência, em sede de Reclamação administrativa, limita-se à solução de conflitos entre as prestadoras que envolvam indícios de infração ao arcabouço regulatório.

Acerca das previsões contidas no atual Regimento Interno da Agência, cumpre salientar que se encontra em discussão a elaboração de novo Regimento Interno que irá manter a previsão dos procedimentos de mediação, arbitragem e reclamação, procedendo, porém, com algumas modificações.

Na proposta de novo Regimento Interno, há previsão de capítulo específico tratando dos procedimentos administrativos de resolução de conflitos. Os tipos de procedimento mantêm-se os mesmos do atual regimento, ou seja, mediação, arbitragem e reclamação administrativa.

Acerca do procedimento da arbitragem no âmbito da Anatel, cumpre trazer à colação as considerações exaradas no Parecer nº 4/2013/PFE-Anatel/PGF/AGU, que procedeu à análise jurídica da proposta de novo Regimento Interno da Agência. *In verbis*:

132. Relativamente à arbitragem, algumas considerações merecem ser feitas. Observa-se que um dos regramentos do novo Regimento Interno, assim como do Regimento ainda em vigor, diz respeito à resolução de conflitos entre as prestadoras de serviços de telecomunicações por meio, também, da arbitragem.

133. Nesse sentido, há dois tipos de arbitragens, a saber: (i) arbitragem à qual as partes são obrigadas a se submeter, como a prevista no art. 153, §2º, da LGT, a fim de que sejam estabelecidas as condições da interconexão, no caso de não haver acordo entre os interessados (arbitragem obrigatória); e (ii) arbitragem à qual as partes não são obrigadas a se submeter, consubstanciando-se como uma opção dos agentes regulados em terem seu conflito resolvido pela Anatel, na qualidade de árbitro (arbitragem facultativa).

134. Quanto à arbitragem facultativa, porém, se não houver obrigatoriedade de vinculação das prestadoras à decisão a ser arbitrada pela Agência, todo um procedimento poderá ser desencadeado desnecessariamente pela Administração. Dessa forma, é necessário que as partes se comprometam a aceitar a decisão da Agência como vinculante, exceto nos casos em que essa vinculação já decorra de outras normas, como é o caso, como dito, da interconexão.

135. Por isso, deve ser condição de admissibilidade do requerimento de arbitragem facultativa à Agência o compromisso firmado pelas prestadoras interessadas de se submeterem à decisão arbitrada pela Anatel.

Conforme se verifica do trecho supra, é imperioso que nos casos de arbitragem voluntária, a Administração confira ao procedimento o caráter vinculante, sob o risco de ele se tornar inócuo. É dizer, solucionado um conflito entre as prestadoras por meio da arbitragem voluntária, elas devem estar obrigadas a dar cumprimento à decisão exarada pela Agência, por meio de compromisso firmado.

A relevância das medidas de resolução de conflitos no âmbito da Anatel pode ser verificada na proposta de novo regimento interno da agência, que além de manter a previsão da mediação, arbitragem e da reclamação, ainda previu regras específicas para os respectivos procedimentos.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas trazer um panorama geral das medidas de resolução de conflito no direito brasileiro, e em especial no âmbito da Administração pública e das agências reguladoras.

Como visto, a adoção de meios de resolução de conflito visa conferir celeridade e efetividade nas soluções de conflito.

No âmbito do poder Judiciário, é nítida a tentativa de fomentar essas medidas, seja institucionalmente, como faz o Conselho Nacional de Justiça, seja por interesse exclusivo das partes, que decidem resolver o processo por meio de acordo judicial. Na Administração pública também há essa preocupação. Tanto assim, que a própria legislação se incumbiu de conferir às agências reguladoras a competência para dirimir conflitos administrativos, como visto neste trabalho.

A Administração pública, como se sabe, deve sempre galgar o atendimento ao interesse público, inclusive quando estiver no papel de mediadora de conflitos. É dizer, não pode a Administração deixar de observar os princípios jurídicos a que se submete, tais como o da legalidade, moralidade, supremacia do interesse público e eficiência, ao dirimir conflitos entre as prestadoras. É seu dever legal, inclusive, observar o cumprimento dos contratos firmados que irão garantir a manutenção do serviço público nos casos de conflitos entre prestadoras.

Impende ressaltar, por fim, que a adoção de medidas para resolução de conflitos pela Administração pública não é incompatível com o seu dever de garantia do interesse público, desde que sempre observados os princípios que norteiam a sua atuação.

REFERÊNCIAS

AS AGÊNCIAS REGULADORAS. *Interesse Público-IP* Belo Horizonte, n. 22, ano 5 nov./dez. 2003 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50721>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Júlia de Carvalho. A Resolução Alternativa de Conflitos nos EUA e sua Aplicação no Brasil. The Alternative Dispute Resolution – ADR. *Publicações da Escola da AGU: 2º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamental of US Law Course- Escola da Advocacia Geral da União*

Ministro Victor Nunes Leal- Brasília, ano IV vol. 1, n. 16, p.151-163, março, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CORPORATE COUNSEL WEEKLY: NEWS Archive-1999-04.21.1999-*Alternative Dispute Resolution:ADR Reduces Client Costs*, Say Panelists at ABA Meeting”, disponível em:<<http://www.bna.com>>.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 01. ed 12. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Arbitragem e o setor de telecomunicações no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações_RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n.2, p. 99-127, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41070>>. Acesso em: 9 de jan. 2013.

MCEWEN, Scott. *Fundamentals of the US Law-Mediation and Arbitration*, San Diego, CA, 2012



O CONCEITO DE CONTROLE EMPRESARIAL NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES PARA FINS DE ANUÊNCIA PRÉVIA

*THE CONCEPT OF CORPORATE CONTROL IN THE
TELECOMMUNICATIONS SECTOR FOR PURPOSES OF PRIOR CONSENT*

*Leandro de Carvalho Pinto
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Anuência prévia pela Anatel; 2 Controle empresarial. Influência no setor de telecomunicações; 3 Os condicionamentos impostos pela Lei nº 12.485, de 2011; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A modificação de controle ou composição societária das empresas prestadoras de serviços de telecomunicações não pode causar impacto negativo na competitividade que deve existir no setor regulado pela Anatel, nem prejuízos aos serviços fornecidos aos usuários. Este texto analisa as regras a que estão sujeitas as mencionadas empresas ou grupos econômicos no que se refere ao seu controle, sobretudo as traçadas pela Lei Geral de Telecomunicações, pela Lei nº 12.485, de 2011, e pela Resolução nº 101, de 1999. A concentração do poder econômico no ramo das telecomunicações, especificamente, é objeto de fiscalização e restrições impostas pela Anatel, por meio da anuência prévia, na qual o poder concedente da autorização para exploração da atividade econômica verifica eventuais inobservâncias a vedações, restrições, limites ou condicionamentos estabelecidos por normas legais ou regulamentares. Ou seja, a alteração de controle não pode acarretar transferência de poderes inerentes a este

PALAVRAS-CHAVE: Anatel. Regulação. Anuência Prévia. Controle Empresarial. Concentração do Poder Econômico.

ABSTRACT: The change of control or corporate structure of the provider companies telecommunications services may not cause negative impact on competitiveness that should exist in the sector regulated by Anatel, or damage to the services provided to users. This paper analyzes the rules that are subject mentioned companies or economic groups with regard to its control, especially those drawn by the General Telecommunications Law, Law N°. 12,485, of 2011, and by Resolution N°. 101, of 1999. The concentration of economic power in the field of telecommunications, specifically, is subject to supervision and constraints imposed by Anatel, by prior agreement, in which the grantor of the authorization for exploration of economic activity finds any failure to comply with the prohibitions, restrictions, limitations or constraints established by law or regulations.

KEYWORDS: Anatel. Regulation. Prior Consent. Enterprise Control. Concentration of Economic Power.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste singelo estudo é analisar as situações de alteração de controle das empresas ou grupos econômicos que prestem serviços de telecomunicações, e que tenham como consequência a transferência de controle e, por isso, necessitam de aquiescência prévia da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel.

Será abordado o tema da anuência prévia e as situações que a ela estão sujeitas, e analisadas as alterações de controle empresarial que impliquem em consequências ao setor de telecomunicações, tendo em vista os condicionamentos impostos pela Lei nº 9.472, de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações, pela Resolução nº 101, de 1999, aprovada pelo Conselho Diretor da Anatel, e ainda, pela Lei nº 12.485, de 2011 – Lei do Serviço de Acesso Condicionado, que estabeleceu algumas restrições às prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, e às concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Em síntese, o propósito deste texto é analisar a atuação da Anatel para impedir que o controle e a transferência de controle das prestadoras de serviços de telecomunicações fraudem as vedações legais e regulamentares, causando prejuízo à competitividade das empresas do setor e aos serviços prestados aos usuários.

1 ANUÊNCIA PRÉVIA PELA ANATEL

O Poder Público tem como dever, no âmbito do setor de telecomunicações, estimular a competição entre todas as prestadoras e viabilizar a existência de uma pluralidade de empresas que prestem os diversos serviços atinentes a esse ramo. Essas atribuições estão previstas no art. 2º, incisos II e III, e art. 19, inciso XIX, da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) – Lei nº 9.472, de 1997, que assim dispõem, *verbis*:

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

[...]

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;

[...]

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XIX - exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE;

Desse modo, as empresas detentoras de outorga de autorização para prestação de quaisquer dos serviços de telecomunicações sujeitos à regulação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, quando desejarem a modificação de sua forma de controle, ou de composição societária, devem submeter a proposta de alteração à análise da Agência.

O objetivo é impedir a formação de grandes grupos econômicos que inviabilizem a existência de uma pluralidade de empresas prestadoras dos mesmos serviços e, conseqüentemente, prejudiquem os usuários destinatários com a falta de diversidade de oferta.

Ou seja, a anuência prévia é o exame efetivado pela ANATEL a respeito de cisão, fusão, transformação, incorporação, redução do capital da empresa ou transferência de seu controle societário, com a finalidade de verificar se qualquer desses atos é apto a prejudicar a competição do setor ou por em risco a execução de contratos celebrados com a Agência.

A aprovação de qualquer dessas formas de modificação da composição ou do controle societário poderá ter restrições por parte da Agência, com a imposição de limites ou condições a empresas ou grupos empresariais, objetivando-se, sempre, impedir a concretização de qualquer medida prejudicial à competição no setor de telecomunicações ou à prestação de serviços com qualidade aos usuários.

Segundo lições da doutrina:

A anuência prévia se afigura como um mecanismo regulatório, com vistas ao bom funcionamento do setor regulado, que tem como objeto, dentre outras operações, as transferências de controle societário. Em outras palavras, as sociedades empresárias que atuam em setores regulados, com autorização formal do Poder Público para explorar determinada atividade econômica, para procederem à transferência de controle, dependem da concessão de anuência prévia por parte do poder concedente respectivo, em geral o órgão regulador da área de atuação.

Esse mecanismo busca, de uma maneira geral, analisar a transferência de controle sob a ótica regulatória, por meio de uma visão macro do setor regulado, verificando aspectos jurídicos, sociais, econômicos e regulatórios propriamente ditos, como, por exemplo, eventuais sobreposições de outorgas.¹

A LGT dispôs em diversos dispositivos a respeito do tema. Vejamos:

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

[...]

Art. 71. Visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, a Agência poderá estabelecer restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações.

[...]

¹ SOARES, Paulo Firmeza. Os (não) efeitos da prática de ato punível com sanção de caducidade na concessão de anuência prévia regulatória. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3468, 29dez.2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23334>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

Art. 97. Dependerão 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.

[...]

Art. 202. A transferência do controle acionário ou da concessão, após a desestatização, somente poderá efetuar-se quando transcorrido o prazo de cinco anos, observado o disposto nos incisos II e III do art. 98 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo referido no caput, a transferência de controle ou de concessão que resulte no controle, direto ou indireto, por um mesmo acionista ou grupo de acionistas, de concessionárias atuantes em áreas distintas do plano geral de outorgas, não poderá ser efetuada enquanto tal impedimento for considerado, pela Agência, necessário ao cumprimento do plano.

§ 2º A restrição à transferência da concessão não se aplica quando efetuada entre empresas atuantes em uma mesma área do plano geral de outorgas.

[...]

Art. 209. Ficam autorizadas as transferências de concessão, parciais ou totais, que forem necessárias para compatibilizar as áreas de atuação das atuais prestadoras com o plano geral de outorgas.

Portanto, a modificação de controle ou composição societária somente será aprovada pela Anatel se não prejudicar a competição, nem colocar em risco a prestação do serviço.

2 CONTROLE EMPRESARIAL. INFLUÊNCIA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Nos termos do art. 6º da LGT:

os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as

prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Por esse motivo, a Anatel, na qualidade de órgão regulador e de órgão competente para controle, prevenção e repressão de infrações à ordem econômica, no setor de telecomunicações, atuará para impedir o controle e a transferência de controle das empresas detentoras de outorgas de autorizações para prestação de serviços de telecomunicações que sejam objeto de vedação, restrição, limites ou condicionamentos.

E, a fim de dar publicidade ao seu entendimento sobre o conceito de controle, e os critérios adotados pela Agência para caracterização de sua transferência, a Anatel, por ato do Conselho Diretor, editou a Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999, tendo como anexo o Regulamento para apuração de controle e de transferência de controle em empresas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Em seu artigo 1º, trouxe os seguintes conceitos relativos a controle, *verbis*:

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 art. 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.

Portanto, de acordo com o inciso II do art. 1º, o controle consiste no 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.

Além disso, o § 1º do art. 1º da Resolução nº 101, de 1999, relacionou, exemplificativamente, situações que caracterizam o *controle*, dentre elas, o direito de veto estatutário ou contratual em qualquer matéria ou deliberação de outra empresa, e a posse de poderes suficientes para, por *qualquer mecanismo formal ou informal*, impedir a verificação de quórum qualificado de instalação ou deliberação exigido, por força de disposição estatutária ou contratual, em relação às deliberações de outra empresa.

O parágrafo único do art. 4º da citada Resolução, por sua vez, lista situações consideradas indícios de existência de controle vedado por disposição legal, regulamentar, editalícia ou contratual. Confirmam-se os seus termos, *verbis*:

Art. 4º A Anatel, de ofício ou por provocação, poderá instaurar procedimento administrativo destinado a apurar a existência de Controle vedado por disposição legal, regulamentar, editalícia ou contratual.

Parágrafo único. Considera-se indício de existência de Controle vedado por disposição legal, regulamentar, editalícia ou contratual, entre outras, qualquer das seguintes situações entre prestadoras de serviços de telecomunicações:

I - existência de operações significativas, passivas ou ativas, de financiamento, sob qualquer forma;

II - prestação de garantia real, pessoal ou de qualquer espécie;

III - transferência de bens em condições, termos ou valores distintos dos praticados no mercado;

IV - existência de processo de transferência de conhecimentos tecnológicos estratégicos;

V - prestação de serviço de telecomunicações ou correlato em condições favorecidas ou privilegiadas;

VI - existência de acordo operacional que estipule condições favorecidas ou privilegiadas;

VII - uso comum de recursos, sejam eles materiais, tecnológicos ou humanos;

VIII – contratação em conjunto de bens ou serviços;

IX - existência de instrumento jurídico tendo por objeto transferência de ações entre as prestadoras ou cessão de direito de preferência relativamente à transferência recíproca de ações;

X - adoção de marca ou de estratégia mercadológica ou publicitária comum.

Ou seja, enquanto o § 1º do art. 1º enumera, em rol não taxativo, situações caracterizadoras de formas de exercer o controle, o parágrafo único do art. 4º exemplifica hipóteses que são consideradas indícios de existência de controle vedado por disposição legal, regulamentar, editalícia ou contratual, entre outras.

Nesse último caso, a Agência tem o dever de averiguar a real existência de controle vedado, pois a ocorrência de qualquer das situações

ali descritas não tem o condão de, por si só, concretizar a proibição normativa. Mas, se no decorrer de processo administrativo, instaurado especificamente para esse fim, ficar comprovada a existência de controle não permitido por um ato normativo, a Agência deve atuar para impor à empresa ou grupo econômico restrições, limites ou condicionamentos, com o fito de evitar prejuízo à competitividade no setor e ao serviço prestado ao usuário.

A intenção da norma é desestimular a concentração do poder de mercado nas mãos de poucas empresas, prejudicando a competição e a livre concorrência no setor, além de diminuir o leque de opções para o consumidor escolher qual prestadora lhe fornecerá o serviço.

A concentração de poder é boa apenas para as empresas detentoras desse poderio, mas é extremamente nociva para o mercado, inclusive para o próprio avanço tecnológico, característico do setor de telecomunicações.

Pode-se dizer, portanto, que a Resolução nº 101, de 1999, foi criada com o claro propósito de instrumentalizar a forma pela qual a Agência pode impedir a concentração de poder econômico, resguardar a livre concorrência, ao mesmo tempo em que protege os direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações.

Cabe salientar, todavia, que ao exercer seu poder de órgão regulador, a Anatel deve observar e fazer a ponderação de diversos princípios constitucionais, buscando-se a máxima efetividade possível deles, tais como o da livre concorrência (art. 170, inc. IV); da defesa do consumidor (art. 170, inc. V); da redução das desigualdades regionais e sociais (arts. 3º, inc. III, e 170, inc. VII); da repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º); de garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II), entre outros.

Pelo exposto até o momento, poder-se-ia entender que toda alteração na estrutura de empresa ou grupo econômico que preste serviços de telecomunicações deve ser submetida ao crivo da Anatel. Porém, não é bem assim. Somente a alteração apta a caracterizar a transferência de controle deve ser levada à apreciação da Agência.

E qual o motivo para essa obrigatoriedade de a transferência de controle ser analisada previamente pela Agência? A resposta pode ser encontrada nos ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld, que assim leciona, *verbis*:

A razão é bem simples. É que existem proibições para alguém assumir o *status* de controlador de concessionária de telecomunicações. Assim, antes da aquisição dessa condição, o pretendente é obrigado

a submeter-se a um exame do regulador. Exame para quê? Para verificar se, no seu caso concreto, incidem ou não as proibições.

O que preocupou o legislador é que assumisse o *status* de controlador pessoa cuja qualidade ainda não tivesse sido formalmente verificada pela Agência. É por isso que ninguém entra no círculo de controle sem prévia inspeção.²

Em especial, a prévia anuência do órgão regulador é necessária, entre outras situações, quando a controladora, ou qualquer de seus integrantes, se retirar ou passar a deter menos de cinco por cento do capital com direito a voto da prestadora ou de sua controladora; se a controladora deixar de deter a maioria do capital votante da empresa; ou quando a controladora, mediante a celebração de qualquer negócio jurídico, ceder poderes, parciais ou totais, a outrem para condução das atividades sociais ou de funcionamento da empresa.

Portanto, sempre que a alteração da composição societária de prestadora ou grupo econômico, ou modificação de sua forma de controle, acarretar transferência de controle, deverá ser submetida previamente à Anatel para exame da legalidade do ato a ser praticado. Ressalte-se, contudo, que somente será aprovada a transferência de controle que não cause prejuízo à competição no setor, e não ponha em risco a prestação do serviço ao usuário.

3 OS CONDICIONAMENTOS IMPOSTOS PELA LEI Nº 12.485, DE 2011

Recentemente foi aprovada a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispôs sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado. Essa norma não será objeto de análise neste estudo, mas apenas seu art. 5º, *caput* e § 1º, que trouxe ao ordenamento jurídico nova restrição ao controle de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens, e de prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Vejamos o texto do mencionado dispositivo, *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

² SUNDFELD, Carlos Ari. Transferência de controle de concessionária de telecomunicações. *Revista de Direito Público – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 77-85, abr./jun. 2005.

Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30041>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

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.

§ 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. (Grifo nosso).

As atividades da comunicação audiovisual de acesso condicionado são divididas em quatro partes: produção, programação, empacotamento e distribuição.

A produção do conteúdo audiovisual fica a cargo da produtora, a sua organização em canais (programação) pela programadora, a organização desses canais em pacotes para serem ofertados aos consumidores finais (empacotamento) pela empacotadora e, por fim, a distribuição, que consiste no oferecimento desses pacotes ao usuário, pelas prestadoras de serviços de telecomunicações.

As três primeiras atividades são objeto de regulação e fiscalização da Agência Nacional de Cinema – Ancine, ao passo que a distribuição está afeta à área de atuação da Anatel.

De acordo com a norma colacionada retro, as concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como as produtoras e programadoras com sede no Brasil, não podem mais ter controle ou titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.³

Na via inversa, as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo também não podem ter controle ou serem titulares 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 país.

Além disso, às empresas prestadoras de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens é vedada a exploração direta de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, e a estas explorar diretamente os serviços daquelas.

Nesse contexto, confirmam-se lições da doutrina a respeito do tema, *verbis*:

As barreiras estruturais dizem respeito à proibição de que o controle das produtoras e programadoras seja detido por distribuidoras e vice-versa. Optou-se, portanto, por uma separação estrutural entre quem produz o conteúdo televisivo e quem controla suas redes de distribuição. Ao se separar meio e conteúdo pretende-se evitar que o controle sobre as redes de comunicação possa resultar no domínio sobre as demais atividades relacionadas ao setor — com discriminação em favor do conteúdo do próprio distribuidor — ou que empresas de telecomunicações de capital estrangeiro privilegiem a distribuição de conteúdos estrangeiros.⁴

3 No mesmo sentido: “A lei traz outra restrição dessa natureza que atinge as empresas de radiodifusão, as quais também recebem delegação da União para executar um serviço de telecomunicações. Criou-se vedação à sua atuação na prestação de outros serviços de telecomunicações de interesse coletivo. O propósito foi impedir que um mesmo grupo econômico controle de forma concomitante as duas modalidades de distribuição de conteúdos audiovisuais, embora o texto legal use conceito mais abrangente que não se limita ao serviço de acesso condicionado.” (FARACO, Alexandre Ditzel. Novo marco regulatório da televisão por assinatura. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-22, jul./set. 2012.)

4 FARACO, Alexandre Ditzel. Novo marco regulatório da televisão por assinatura. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-22, jul./set. 2012.

Essas novas condições trazidas pela Lei do SeAC (Lei do Serviço de Acesso Condicionado) iniciaram sua vigência em 12 de outubro de 2012, 1 (um) ano após a sua promulgação, nos termos do seu art. 40⁵.

Após uma interpretação sistemática do art. 5º da Lei nº 12.485, de 2011, e da Resolução nº 101, de 1999, já transcrita retro, infere-se que a norma tem como objetivo impedir qualquer forma de controle, expressa ou implícita, ou ainda, de forma “mascarada”, de concessionária ou permissionária de radiodifusão sonora e de sons e imagens sobre empresa prestadora de serviço de telecomunicações, e desta sobre aquela⁶.

Inclusive, a referida lei traz expressa a vedação de controle ou de titularidade de participação superior a trinta ou cinquenta por cento, conforme o caso, do capital total e votante por meio de empresa sob controle comum.

Veja-se que o legislador se atentou à utilização, pelas empresas, de lacunas existentes nas normas predecessoras, em que constituíam outras pessoas jurídicas, controladas por suas criadoras, com a finalidade de gerirem outros serviços de telecomunicações ou de radiodifusão, criando-se, em consequência, um grande grupo econômico constituído por uma cadeia de empresas, em que uma tinha controle vertical sobre a outra.

O controle indireto também pode se caracterizar por vias transversas quando uma empresa, ou grupo econômico, influenciar ou orientar as decisões da empresa controlada, sem ter maioria do capital total e votante. Como exemplo, estão as prerrogativas inerentes ao poder geral de administração, ligadas ao desenvolvimento e funcionamento das atividades exercidas pela empresa controlada.

Desse modo, com a promulgação da Lei do SeAC, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações e de radiodifusão sonora e de sons e imagens passaram a ter obrigatoriedade de adequar a forma qualitativa e quantitativa de controle que eventualmente tivessem umas sobre as outras.

E, como já dito anteriormente, quando a alteração da composição societária ou da forma de controle acarretar transferência de controle, a modificação deve ser submetida ao exame da Anatel.

5 “Art. 40. O art. 5º passa a vigor 1 (um) ano após a promulgação desta Lei; o inciso I do caput do art. 20 passa a vigor 4 (quatro) anos após a promulgação desta Lei; o art. 18 passa a vigor 1 (um) ano após a promulgação desta Lei e os arts. 26 a 28 produzirão efeitos a partir do ano seguinte à sua publicação.” (Grifo nosso).

6 “[...] a nova legislação tem entre seus principais objetivos o fomento à produção nacional e independente – i.e., sem vínculo com empresas de telecomunicações ou radiodifusão – de conteúdo audiovisual.” (FARACO, Alexandre Ditzel. Novo marco regulatório da televisão por assinatura. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-22, jul./set. 2012).

E a Agência, por sua vez, se verificar inadequação da constituição do capital dessas empresas à Lei do SeAC, bem como prejuízo à competição e ao serviço prestado ao usuário, poderá impor a elas condicionamentos, restrições, ou mesmo vedações à proposta de alteração do controle levado ao órgão regulador.

4 CONCLUSÃO

As empresas, ou grupos econômicos, detentores de outorga de autorização para prestação de quaisquer dos serviços de telecomunicações sujeitos à regulação da Anatel, quando desejarem a modificação de sua forma de controle, ou de composição societária, devem submeter a proposta de alteração à análise da Agência.

O órgão regulador verificará se a alteração de controle acarretará em transferência dos poderes inerentes a este, e se haverá consequências negativas à competitividade das prestadoras dos serviços de telecomunicações, ou prejuízos aos serviços prestados aos usuários. Se ocorrer qualquer uma dessas situações, a Anatel poderá impor restrições, limites, condicionamentos ou, até mesmo, a proibição da modificação buscada pela empresa ou grupo econômico.

O propósito do legislador é desestimular a concentração do poder de mercado nas mãos de poucas empresas, prejudicando a competição e a livre concorrência no setor, além de diminuir o leque de opções para o consumidor escolher qual prestadora lhe fornecerá o serviço.

REFERÊNCIAS

DUTRA, Pedro. O controle da concentração de poder no mercado de telecomunicações. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7 jul./dez.2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=64628>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

FARACO, Alexandre Ditzel. Novo marco regulatório da televisão por assinatura. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jul./set. 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A primeira década da Resolução nº 101/1999 da Anatel: a década da provação do regulamento de controle. *Biblioteca Digital Revista de Direito de Informática e Telecomunicações RDIT*, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=64621>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

SOARES, Paulo Firmeza. Os (não) efeitos da prática de ato punível com sanção de caducidade na concessão de anuência prévia regulatória. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3468, 29 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23334>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Transferência de controle de concessionária de telecomunicações. *Revista de Direito Público – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=30041>>. Acesso em: 9 jan. 2013.

_____. Meu depoimento e avaliação sobre a Lei Geral de Telecomunicações. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41072>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DAS AÇÕES REGULATÓRIAS DA ANATEL

*THE IMPORTANCE OF PROTECTIVE MEASURES TO
IMPLEMENT REGULATORY ACTIONS OF ANATEL*

*Luciana Chaves Freire Félix
Procuradora Federal*

Pós-Graduada em Direito Público e em Direito Processual Civil

SUMÁRIO: Introdução; 1 Distinção entre medida cautelar e sanção; 2 Precedente do Tribunal de Contas da União; 3 Exemplos práticos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca demonstrar a importância da utilização das medidas cautelares como forma de efetivação das ações regulatórias da Anatel. A medida cautelar tem por finalidade assegurar maior eficácia às decisões da Agência nos casos em que eventual demora processual inviabilize a reparação efetiva, a reconstituição do bem lesado ou, enfim, o resultado útil do processo. A medida cautelar não se confunde com a sanção em si. Na verdade, ela integra o chamado poder de polícia da Administração Pública, por meio do qual a atividade estatal condiciona a liberdade e a propriedade individuais, ajustando-as aos interesses da coletividade. Assim é que as medidas cautelares, presentes seus requisitos autorizadores, devem ser utilizadas, de modo a conferir a maior efetividade possível às ações da Agência, em prol dos usuários e dos serviços de telecomunicações. E não é só. É importante que a Agência utilize, além das medidas cautelares, todas as outras medidas de que dispõe para conferir a maior efetividade possível às suas ações, em benefício da coletividade e dos serviços que tutela.

PALAVRAS-CHAVE: Medidas Cautelares. Poder de Polícia. Efetividade. Ações Regulatórias. Usuários. Serviços de Telecomunicações.

ABSTRACT: This study aims to demonstrate the importance of protective measures to implement regulatory actions of Anatel. The injunction is intended to ensure more effectiveness to the Agency's decisions in cases where any accidental procedural delay could prevent the repair being carried out effectively, replenish the damage caused or, finally, a useful outcome to the case. The injunction is not to be confused with the sanction itself. Actually, it is part of the Public Administration's enforcement power, which limits the individual liberties and properties, harmonizing them with the interest of the collectivity. So this is how the precautionary measures should be used, when the requirements are met, in order to guarantee the most effectiveness to the Agency's actions, in favour of users and telecommunications services. Furthermore, besides the precautionary measures, it is important that the Agency uses all the other measures at their disposal to reach the best possible effectiveness to its actions, for the benefit of the community and of the services they protect.

KEYWORDS: Precautionary Measures. Enforcement Power. Effectiveness. Regulatory Actions. Users. Telecommunications Services.

INTRODUÇÃO

A medida cautelar é um instrumento previsto na Lei n.º 9.784/1999 (artigo 45), na Lei Geral de Telecomunicações (artigo 175, parágrafo único), no Código de Defesa do Consumidor (artigo 56, parágrafo único) e no Regimento Interno da Anatel (artigo 72, parágrafo único), que tem por finalidade assegurar maior eficácia às decisões da Agência nos casos em que eventual demora processual inviabilize a reparação efetiva, a reconstituição do bem lesado ou, enfim, o resultado útil do processo.

Veja-se, a esse respeito, o que dispõem os referidos dispositivos:

LPA

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

LGT

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

CDC

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

[...]

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

RIA

Art. 72. Nenhuma sanção administrativa será aplicada, a pessoa física ou jurídica, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento administrativo instaurado para apurar eventual infração a leis, regulamentos, normas, contratos, atos e termos de autorização.

Parágrafo único. No curso do procedimento ou, em caso de risco iminente, antes dele, a Agência poderá, motivadamente, adotar medidas cautelares estritamente indispensáveis para evitar a lesão, sem a prévia manifestação do interessado.

José dos Santos Carvalho Filho¹ explica a importância da tutela cautelar:

O direito moderno há muito deixou de preocupar-se apenas com os instrumentos de tutela repressiva, ou seja, aquela que se concretiza após a lesão ao direito. Em tempos atuais, cresce gradativamente de importância a tutela preventiva ou cautelar, como meio de impedir que, ante evidente ameaça, seja consumada a lesão ao direito do titular. Como bem demonstra a expressão, essa forma de tutela visa a *prevenir* a ocorrência do ato ou da conduta lesiva.

Dada a importância da utilização desse instrumento pela Agência, a matéria foi incluída expressamente no Regulamento de Sanções, aprovado recentemente pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, *verbis*:

Art. 6º No curso do procedimento ou, em caso de risco iminente, antes dele, a Agência poderá, motivadamente, adotar medidas cautelares, sem a prévia manifestação do interessado.

§ 1º As medidas cautelares adotadas no curso do procedimento não obstam o seu prosseguimento, devendo todos os atos a ela relativos ser apensados em autos apartados.

§ 2º Caso haja recurso contra a decisão que adotar medidas cautelares, os autos apartados devem ser desapensados do procedimento principal, se houver, para análise e julgamento pela autoridade competente.

Como se vê, a medida cautelar pode ser imposta tanto antes como, também, no curso de procedimento administrativo, inclusive, se for o caso, sem prévia manifestação do interessado.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal. Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 231.

1 DISTINÇÃO ENTRE MEDIDA CAUTELAR E SANÇÃO

Destaque-se que a medida cautelar não se confunde com a sanção em si. Na verdade, a medida cautelar integra o chamado poder de polícia da Administração Pública, por meio do qual a atividade estatal condiciona a liberdade e a propriedade individuais, ajustando-as aos interesses da coletividade.

Celso Antônio Bandeira de Mello² diferencia bem a providência acautelatória da sanção, como se vê do ensinamento abaixo transcrito:

Cumpra discernir *sanções administrativas de providências administrativas acautelatórias, que muitas vezes poderiam ser com elas facilmente confundidas*. Importa – e muito – fazer tal dissecação porque, como não se submetem à integralidade dos aludidos princípios, se fossem confundidas com as sanções administrativas causariam a impressão de que não se poderia falar em um regime uniforme para estas últimas.

Providências administrativas acautelatórias são medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar de *imediato* para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade não é – como a das sanções – intimidar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas diferentemente, é a de *paralisar* comportamentos de efeitos danosos ou de abortar a possibilidade de que se desencadeiem. [...]

Quase sempre tais providências *precedem sanções administrativas*, mas com elas não se confundem. Assim, *e.g.*, a provisória apreensão de medicamentos ou alimentos presumivelmente impróprios para o consumo da população, a expulsão de um aluno que esteja a se comportar inconvenientemente em sala de aula, a interdição de um estabelecimento perigosamente poluidor, quando a medida tenha que ser tomada sem delonga alguma, são medidas acautelatórias e só se converterão em sanções *depois de oferecida oportunidade de defesa* para os presumidos infratores. Como se vê, em certos casos a compostura da providência acautelatória é prestante também para cumprir a função de sanção administrativa, mas só assumirá tal caráter, quando for o caso, após a conclusão de um processo regular, conforme dito.

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 875-876.

No mesmo sentido, vale citar a lição de Fábio Medina Osório³:

Há medidas coativas, que podem ser adotadas pela Administração Pública ou por outros Poderes Públicos na aplicação das leis, que não constituem sanções administrativas, embora causem sofrimento e efeitos aflitivos na esfera pessoal do agente atingido, assemelhando-se, inclusive, às sanções previstas no ordenamento jurídico. Digase que tal realidade não é privativa do Direito Administrativo sancionador, porquanto diz respeito ao Direito Punitivo como um todo, alcançando o Direito Penal, onde até mesmo as penas privativas de liberdade – vale dizer, as privações de liberdade – podem ser antecipadas, por motivos ligados à proteção cautelar de direitos da coletividade.

O certo é que as medidas coativas ostentam um elemento teleológico distinto, diferente daquele que caracteriza as sanções administrativas, e, portanto, não estão sujeitas aos mesmos princípios.

As chamadas medidas preventivas podem ser compreendidas nesse âmbito. Tais medidas são adotadas antes de se produzir determinados perigos. O objetivo é, justamente, evitar a ocorrência de determinados fatos, impedir que se consume uma violação da ordem jurídica, considerando que há uma antecipação da ilicitude da conduta, a partir de presunções cautelares, para estancar seu prosseguimento, evitando que culminasse numa agressão maior e mais intensa ao ordenamento jurídico. As sanções administrativas, ao contrário, são consequência do cometimento de uma infração administrativa, constituindo uma repressão, uma resposta cabal a um fato ilícito, não apenas cautelar e provisório. O pressuposto é, nessa seara, a realização de um comportamento proibido, representando, enfim, um *posterius* em relação às medidas cautelares pertinentes, ao passo que no campo das medidas preventivas outro é pressuposto, dado que inexistente pretensão de uma resposta cabal a um fato ilícito, mas apenas de uma proteção provisória de direitos.

Tem-se, portanto, que, enquanto a medida cautelar visa evitar a ocorrência da infração ou até mesmo paralisar seu prosseguimento, a sanção é consequência do próprio cometimento da infração.

3 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 103-104.

2 PRECEDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União já se manifestou favoravelmente à aplicação de medidas cautelares, de modo a conferir maior efetividade à atuação da Agência. Nesse sentido, vale citar os seguintes trechos do acórdão nº 2109/2006 daquele Tribunal:

Relatório do Ministro Relator:

[...]

430. *O segundo estudo de caso ensina que é possível obter maior efetividade nos processos sancionatórios, caso haja ações de monitoramento pela Agência, com fiscalizações consecutivas para verificar a correção por parte das empresas de desconformidades verificadas e para as quais foram abertos PADOs, caracterizando a reincidência do problema e ensejando o agravamento das multas ou novas multas, quando as desconformidades não tiverem sido solucionadas.*

A utilização das medidas cautelares apresenta maior efetividade que os PADOs para correção dos descumprimentos encontrados

431. Destaca-se que não somente os PADOs compõem o universo de medidas sancionatórias, também está previsto na regulamentação a possibilidade de adoção de medidas cautelares pela Anatel. As medidas cautelares se mostram mais efetivas de que os PADOs. Porém só devem ser usadas em caráter de urgência com o objetivo de evitar, interromper ou reparar danos causados aos usuários.

432. Conforme artigo 175 da LGT, nenhuma sanção será tomada sem a oportunidade de ampla defesa, exceto medidas cautelares urgentes. O parágrafo único do Artigo 72 do Regime Interno da Anatel estabelece:

Parágrafo Único. No curso do procedimento, ou em caso de risco iminentes antes dele, a Agência poderá, motivadamente, adotar medidas cautelares estritamente indispensáveis para evitar a lesão, sem a prévia manifestação do interessado

433. A adoção de medida cautelar não encerra ou impede a abertura do processo de PADO decorrente, que seguirá seu trâmite normal,

podendo a seu término resultar em sanções complementares às empresas.

434. O objetivo das medidas cautelares, em especial aquelas relacionadas às questões de qualidade na prestação dos serviços, é promover a correção ou suspensão dos atos das prestadoras que afetam direta ou indiretamente os usuários, caracterizando-se pela urgência de evitar danos ou lesões ainda maiores aos usuários, pela má qualidade ou desconformidade às normas na prestação do serviço.

435. Assim, em casos urgentes, a Anatel dispõe de instrumento para coagir as empresas a prestarem o serviço com qualidade em um curto prazo, sem ter que esperar a conclusão dos PADOs, que conforme relatado nos itens 434 a 455 deste relatório é bastante demorado. O descumprimento dos termos das medidas cautelares pode ensejar a aplicação de multas às prestadoras.

436. Através de pesquisas no sítio da Anatel e da análise das informações fornecidas pela Agência, foi observado que a Anatel vem utilizando o instrumento das medidas cautelares em várias situações relativas à qualidade, à defesa da concorrência ou às infrações aos normativos.

437. Alguns exemplos de medidas cautelares relativas à qualidade adotadas pela Anatel são:

- Medida cautelar suspendendo a comercialização e ativação de novas estações de usuários da Vivo (operadora de SMP) no Distrito Federal a partir de 14 de maio de 2004, devido a interrupção do serviço que afetou 150 mil usuários, e determinando o ressarcimento aos usuários prejudicados, podendo ensejar multa de R\$ 10 milhões em caso de descumprimento dos termos da medida cautelar. Essa medida cautelar foi suspensa em 19 de maio de 2004, em face da verificação por parte da Anatel de melhorias nas condições da prestação do serviço;

- Medida cautelar em desfavor da Embratel (Operadora de Telefonia de Longa Distância) determinando o ressarcimento aos usuários que efetuaram reclamações procedentes no período de 01 de janeiro a 30 de setembro de 2000 e outras ações relativas à tarifação e tratamento das contas telefônicas. Além das reclamações dos usuários, essa

medida cautelar foi motivada pelo descumprimento do indicador referente a número de contas com reclamação de erro por nove meses em valores quatro vezes superiores à meta estabelecida.

438. Observa-se dos exemplos acima que as medidas cautelares apresentam maior tempestividade em relação aos PADOs, *e que as determinações dessas medidas beneficiam diretamente os usuários e incentivam (obrigam) as prestadoras a tomarem medidas rápidas e efetivas para corrigir os problemas encontrados*, como verificado na suspensão da comercialização da operadora Vivo, que, no caso supracitado, em 5 dias resolveu os problemas encontrados.

439. *A medida cautelar é um importante instrumento para obrigar as empresas a (re)estabelecer as condições mínimas de qualidade aceitáveis para a prestação do serviço.* No entanto, a recorrente utilização de medidas cautelares significa que a prestação do serviço se encontra em níveis críticos que obrigam a adoção pela Anatel de medidas urgentes, e que os mecanismos sancionatórios, como PADOs e outros descritos neste relatório, não lograram êxito na solução do problema.

440. Cabe ressaltar, entretanto, o aspecto educativo da aplicação de medidas cautelares, pois as operadoras sabem que a Anatel dispõe desse instrumento para punir as empresas de forma rápida através de multas, definição de valores a serem ressarcidos aos usuários, interrupção de comercialização dos serviços, entre outras medidas.

A utilização de outras medidas coercitivas deve ser reforçada

441. A LGT estabelece que compete à Anatel adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público, incluindo neste a defesa dos direitos dos usuários e a prestação do serviço com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários.

442. A Anatel dispõe de medidas alternativas aos PADOs e às medidas cautelares, que podem incentivar as empresas a buscarem a melhoria da qualidade da prestação dos serviços. Embora não sejam sancionatórias, essas medidas alternativas podem contribuir para o aprimoramento na prestação dos serviços, pois direta ou indiretamente exigem ações das prestadoras para melhoria da qualidade.

[...]

Acórdão

[...]

9.2.6.3. dever de avaliar a imediata adoção de medidas cautelares sempre que se verificar o descumprimento, pelas operadoras de telefonia, de direitos que afetam significativa parcela de usuários dos serviços, de maneira a garantir maior rapidez e efetividade na correção de irregularidades verificadas em relação à qualidade da prestação dos serviços de telefonia aos usuários, sem prejuízo da instauração do PADO correspondente, e da consequente possibilidade de agravamento da sanção que eventualmente vier a ser aplicada, de forma semelhante ao que prevê o art. 15 do atual Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas;

[...] [grifo nosso]

Note-se que, na ocasião, o Tribunal de Contas da União ressaltou a importância não só de medidas cautelares, mas também de outras medidas que, de um modo geral, conferem maior efetividade às ações da Agência.

O importante, conforme destaca o precedente do Tribunal, é garantir maior rapidez e efetividade na correção de irregularidades verificadas, sem prejuízo da instauração do respectivo Procedimento Administrativo de Descumprimento de Sanções, bem como incentivar as empresas a buscarem a melhoria da qualidade da prestação dos serviços de telefonia aos usuários.

3 EXEMPLOS PRÁTICOS

Quanto às medidas cautelares, cumpre destacar que, como já salientado, elas podem ser impostas tanto antes como, também, no curso de procedimento administrativo. Isso significa que a adoção de medidas cautelares preventivas é perfeitamente admitida.

Aliás, cumpre observar que a possibilidade de adoção de medidas cautelares preventivas consta também no Regulamento de outras Agências. Por exemplo, a Resolução nº 442, de 17 de fevereiro de 2004, que aprova o Regulamento que disciplina, no âmbito da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam a legislação de transportes

terrestres e os deveres estabelecidos nos editais de licitações, nos contratos de concessão, de permissão e de arrendamento e nos termos de outorga de autorização, estabelece, em seus artigos 12 e 15, o seguinte:

Art. 12. No curso do procedimento de averiguações preliminares, as Superintendências poderão:

IV - adotar medidas cautelares e preventivas;

Art. 15. Atuando em caráter preventivo e orientador, a ANTT, por intermédio das Superintendências de Processos Organizacionais competentes, poderá, antes da instauração de procedimento de averiguações preliminares ou de processo administrativo, ou durante seu curso:

I - no caso de ocorrências não consideradas de natureza grave, alertar os infratores quanto às faltas ou irregularidades verificadas, assinando prazo para que sejam sanadas;

II - determinar a imediata cessação de prática irregular ou de infração, ordenando, quando possível, a reversão à situação anterior;

III - determinar a adoção de medidas administrativas que objetivem o cumprimento das disposições legais, regulamentares, contratuais ou de editais de licitações.

§ 1º Em caso de urgência ou de risco iminente a autoridade competente poderá, motivadamente, adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado (Lei nº 9.784/99, art. 45; Lei nº 10.233/2001, art. 78-C).

§ 2º A correção de falta ou irregularidade não impede a instauração do processo administrativo, nem é causa de extinção de punibilidade.

§ 3º Desde que o fato não constitua crime e não haja lesão ao interesse público nem prejuízo para terceiros ou para a coletividade, a autoridade competente poderá, a seu exclusivo critério, fixar prazo para o cumprimento das determinações de que tratam os incisos II e III deste artigo.

A própria Anatel, recentemente, determinou, cautelarmente, a suspensão da venda de novas linhas de celulares, com vistas a garantir serviço aos cidadãos com nível de qualidade satisfatório⁴:

Anatel suspende a venda de novas linhas de celulares 18 de Julho de 2012

A Anatel adotou nesta quarta-feira, 18, medida cautelar para que as prestadoras de telefonia móvel prestem serviço aos cidadãos com nível de qualidade satisfatório. A partir da próxima segunda-feira, 23, as prestadoras que apresentaram, segundo avaliação da Anatel, o pior desempenho por Unidade da Federação (UF), estão proibidas de comercializar de novas linhas. Confira abaixo a relação das prestadoras atingidas pela medida em cada UF:

[...]

As prestadoras deverão apresentar Plano Nacional de Ação de Melhoria da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), detalhado por UF, no prazo de até 30 dias, contendo medidas capazes de garantir a qualidade do serviço e das redes de telecomunicações, em especial quanto ao completamento e à interrupção de chamadas e ao atendimento aos usuários. Novas vendas só serão permitidas após análise e aprovação, pela Anatel, do Plano apresentado.

As demais prestadoras não foram proibidas de comercializar em nenhuma UF, mas também deverão apresentar o Plano Nacional de Ação de Melhoria.

A medida foi tomada em razão do crescimento, verificado pela Anatel desde o ano passado, do número de reclamações registradas na Anatel, associado aos dados de acompanhamento e de fiscalizações realizadas.

Caso alguma prestadora descumpra a determinação da Anatel, estará sujeita ao pagamento de R\$ 200.000,00 por dia e por cada UF em que se constatar o descumprimento.

Outro exemplo que merece ser citado foi a adoção da medida cautelar pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC para suspender

⁴ Notícia veiculada no sítio eletrônico da Anatel no seguinte endereço: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>>.

as operações de companhia aérea. Embora tal medida tenha sido incidental, traduziu-se em imediatas providências da Agência em face de informações de práticas que poderiam ferir a regulamentação aplicável⁵:

ANAC suspende operações da NOAR Linhas Aéreas

A ANAC suspendeu ontem, 17/07, de forma cautelar, as operações da empresa aérea de transporte regular NOAR Linhas Aéreas S.A., após receber informações da Rede Globo de Televisão de que a companhia estaria adotando práticas que podem ferir tanto o Código Brasileiro Aeronáutico (CBA) quanto as regras da Agência.

Na tarde do dia 16/07, a Agência recebeu cópias escaneadas de possíveis anotações feitas pelos pilotos da empresa NOAR relatando problemas técnicos recorrentes na aeronave de prefixo PR-NOA – aeronave da companhia não envolvida no acidente ocorrido em 13 de julho.

Essas anotações deveriam constar no livro de registro de voo, jornada e ocorrências da aeronave e de seus tripulantes (Diário de Bordo), conforme estabelecido no CBA, e confeccionado de acordo com as orientações da Instrução de Aviação Civil 3151. O Diário de Bordo é um dos itens averiguados pela ANAC em suas fiscalizações, sejam elas programadas ou não.

Diante das informações recebidas, a Agência decidiu suspender temporariamente as operações da empresa até constatar a veracidade das informações junto aos responsáveis. Para tanto, é necessário que o documento recebido pela emissora seja encaminhado para a área técnica responsável para análise mais detalhada. Essas informações serão anexadas ao processo administrativo que a ANAC abriu no dia 13/07 (data em que uma das aeronaves da empresa se acidentou) para verificar as condições técnicas operacionais da empresa

O resultado da análise poderá, se procedente, gerar a aplicação de penalidades cabíveis (de multa até cassação da licença da empresa). Caso seja verificada a ausência de irregularidades, a empresa poderá ser liberada para a continuidade das operações.

5 Notícia veiculada no sítio eletrônico da Anac no seguinte endereço: <http://www.anac.gov.br/Noticia.aspx?ttCD_CHAVE=263&slCD_ORIGEM=43>..

A medida adotada pela ANAC é cautelar e visa resguardar a segurança dos passageiros diante das informações apresentadas. Não se configura, de forma alguma, conclusão sobre irregularidade praticada pela empresa, o que será verificado no processo em curso.

4 CONCLUSÃO

As medidas cautelares, portanto, presentes seus requisitos autorizadores, devem ser utilizadas, de modo a conferir a maior efetividade possível às ações da Agência em prol dos usuários e dos serviços de telecomunicações.

Nessa linha, é de bom alvitre registrar que não existe um rol taxativo de medidas a serem determinadas a título de medida cautelar. Ao contrário, as possibilidades são amplas, cabendo à Agência avaliar cada caso concreto e ponderar qual a que mais se ajusta a ele. Em outras palavras, deve verificar qual medida melhor serve para resolver da forma mais efetiva possível os problemas específicos de cada caso. Pode, por exemplo, impor obrigações de fazer, de não fazer, determinar a devolução de valores, a implementação de interconexão, o pagamento de quantias não repassadas, a suspensão, ainda que parcial, da comercialização de determinados serviços ou da celebração de contratos com novos consumidores, a melhoria de redes e etc.

E não é só. É importante que a Agência utilize, além das medidas cautelares, todas as outras medidas de que dispõe para conferir a maior efetividade possível às suas ações, em benefício da coletividade e dos serviços que tutela.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. *Direito Administrativo*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2006.



A QUESTÃO DA COBRANÇA DE MULTA E JUROS DE MORA, QUANDO O CRÉDITO TRIBUTÁRIO ESTÁ SUSPENSO

THE MATTER OF THE APPLICATION OF PENALTY AND INTEREST ON LATE, WHEN THE TAX CREDIT IS SUSPENDED

Luís de Freitas Júnior

Procurador Federal em exercício na Anatel - DF

Doutorando em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, pela Universidade de Coimbra - Portugal

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - CE

SUMÁRIO: 1 Da suspensão da exigibilidade do crédito tributário em decorrência de medida judicial; 2 Da cobrança de multa e juros de mora quando existe decisão judicial de suspensão da exigibilidade do crédito tributário; 2.1 Da cobrança da multa de mora; 2.2 Da multa de mora para as parcelas dos créditos que tiveram a sua exigibilidade suspensa; 3 Dos juros de mora para as parcelas dos créditos que tiveram a sua exigibilidade suspensa; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente escrito trata acerca de tema que, ultimamente, vem tendo grande recorrência e relevância, no âmbito dos processos administrativos fiscais da Anatel.

Trata-se da aplicação da multa de mora e dos juros de mora, na cobrança administrativa dos tributos, cuja arrecadação está sob a responsabilidade da Anatel. Especificamente, esse estudo cingir-se-á aqueles casos em que a cobrança do tributo encontra-se suspensa, devido à decisão judicial não transitada em julgado.

Há casos em que mesmo havendo a ordem judicial para suspensão da cobrança do tributo, admite-se o seu lançamento, para fins de interromper a decadência. Nessas hipóteses, discute-se acerca da possibilidade de acrescer a multa moratória e os juros de mora, bem como o momento exato para tal finalidade.

Embora exista lei tratando do assunto, a questão ganha novos contornos, a partir das novas interpretações do dispositivo legal, realizadas pelo Conselho Administrativo de Recursos Federais – CARF, que devem ser levados em consideração, para fins de economia e eficiência processual.

A solução do feito pode variar na medida que a data do início da fiscalização pela Anatel, tenha ocorrido antes ou depois da decisão judicial de suspensão de exigibilidade do crédito tributário.

Nesse contexto, vale analisar as questões fáticas e jurídicas envolvidas nessa situação, para fins de provocação da discussão do tema e aperfeiçoamento de sua resolução.

PALAVRAS-CHAVE: Tributário. Multa. Juros. Suspensão do crédito. Decisão judicial.

ABSTRACT: This text is about a topic that recently has been being recurrent and having great relevance in the fiscal administrative context of Anatel.

It is the application of late-payment penalty and interest for late payment, the administrative collection of taxes, which is responsibility of Anatel. Specifically, this study will be confined to those cases where the collection of the tax is suspended due to a court decision not res judicata.

So, there are cases where even with a court order to suspend the collection of the tax, it is believed its launch, for the purpose of stopping the decline. In these cases, we discuss about the possibility of fines and default interest addition, as well as the exact time for this purpose.

Although there is a law dealing with this subject, the issue acquires new contour, from new interpretations of the legal provision made by the

Federal Resources Administrative Council - CARF, which should be taken into account for purposes of procedural economy and efficiency. The solution of the fact can vary, as the date of commencement of supervision by Anatel has occurred before or after the court decision to suspend the payments of tax.

In this context, it is worth scrutinizing the factual and legal issues involved in this situation, for the purpose of provoking discussion of the topic and its resolution enhancement.

KEYWORDS: Tax. Penalty. Interest. Credit suspension. Judicial decision.

1 DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM DECORRÊNCIA DE MEDIDA JUDICIAL

Por vezes, após a instauração de um processo administrativo fiscal que vise a cobrança de tributos, v.g., CIDE-Fust, pela Anatel, o Contribuinte vem a juízo pleitear a suspensão do procedimento de exação.

Assim, à guisa de exemplificação, tem-se verificado a existência de Mandados de Segurança em que as Prestadoras vêm discutir a forma de cálculo e recolhimento das contribuições para a CIDE-Fust, sem a inclusão dos valores das transferências recebidas a título de provimento de interconexão e uso de recursos integrantes de suas redes.

Em alguns desses casos, o Judiciário tem concedido, liminarmente, a segurança para que as impetrantes possam continuar a calcular e recolher as contribuições à CIDE-Fust sobre o valor total da sua receita operacional bruta decorrente da prestação de serviços de telecomunicações cobrados do usuário final mediante a emissão de conta, sem inclusão dos valores das transferências recebidas a título de provimento de interconexão e uso de recursos integrantes de suas redes.

É certo que a Anatel tem recorrido dessas decisões, contudo, pode ocorrer que tais recursos por vezes sejam improvidos ou recebidos tão somente no efeito devolutivo, ou seja, efeito que devolve ao Tribunal a apreciação da matéria julgada para anular ou reformar a decisão que, por sua vez, está vigendo, de modo que, em relação aos valores devidos a título de CIDE-FUST decorrentes de receita de interconexão e de uso de recursos integrantes de suas redes, a exigibilidade continua suspensa.

De antemão, cumpre atentar, nos casos em que a questão é discutida na seara administrativa e judicial simultaneamente, para a questão de haver ou não a ocorrência da “renúncia tácita” contemplada no art. 38,

parágrafo único, da Lei nº 6.830/80¹. De acordo com o instituto, diante da preponderância do mérito jurisdicional sobre o administrativo, via de regra, a renúncia à instância administrativa seria aplicada.

Nesse sentido, importante citar a Súmula 1 do CARF:

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Nada obstante, nem sempre o instituto da renúncia tácita se aplica. Eis que esse exige a perfeita identidade de objetos entre as ações judiciais e a matéria tratada na esfera administrativa. Logo, há casos em que não há identidade perfeita de objetos, eis que nas impugnações administrativas são levantadas nulidades formais não suscitadas no processo judicial.

Na hipótese de não identidade de objetos, o instituto da renúncia administrativa em face do ajuizamento da ação não se aplica. É o que revela o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 268015

Processo: 2004.61.02.008764-6

Órgão julgador: TERCEIRA TURMA

Fonte: DJU 30/01/2008, página 377 (Data da decisão 17/01/2008)

Relator: Juiz Convocado Renato Barth

Ementa:

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTRIBUIÇÃO AO PIS. LCNº 7/70, ART. 6º, PARÁGRAFO ÚNICO. SEMESTRALIDADE.

1 Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

MATÉRIA NÃO DECIDIDA EM AÇÃO ANTERIOR, EM QUE SE IMPUGNAVA A EXIGÊNCIA DO TRIBUTO NOS TERMOS DOS DECRETOS-LEIS Nº 2.445 E 2.449/88. NÃO APLICAÇÃO, AO CASO, DA RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA A QUE SE REFERE O ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 6.830/80.

Rejeitada a preliminar suscitada pela União nas razões da apelação, uma vez que a autoridade da Receita Federal está legitimada para o processo em que se pretende obter o processamento de recurso administrativo interposto perante a referida autoridade.

A opção do contribuinte de discutir judicialmente a exigibilidade de tributo importa extinção da instância administrativa, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830/80.

Essa renúncia só se aplica às questões efetivamente submetidas ao crivo jurisdicional. De fato, à luz da premissa da preponderância da decisão judicial sobre o ato administrativo, a renúncia só tem lugar quanto aos aspectos efetivamente submetidos ao exame judicial.

No caso dos autos, a questão relativa à "semestralidade" da contribuição ao PIS, na forma instituída pela Lei Complementar nº 7/70, não foi objeto de discussão e decisão no processo de conhecimento, sendo apresentada apenas quando da necessidade de determinar os valores a serem compensados.

Não há como impedir, destarte, o processamento da impugnação administrativa, já que, quanto a esta questão específica, não houve qualquer renúncia por parte do contribuinte, expressa ou tácita.

A referência, na sentença proferida na ação anterior, às "alterações" promovidas nos "arts. 18 da Lei 9.065 e 57 da Lei 9.069, de 1995", é insuficiente para considerar que a regra do art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 7/70 tenha sido objeto de decisão específica.

Apelação e remessa oficial, tida por ocorrida, a que se nega provimento.

Portanto, nem sempre a existência da ação judicial discutindo tema tratado no processo administrativo fiscal induz a renúncia tácita

do recurso administrativo interposto pela contribuinte, em virtude da não coincidência de objetos.

Nesses casos, mesmo em face da existência de decisão judicial não transitada em julgado que suspende a exigibilidade do crédito tributário², persiste a necessidade do prosseguimento do processo administrativo, para evitar a decadência do lançamento.

Muito embora possa o Contribuinte alegar que os lançamentos seriam nulos, por terem sido expedidos na vigência de decisão judicial liminar, que impediria a cobrança da contribuição ora devida, esse tipo de arguição não deve prosperar.

A decisão judicial não transitada em julgado não obsta a formalização do crédito tributário pelo lançamento, porque, consoante jurisprudência pacífica do STJ, a autoridade fazendária deve proceder ao lançamento do crédito tributário para interromper o decurso do prazo decadencial:

TRIBUTÁRIO-PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA-OBSTÁCULO JUDICIAL

A constituição do crédito tributário, nos termos do CTN, não sofre interrupção ou suspensão, iniciando-se o prazo na data da ocorrência do fato gerador.

A partir do fato gerador, dispõe a Fazenda do prazo de cinco anos para constituir o seu crédito, não estando inibida de fazê-lo se houver suspensão da exigibilidade, nos termos do art. 150, §4º do CTN.

A liminar concedida em Mandado de Segurança (art. 151, IV, CTN), bem assim, as demais hipóteses do mesmo art. 151, não impedem que a Fazenda constitua o seu crédito e aguarde para efetuar a cobrança.

Ocorrência da decadência, porque constituído o crédito após cinco anos da ocorrência do fato gerador (art. 173, I, CTN)

Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 575991/SP, Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 22.08.2005).

² Nesses casos, entende-se que o caminho mais adequado é concluir o processo administrativo e, antes de realizar os atos de cobrança do crédito definitivamente constituído, ser solicitada manifestação da Procuradoria Federal acerca da exigibilidade dos créditos objeto do processo administrativo, discutidos judicialmente.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ART. 173, I, DO CTN. INEXISTÊNCIA DE PRAZO DECENAL PARA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MEDIDA QUE NÃO IMPEDE A REALIZAÇÃO DO LANÇAMENTO. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO ^{STJ} QUE SE FIRMOU NO MESMO SENTIDO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA SÚMULA 168/STJ. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. (EREsp 575991/SP, Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, 07/04/2008).

Mesmo havendo decisão judicial impedindo a cobrança em relação a parte da base de cálculo do tributo, cabe a Anatel fazer o lançamento de todo o crédito que considera devido, a fim de evitar a decadência do crédito.

Portanto, distingue-se duas situações quanto aos atos de cobrança no processo administrativo. Primeiramente, quanto aos valores devidos acerca do tributo que não decorram da receita combatida na ação judicial, podem ser cobrados depois do trânsito em julgado administrativo, desde que não suspensa a sua exigibilidade por outra decisão do Poder Judiciário.

Já, quanto aos valores devidos em razão de receitas combatidas no mandado de segurança, só haverá cobrança, ao final do processo administrativo, se houver reforma da sentença.

Diante dessas considerações, conclui-se que as causas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário previstas no art. 151, IV e V, do CTN não obstam que o Fisco possa efetuar o lançamento, de forma que a demora em proceder o lançamento poderia levar à decadência do crédito tributário.

Nada obstante, os valores lançados pela Agência que não se referirem a receitas discutidas na ação judicial, caso não estejam garantidos por depósito judicial ou por outra decisão do Poder Judiciário, após o término do processo administrativo, podem ser cobrados pela Administração, com a inscrição dos valores específicos no CADIN, dívida ativa e ajuizamento da competente execução fiscal, inclusive os juros após o vencimento dos créditos (conforme se detalhará a seguir).

Quanto aos valores cobrados em razão de receitas discutidas na decisão judicial, *estes* somente devem ser cobrados se o processo administrativo for

concluído e não houver decisão judicial impedindo a cobrança, hipótese em que os juros moratórios serão calculados desde o vencimento dos créditos, haja vista que, conforme precedentes acima citados, a revogação de decisão judicial não transitada em julgado opera efeitos *ex tunc*, tal como se nunca tivesse existido (conforme se esmiuçarà a seguir).

Em relação à aplicação da multa de mora e dos juros de mora, nestes casos, é importante que se proceda um maior aprofundamento, para fins de sua perfeita compreensão.

2 DA COBRANÇA DE MULTA E JUROS DE MORA QUANDO EXISTE DECISÃO JUDICIAL DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

2.1 Da cobrança da multa de mora

Prefacialmente à discussão sobre a exigibilidade da multa de mora, mister atentar para a questão da legalidade/constitucionalidade dos dispositivos que preveem a multa de mora (art. 8º, §1º, do Decreto nº 3.624/2000).

Assim, entende-se que, de fato, a Agência não pode negar os efeitos de lei vigente, sob pena de assumir funções que não lhe são próprias, ou seja, usurpar competência privativa atribuída ao Poder Judiciário.

Nesse sentido é a Súmula nº 2 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Dessa forma, o âmbito administrativo não é o foro adequado para a discussão de questões atinentes à inconstitucionalidade de dispositivos legais, sendo competência exclusiva do Poder Judiciário a análise de tal matéria. De acordo, ainda, com o Decreto nº 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal,

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Por fim, cabe salientar que a Advocacia-Geral da União, com base no Parecer AGU/SF/13/2008 e no Despacho nº 444/2008, da

Consultoria-Geral da União, aprovado pelo Advogado-Geral da União, firmou entendimento no sentido de que não há ilegalidade na cobrança da referida multa de mora pela Anatel. Desse modo, a multa de mora não deve ser afastada.

Igualmente importante, antes de adentrar no cerne da discussão, é diferenciar as considerações que serão tecidas a seguir, separando-se o entendimento aplicado às parcelas dos créditos tributários que tiveram a sua exigibilidade suspensa, do entendimento dirigido para as parcelas dos créditos que não tiveram a sua exigibilidade suspensa.

No que pertine às partes dos créditos que não tiveram a sua exigibilidade suspensa, aplicam-se normalmente a multa de mora (sem incidência do § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430/1996) e os juros de mora.

Quanto às parcelas dos créditos que tiveram a sua exigibilidade suspensa pela aludida decisão judicial, serão expendidas adiante, as considerações acerca da disciplina da cobrança da multa de mora.

2.2 Da multa de mora para as parcelas dos créditos que tiveram a sua exigibilidade suspensa

A princípio cumpre distinguir a multa “de mora”, da questão da multa “de ofício”, por tratar-se de institutos diferentes com regramentos próprios.

A multa de ofício é tratada no art. 44 Lei nº 9.430/96, já a multa de mora para créditos de CIDE-Fust, com vencimento anterior a dezembro de 2008, como ocorre no presente processo, é disciplinada no art. 8º, §1º, do Decreto nº 3.624/2000, e para os créditos de CIDE-Fust vencidos após 03/12/2008, o art. 61 da Lei nº 9.430/96, como se pode verificar a seguir:

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

IV - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

V - (revogado pela Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998). (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea “a” pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea “b” com nova redação pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea “c” com nova redação pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

Art. 8º A contribuição ao Fust de que trata o inciso IV do art. 7º deste Decreto é devida por todas as prestadoras de serviços de telecomunicações, à alíquota de um por cento sobre o valor da receita operacional bruta de cada mês civil, decorrente da prestação dos serviços de telecomunicações de que trata o art. 60 da Lei no 9.472, de 1997, nos regimes público e privado, e deverá ser paga até o décimo dia do mês seguinte ao de apuração.

§ 1º O descumprimento das obrigações relacionadas ao recolhimento da contribuição de que trata o caput deste artigo implicará aplicação de multa de dois por cento e de juros de um por cento, por mês de atraso, sobre o valor da respectiva contribuição.

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

A respeito da distinção destes dois tipos de multa e das suas diferentes disciplinas, importante citar o julgamento do CARF:

Processo nº 17460.000382/200731

Recurso nº 258.069 Voluntário

Acórdão nº 230200.994

– 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Sessão de 14 de abril de 2011

Avulta dos preceitos ora revisitados que, na sistemática da Lei nº 9.430/96, foram adotadas duas denominações para as multas aplicadas: a moratória (art. 61) e a assim denominada multa de ofício (art. 44). *Nesse panorama, a norma de exclusão estampada no art. 63 da citada Lei nº 9.430/96 apenas se refere à multa de ofício, tratada no seu art. 44, mas não engloba a multa de mora, disciplinada no seu art. 61.* (Destaque no original)

Nesse contexto, é válido apreciar o art. 63, caput e seu § 2º da Lei 9.430/96:

Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos *incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Nessa perspectiva, na inteligência do citado art. 63, e consoante o citado entendimento do CARF, não se confunde a disciplina dos dois tipos de multa, pois enquanto o seu caput afasta a incidência de multa de ofício, o seu parágrafo 2º interrompe a incidência da multa de mora,

desde a data da concessão do provimento liminar, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

No que pertine, especificamente, à multa de mora aplicada à contribuição ao Fust, importante verificar a sua disposição legal, prevista no art. 8º do Decreto nº 3.624/2000, *in verbis*:

Art. 8º A contribuição ao Fust de que trata o inciso IV do art. 7º deste Decreto é devida por todas as prestadoras de serviços de telecomunicações, à alíquota de um por cento sobre o valor da receita operacional bruta de cada mês civil, decorrente da prestação dos serviços de telecomunicações de que trata o art. 60 da Lei nº 9.472, de 1997, nos regimes público e privado, e deverá ser paga até o décimo dia do mês seguinte ao de apuração.

§ 1º O descumprimento das obrigações relacionadas ao recolhimento da contribuição de que trata o *caput* deste artigo implicará aplicação de multa de dois por cento e de juros de um por cento, por mês de atraso, sobre o valor da respectiva contribuição.

Nesse contexto e em conformidade com o § 2º do art. 63 da Lei nº 9.430/1996, a decisão judicial que determina a suspensão de exigibilidade do tributo interromperia a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Tem-se como irretocáveis tais ponderações, que contam com o respaldo da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme ilustra a ementa do seguinte acórdão:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. FINSOCIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. PAGAMENTO DO TRIBUTOS DEVIDO NO PRAZO DO ART. 63, § 2º, DA LEI N. 9.430/96. AFASTAMENTO DOS JUROS E MULTA DE MORA EM RELAÇÃO AO PERÍODO EM QUE A LIMINAR VIGEU.

A Corte de origem entendeu que não incidem multa nem juros moratórios em relação ao período em que o crédito tributário esteve com sua exigibilidade suspensa, por força de liminar concedida em mandado de segurança, posteriormente cassada por ocasião da sentença.

O julgado está amparado no art. 63, § 2º, da Lei n. 9.430/96, que dispõe: "a interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição".

É de rigor a incidência da regra, para afastar a cobrança dos juros e da multa de mora em desfavor do contribuinte, nestes casos. Precedente da Turma no AgRg no REsp 1005599/MG,

Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/06/2008.

Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

(STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp nº 839.962/MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJE de 16/04/2010)

Por outro lado, nota-se que a regra é clara no sentido de que a exigibilidade do crédito tributário volta a vigorar quando advém decisão judicial que revoga a tutela anteriormente concedida. Pela norma, o contribuinte poderá efetuar o pagamento sem exigência de multa de mora se antes de qualquer procedimento fiscalizatório e nos 30 (trinta) dias seguintes ao cancelamento da causa suspensiva da exigibilidade do crédito. Nesse sentido o seguinte Acórdão da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

Processo nº 35564.001700/200533

Recurso nº 242.424 Especial do Procurador

Acórdão nº 920201.624 – 2ª Turma

Sessão de 11 de maio de 2011

LANÇAMENTO PREVENTIVO DA DECADÊNCIA.
POSSIBILIDADE. AÇÃO JUDICIAL EM CURSO. ANTECIPAÇÃO
DE TUTELA. INTERRUÇÃO DA MULTA DE MORA.

Efetuada o lançamento, durante o período em que estiver suspensa a exigibilidade, para o fim de prevenir a decadência, não cabe multa de ofício.

Por meio do art. 63, § 2º da Lei nº 9.430/96, criou-se regra excepcional de proteção ao litigante judicial em matéria tributária, facultando-lhe o pagamento do débito objeto da demanda sem a incidência de multa de mora no período entre a concessão da medida liminar e 30 dias após a data da decisão que a cassar. Até o fim desse prazo, o contribuinte poderá quitar seu débito já vencido sem arcar com todo prejuízo causado à Fazenda pelo atraso no seu pagamento.

Somente após o transcurso do prazo de 30 dias previsto no art. 63, § 2º da Lei nº 9.430/96 sem que o contribuinte tenha usufruído da possibilidade de pagamento sem multa de mora, ele estará na mesma situação de outro contribuinte qualquer que não efetuou o pagamento dos tributos. Ou seja, a cobrança deverá ser integral — principal e acréscimos moratórios, inclusive com a exigência de multa de mora. Se após a cassação da medida liminar, houver sido iniciado procedimento fiscal para constituição do crédito tributário objeto da demanda, o Fisco, deverá exigí-lo de forma integral, agora com a aplicação da multa de ofício.

Assim, em conformidade com a jurisprudência do Conselho Superior de Recursos Federais, é possível verificar que a compreensão acerca do art. 63 da Lei nº 9.430/1996 trilha o seguinte caminho:

Quanto à multa de mora, aplica-se o art. 63, § 2º da Lei 9430/96, que determina a sua interrupção no período entre a concessão da medida liminar e 30 dias após a data da decisão que a cassar.

Uma vez ultrapassados os 30 dias após a decisão judicial que cassar a anterior decisão judicial que suspendia o crédito tributário, e não houver o pagamento do tributo pelo contribuinte, a cobrança deverá ser integral, principal e acréscimos moratórios, inclusive com a exigência de multa de mora.

Ademais, vale destacar o entendimento do CARF no sentido de que, o importante para fins de aplicação da interrupção desta multa de mora, é que a decisão judicial tenha ocorrido anteriormente à ação fiscal.

Observe-se que para o CARF, o que importa para fins de aplicação do art. 63, § 2º (interrupção da multa), é que a decisão judicial que suspende a exigibilidade tenha ocorrido anteriormente ao início da ação fiscal. Nesses casos, mesmo que o vencimento tenha ocorrido em período anterior à decisão judicial, o CARF entende que se interrompe a aplicação da multa, conforme se verifica nos seguintes julgamentos deste Órgão:

I - Processo nº 35564.003929/200511, Recurso nº 246.674 Especial do Procurador, Acórdão nº 920201.643 – 2ª Turma, Sessão de 25 de julho de 2011: Fato gerador: 28/02/2003; Decisão judicial de suspensão de exigibilidade: 07/11/2005

II - Processo nº 10630.720325/200724, Recurso nº 884.062 Voluntário, Acórdão nº 330201.628 – 3ª Câmara/2ª Turma Ordinária, Sessão de 24 de maio de 2012: Período de apuração: 21/07/2002 a 15/06/2004. Interrupção da multa: 12/09/2002 a 11/10/2002.

III - Processo nº 16095.000154/200895, Recurso nº 260.204 Voluntário, Acórdão nº 230200.897 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária Sessão de 16 de março de 2011: Período de apuração: 01/01/1999 a 30/09/2002; Decisão judicial de suspensão de exigibilidade: 13/08/2002

Nesses três precedentes, havia obrigações tributárias vencidas antes da decisão judicial de suspensão de exigibilidade, sendo que, quando esta foi proferida, a ação fiscal ainda não havia tido início. Nessas situações, o CARF entendeu que a multa de mora deveria observar o art. 63, §2º da Lei nº 9.430/96.

Nesse diapasão, cumpre transcrever o posicionamento do CARF, em processo cujo vencimento da obrigação tributária ocorreu anteriormente à decisão judicial e mesmo assim, ocorreu a interrupção da multa de mora, porque a ação fiscal foi iniciada posteriormente à decisão judicial de suspensão de exigibilidade,.

Processo nº 35564.003929/200511

Recurso nº 246.674 Especial do Procurador

Acórdão nº 920201.643 – 2ª Turma

Sessão de 25 de julho de 2011

Data do fato gerador: 28/02/2003

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. REMUNERAÇÃO
INDIRETA. DÉBITO COM EXIGIBILIDADE SUSPENSA.
LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA CONFIRMADA
POR SENTENÇA. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO.
MULTA DE MORA. NÃO INCIDÊNCIA.

De acordo com o artigo 63, § 2º, da Lei nº 9.430/96, em lançamentos destinados a prevenir a decadência, cujo débito esteja com a exigibilidade suspensa, entre outras hipóteses, por força de liminar em mandado de segurança, conforme ocorre neste caso, não cabe multa de ofício e a incidência da multa de mora fica interrompida desde a concessão da medida judicial até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo. Assim, neste feito, sobre o débito lançado não incide multa de mora, pois desde o início da ação fiscal até este momento ele continua inexigível. O contribuinte nunca esteve em mora. (Destaque no original)

Por conseguinte, nos casos concretos, há de se verificar se no momento do início da fiscalização, já havia a decisão judicial de suspensão da exigibilidade. Em caso positivo, a cobrança da multa de mora deverá observar o art. 63, §2º, mesmo que a obrigação tributária tenha o seu vencimento anterior à data da referida decisão judicial.

Para fins de consideração do início da fiscalização, entende-se, consoante fundamentado no PARECER n.º 526-2012/TRM/PGF/PFE/ANATEL, que “o Requerimento de Informações-RI, emitido pela Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização (SRF) é, portanto, valido para efeito de início do processo de fiscalização e contará, como início de procedimento fiscal, a partir da data do Aviso de Recebimento ou, no caso da via editalícia, 15 (quinze) dias após a sua publicação”.

Ante essas considerações teóricas, é válido propor um exemplo hipotético, para melhor esclarecimento. Inicie-se por supor um caso em que a decisão judicial que gera a suspensão da exigibilidade do crédito tributário foi prolatada em 01/05/2006.

Se no caso hipotético, o início da ação fiscal (data do recebimento, pelo contribuinte, do Requerimento de Informações), se der posteriormente ao início da decisão judicial de suspensão de exigibilidade, por exemplo, em 01/06/2006, consoante o entendimento do art. 63, §§ 1º e 2º da Lei 9.430/96³, haverá a interrupção da mora.

3 Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Nesse caso, deve a Anatel, em relação às parcelas do crédito que estavam com exigibilidade suspensa em decorrência de decisão judicial, tão logo seja reformada a referida decisão judicial, conceder prazo de 30 dias ao contribuinte para efetuar o pagamento dessas parcelas, sem a multa de mora, na forma do art. 63,§2º, da Lei nº 9.430/96.

Contudo, se o início da ação fiscal ocorrer anteriormente à data da decisão judicial de suspensão de exigibilidade, por exemplo, no dia 01/04/2006, não incide o art. 63,§2º, da Lei nº 9.430/96, logo, é devida a aplicação da multa de mora.

3 DOS JUROS DE MORA PARA AS PARCELAS DOS CRÉDITOS QUE TIVERAM A SUA EXIGIBILIDADE SUSPensa

Em uma visão global acerca dos juros de mora, o posicionamento que prevalece na doutrina e na jurisprudência é de que os juros possuem viés remuneratório (recomposição) e não natureza punitiva. Possuem, pois, caráter compensatório, sendo exigidos pela não disponibilização do valor devido à Fazenda Pública, seja qual for o motivo determinante da falta (art. 161 do CTN⁴).

Nestes termos, esta Procuradoria compreende que a suspensão da exigibilidade determinada por decisão judicial não afasta a incidência de juros de mora. Este é, outrossim, o raciocínio da Súmula CARF nº 5:

Súmula CARF Nº 5

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

Assim, a compreensão que ora se firma é a de que os juros de mora são devidos por força de lei, ainda que durante o período em que a respectiva cobrança houver sido suspensa por decisão administrativa ou judicial.

Portanto, não merece prosperar a interpretação de que não seriam exigíveis juros moratórios no período em que estiver suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Isto, porque a regra prevista no art. 63, § 2º da Lei nº 9.430/1996 restringe-se à multa moratória:

Processo: AC 00074089620034036182 / AC - APELAÇÃO
CÍVEL – 1256346

⁴ Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD

Sigla do órgão: TRF3 (Órgão julgador: QUARTA TURMA)

Fonte: e-DJF3 Judicial 2 DATA:17/12/2009 PÁGINA: 638
(Data da Decisão: 15/10/2009)

Ementa

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. ATRASO NO PAGAMENTO AO ABRIGO DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIOR CASSAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS. ART. 63 § 2º DA LEI 9.430/96. IMPOSSIBILIDADE 1. O art. 63, § 2º, da Lei n.º 9.430/96, reza que "A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo o contribuição." 2. No caso em questão, o pagamento da contribuição se deu dentro do prazo preconizado no § 2º, do artigo 63, da Lei nº 9.430/96, porém não foi integral, uma vez que os juros moratórios não foram recolhidos. 3. Não é possível sustentar a remissão dos juros moratórios com base no artigo 63, § 2º, da Lei 9.430/96, por falta de previsão legal, uma vez que a mesma só excluiu a multa. 4. Apelação provida.

Por fim, cumpre destacar que se a decisão judicial que suspende a exigibilidade do crédito tributário impede a cobrança dos juros de mora em relação a apenas uma parte do tributo, v.g., aos valores das transferências recebidas a título de provimento de interconexão e uso de recursos integrantes de suas redes, caso haja alguma parcela dos créditos apurados no processo judicial que não se refira a valores de receita decorrente de interconexão ou de uso de recursos integrantes de suas redes, não há óbice à incidência imediata dos juros de mora.

Ademais, no exemplo citado, em relação aos valores relativos a receita decorrente de interconexão ou de uso de recursos integrantes de suas redes, só haverá cobrança, ao final do processo administrativo, se houver reforma da sentença. Nesse caso, tendo em vista que se trata de decisão judicial não transitada em julgado, a eventual reforma da decisão segue as mesmas regras de uma antecipação de tutela. Vale dizer: a cassação da decisão terá eficácia *ex tunc*.

Assim, uma vez reformada a sentença, os créditos relativos à interconexão poderão ser cobrados com juros desde o vencimento, tal

como se nunca tivesse havido sentença suspendendo a exigibilidade dos créditos. Nesse sentido, vejamos os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CPME. ATRASO NO PAGAMENTO AO ABRIGO DE DECISÃO JUDICIAL. LIMINAR. POSTERIOR CASSAÇÃO. EFEITOS. CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS DE MORA E MULTA EM PERÍODO ACOBERTADO POR LIMINAR. ADMISSIBILIDADE. MP 2.037/2000. IN/SRF 89/00. ART. 63, § 2º DA LEI 9.430/96. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. O provimento liminar, seja em sede de Mandado de Segurança, seja por via de antecipação de tutela ou ainda em ação civil pública, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado; a parte que se beneficia da medida acautelatória, fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida, cuja cassação tem eficácia ex tunc. 2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, adaptando-a à realidade e evitando a corrosão do valor pelos efeitos da inflação. Os juros moratórios, por serem remuneratórios do capital, também são devidos ante a cassação do provimento judicial provisório. 3. Consectariamente, "Retornando os fatos ao statu quo ante, em razão de ter sido cassada a liminar anteriormente deferida, cabe ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade, inclusive quanto aos encargos decorrentes da mora. O valor da CPME, portanto, deverá ser acrescido de juros de mora e multa conforme a previsão do art. 2º, § 2º, I e II, da IN/SRF 89/2000."(REsp. 674.877/MG) 4. (...) 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para determinar que o recolhimento do tributo seja acrescido de juros de mora, incidindo o referencial SELIC, e multa, afastando a aplicação do disposto no art. 63, § 2º da Lei 9.430/96.

(Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, REsp 1011609, Processo nº 200702850738, Data da Decisão 23/06/2009, Fonte DJE de 06/08/2009 RDDT vol.173, p.165)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CPME. ATRASO NO PAGAMENTO AO ABRIGO DE DECISÃO JUDICIAL.

POSTERIOR CASSAÇÃO. EFEITOS. CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS DE MORA E MULTA EM PERÍODO ACOBERTADO POR LIMINAR. ADMISSIBILIDADE. MP 2.037/2000. IN/SRF 89/00. ART. 63, § 2º DA LEI 9.430/96. NÃO INCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE. 1. O provimento liminar, seja em sede de Mandado de Segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado. A parte que o requer fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida, cuja cassação tem eficácia *ex tunc*. 2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, adaptando-a à realidade e evitando a corrosão do valor pelos efeitos da inflação. Os juros moratórios, por serem remuneratórios do capital, também são devidos ante a cassação do provimento judicial provisório. 3. Consectariamente, "Retornando os fatos ao statu quo ante, em razão de ter sido cassada a liminar anteriormente deferida, cabe ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade, inclusive quanto aos encargos decorrentes da mora. O valor da CPMF, portanto, deverá ser acrescido de juros de mora e multa conforme a previsão do art. 2º, § 2º, I e II, da IN/SRF 89/2000." (RESP 674877/MG) 4. Deveras, afigura-se correta a incidência de juros de mora e multa (art. 2º, § 2º, I e II, da IN/SRF 89/2000) quando da denegação da ordem de segurança e conseqüente cassação da liminar anteriormente deferida. Precedentes jurisprudenciais do STJ: RESP 674877/MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 16.11.2004; RESP 571811/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 03.11.2004; RESP 586883/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 09.03.2004 e RESP 503697/MG, desta Relatoria, DJ de 29.09.2003. 5. (...) 8. Recurso Especial provido para determinar que o recolhimento do tributo seja acrescido de juros de mora e multa, afastando a aplicação do disposto no art. 63, § 2º da Lei 9.430/96.

(Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, REsp 676101, Processo nº 200401098165, Data da Decisão 18/11/2008, Fonte DJE de 17/12/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ATRASO NO PAGAMENTO DE TRIBUTO AO ABRIGO DE DECISÃO JUDICIAL. POSTERIOR CASSAÇÃO. EFEITOS.

CORREÇÃO MONETÁRIA, MULTA E JUROS DE MORA DEVIDOS. 1. O provimento liminar, seja em sede de Mandado de Segurança, seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual encontra-se vinculado. A parte que o requer fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida. 2. A correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, adaptando-a à realidade e evitando a corrosão do valor pelos efeitos da inflação. Os juros moratórios, por serem remuneratórios do capital, também são devidos ante a cassação do provimento judicial provisório. 3. Recurso Especial desprovido.

(Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, REsp 636256, Processo nº 20040035080, Data da Decisão 09/11/2004, Fonte DJ de 06/12/2004, p 219)

Diante de todas essas considerações, conclui-se que os valores lançados pela Agência não suspensos pela decisão judicial, por exemplo, que não se refiram à interconexão e uso de recursos integrantes de suas redes, caso não estejam garantidos por depósito judicial ou por outra decisão do Poder Judiciário, após o término do processo administrativo, podem ser cobrados pela Administração, com a inscrição dos valores específicos no CADIN, dívida ativa e ajuizamento da competente execução fiscal.

Quanto aos valores que se referirem a parte do tributo suspenso pela decisão judicial, por exemplo, cobrados em razão de receitas decorrentes de interconexão e uso de recursos integrantes de suas redes, estes somente devem ser cobrados quando o processo administrativo for concluído e não houver decisão judicial impedindo a cobrança, hipótese em que os juros moratórios serão calculados desde o vencimento dos créditos, haja vista que, conforme precedentes acima citados, a revogação de decisão judicial não transitada em julgado opera efeitos *ex tunc*, tal como se nunca tivesse existido.

Em relação à incidência da Selic, conforme o artigo 37-A, da Lei nº 10.522 de 19 de julho de 2002: *“os créditos das autarquias e fundações públicas federais, de qualquer natureza, não pagos nos prazos previstos na legislação, serão acrescidos de juros e multa de mora, calculados nos termos e na forma da legislação aplicável aos tributos federais”*.

Portanto, incidirá a taxa Selic desde 03/12/2008, independentemente da data da ocorrência do fato gerador. Nesse sentido,

o Parecer nº 22/2010/ACD/PGF/PFE/ANATEL, cujas conclusões citadas a seguir são reiteradas nesta manifestação:

Diante de todo o exposto, restrito ao aspecto jurídico-legal do caso em apreço, entende-se que tanto os créditos tributários como os créditos não-tributários da Agência sofrem a incidência de juros e multa de mora na forma da legislação aplicável aos tributos federais, nos termos do artigo 37-A da Lei nº 10.522/2002 incluído pela Medida Provisória nº 449/2008 convertida na Lei nº 11.941/2009.

No caso de créditos não-tributários decorrentes de relações contratuais tipicamente civilísticas deve prevalecer a regra disposta no instrumento contratual, servindo o disposto no artigo 37-A da Lei nº 10.522/2002 apenas como regra supletiva.

A contagem dos juros e da multa de mora deve levar em conta as regras estabelecidas para os tributos federais, sendo os juros calculados de acordo com a taxa Selic e a multa de mora nos termos do artigo 61 da Lei nº 9.430/96.

O termo inicial da contagem dos juros de mora deve levar em conta a data da publicação da Medida Provisória nº 449/2008, ou seja, 3.12.2008, independentemente do momento da ocorrência do fato gerador da obrigação.

No caso da multa moratória o Administrador deve observar a data do inadimplemento da obrigação, fato gerador da obrigação acessória, de modo que somente deve incidir se o fato gerador, qual seja, o inadimplemento da obrigação, ocorreu após a edição da Medida Provisória nº 449/2008.

Assim, quanto aos juros, entende-se que antes de dezembro de 2008 era devida a aplicação da alíquota de 1%, nos termos do art. 8º, §§ 1º e 2º, do Regulamento do Fust (aprovado pelo Decreto nº 3.624/00); art. 7º do Regulamento de Arrecadação do Fust (aprovado pela Resolução nº 247/00); art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, bem como em conformidade com o art. 37-A da Lei nº 10.522/2002, acrescido pela Lei nº 11.941/2009. A partir de dezembro de 2008, passou a incidir a taxa Selic.

4 CONCLUSÃO

Em face das considerações tecidas, compreende-se que, no caso de ocorrer a suspensão do crédito tributário em virtude de decisão judicial ainda não transitada em julgado, não ocorrerá a renúncia tácita à via administrativa, no caso em que sejam discutidas nesta, assuntos não decididos na seara judicial.

Nesse caso, deverá o processo administrativo ter a sua continuidade, com a possibilidade de efetuar o lançamento, mesmo da parcela discutida judicialmente, para fins de evitar a decadência.

No que pertine à cobrança da multa de mora, haverá duas soluções distintas conforme a situação fática.

Assim, se o início da ação fiscal (que via de regra dá-se com o recebimento do Requerimento de Informações) ocorrer anteriormente à decisão judicial de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, entende-se que não incide o art. 63,§2º, da Lei nº 9.430/96, logo, é devida a aplicação da multa de mora.

Já se o início da ação fiscal ocorrer posteriormente à decisão judicial de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, entende-se que, em relação às parcelas dos créditos que estão suspensas em razão de decisão judicial, uma vez constituídos definitivamente os créditos tributários e publicada decisão judicial que revoga a suspensão de exigibilidade concedida judicialmente, deve a Anatel, conceder um prazo de 30 dias para o contribuinte efetuar o pagamento dessas parcelas dos créditos, sem a multa de mora, conforme art. 63,§2º da Lei nº 9.430/96.

Por fim, quanto aos juros de mora, conclui-se pela necessidade de sua aplicação, inclusive quanto à aplicação do índice Selic a partir de dezembro de 2008, os quais são devidos por força de lei, ainda que no período de suspensão de exigibilidade do crédito tributário. No que pertine à parcela do tributo que foi suspensa pela decisão judicial, esta somente deve ser cobrada se o processo for concluído e não houver decisão judicial impedindo a cobrança, hipótese em que os juros moratórios serão calculados desde o vencimento dos créditos.

REFERÊNCIAS

AGU – Procuradoria Federal na Anatel-DF. PARECER n.º 526-2012/TRM/PGF/PFE/ANATEL..

Conselho Administrativo de Recursos Federais - CARF. Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

Planalto. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislação>>. Acesso em: 08 out. 2013.

Superior Tribunal de Justiça - STJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 08 jan. 2013.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em: <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 08 jan. 2013.

A ATUAÇÃO PREVENTIVA DA ANATEL NA PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO BRASILEIRO DE TELECOMUNICAÇÕES E O PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO

*THE PREVENTIVE ACTION OF ANATEL IN THE PROMOTION
OF COMPETITION IN THE BRAZILIAN MARKET OF
TELECOMMUNICATIONS AND THE RESOLUTION ANATEL 600/2012*

Marina Georgia de Oliveira e Nascimento

Procuradora Federal com exercício na Procuradoria Federal Especializada da Anatel (DF)

Pós-Graduanda em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB)

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Fundamento Jurídico da Edição do Plano Geral de Metas de Competição; 2 A Promoção da Concorrência no Setor de Telecomunicações por meio do Plano Geral de Metas de Competição; 2.1 Adoção do Conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como Vetor de Intensidade Regulatória; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, ente a quem a Lei nº 9.472/1997 – LGT atribuiu a competência de regular o setor de telecomunicações no Brasil, tem o dever de promover a concorrência nesse mercado, mediante atuação tanto preventiva quanto repressiva. A elaboração do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, aprovado pela Resolução ANATEL nº 600/2012 consiste em um bom exemplo de como a Agência, atuando de forma *ex ante*, a partir da constatação de que falta ao mercado de telecomunicações maturidade para se autorregular, pode incentivar a concorrência entre os *players* do setor. Apesar das críticas doutrinárias referentes ao ato normativo, o fato é que ele traz em si a elevação do princípio da isonomia, mediante a adoção do conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como fator de discriminação, e, portanto, como critério para adoção de medidas assimétricas que tenham como escopo a introdução da concorrência no setor.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. Competição. Telecomunicações. Isonomia;; Poder de Mercado Significativo.

ABSTRACT: The Brazilian Agency of Telecommunications – ANATEL has the authority to regulate the telecommunications market in Brazil, promoting the competition amongst its players by acting *ex ante* and *ex post*. The document approved by ANATEL through the Resolution 600/2012 is a good example of how that entity act to prevent behaviors that can harm competition in telecommunications. Despite of the critics to the Resolution 600/2012, the fact is that it respects the principle of equality, by adopting the concept of SMP – Significant Market Power, which needs to be used as a standard to the imposition of asymmetric measures to introduce competition in the telecommunications market.

KEYWORDS: Regulation. Competition. Telecommunications. Equality. Significant Market Power – SMP.

INTRODUÇÃO

A existência de um órgão regulador para o setor de telecomunicações foi prevista constitucionalmente no artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal de 1988¹. Em atenção ao comando constitucional, a Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, conferindo a ela função normativa, capacitando-a à aprovação de normas e regulamentos norteadores do setor regulado.

Conforme dispõe a LGT, é função da Agência a organização dos serviços de telecomunicações, o que inclui, além da fiscalização, o disciplinamento da execução dos serviços de telecomunicações, no exercício de sua já citada função normativa. De fato, conforme inteligência de seu artigo 19, incisos IV e X, é atribuição da ANATEL a expedição de normas quanto à prestação dos serviços de telecomunicações nos regimes público e privado.

Não bastasse isso, a mesma Lei, em seu art. 2º, inciso III, c/c art. 6º, determina à Agência a função de adotar medidas que promovam a competição de forma ampla, livre e justa, bem como confere ao usuário o poder de liberdade de escolha de sua prestadora (cf. art. 3º, inciso II da Lei nº 9.472/1997).

Com lastro em tais disposições jurídicas, a ANATEL iniciou o procedimento para a elaboração do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, aprovado, ao final, por meio da Resolução ANATEL nº 600/2012.

Não obstante, muitas são as críticas direcionadas ao diploma normativo. Existe uma corrente doutrinária que, além de se insurgir contra a adoção do conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como vetor de intensidade regulatória e contra a determinação de compartilhamento de infraestrutura, defende que o PGMC consiste em intervenção indevida do Estado na economia e em mecanismo de penalização das prestadoras mais eficientes.

O presente trabalho tem por objetivo consignar que os argumentos contrários ao Plano de Metas promulgado pela Anatel partem de premissas equivocadas, com lastro nas ideias decorrentes de um paradigma de Estado e de Direito liberais, cujo auge se verifica no século XVIII e que se encontra, atualmente, superado pelo paradigma da Modernidade, da qual adveio a noção de Estado Democrático de

¹ De acordo com o dispositivo constitucional citado, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Direito. De fato, adotadas as argumentações utilizadas para afastar a possibilidade de a Anatel utilizar-se das medidas previstas no PGMC para propiciar a concorrência no setor de telecomunicações, poder-se-ia concluir pela possibilidade de o mercado se autorregular, pela adoção da ideia privada de propriedade (sem que esta se condicione pela sua função social) e, enfim, à legitimação da exploração do “homem pelo homem”, como se isto não tivesse sido causa da derrocada do Estado de bases teóricas estabelecidas por uma interpretação reducionista da obra de Adam Smith².

1 O FUNDAMENTO JURÍDICO DA EDIÇÃO DO PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO

O art. 170 da Constituição Federal preceitua que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados, dentre outros, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor.

É justamente com espeque em tais princípios constitucionais que a lei nº 9.472/1997 (LGT) destaca a elevação da universalização e da competição como os valores primordiais a serem alcançados pela política pública de telecomunicações.

Na verdade, tal constatação já pode ser extraída da Exposição de Motivos nº 231/MC. No documento, repisou-se que a reforma perpetrada pelo Estado brasileiro no setor de telecomunicações à época da privatização do Sistema Telebrás teria como finalidade precípua a consolidação da introdução da concorrência na exploração dos serviços

² Apenas para confirmar o quanto alegado, destacam-se as conclusões de Menelick de Carvalho Neto, quanto ao que conceituou como paradigma de Estado de Direito, de bases liberais:

“Assim, o paradigma de Estado de Direito, ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei seja discutida e aprovada pelos representantes da ‘melhor sociedade’, autorize a atuação de um *Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito àquelas fronteiras anteriormente referidas e, assim garantir o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados*, vedada a organização corporativo-coletiva, configura, aos olhos dos homens de então, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de primeira geração, uma ordem jurídica liberal clássica. [...]”

A vivência daquelas idéias abstratas que conformavam o paradigma inicial do constitucionalismo logo conduz à negação prática das mesmas na história. *A liberdade e a igualdade abstratas, bem como a propriedade privada, terminam por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando o acúmulo de capital jamais visto e as revoluções industriais*” (grifos nossos). Nesse sentido, ver: CARVALHO NETO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. Revista Notícia do Direito Brasileiro, Brasília, vol. 6, p. 25-44, jul/dez 1998.

de telecomunicações e a universalização do acesso aos serviços básicos, mediante o fortalecimento do papel regulador do Estado³ e da eliminação de seu papel de empresário, com vistas à criação de um ambiente competitivo no setor, observando-se, ainda, a necessidade de introdução de novos *players* no mercado a partir da eliminação de barreiras à entrada⁴.

Assim, tendo por fundamento o art. 170 da Carta Magna, que estabelece os princípios da Ordem Econômica e a Exposição de Motivos nº 231/MC, a Lei nº 9.472/1997, além de criar a Agência Nacional de Telecomunicações, determinou, em seu art. 2º, incisos II, III, IV e V, que o Poder Público tem como dever: (a) estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira; (b) 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; (c) fortalecer o papel regulador do Estado; e (d) criar oportunidades de investimentos e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo.

O mesmo diploma legal, no inciso II de seu art. 3º, assegura ao usuário de serviços de telecomunicações o direito à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço. Em seu art. 6º, a LGT ainda afirma que os

3 “Passou a União Federal de provedora de serviços a reguladora. Foi mantido o monopólio na prestação, agora mediante concessão, permissão ou autorização a particulares, por meio de uma Agência especialmente constituída, com o objetivo, em síntese, de regulamentar os serviços de telecomunicações, o uso e ocupação do espectro de radiofrequências, a relação entre prestadoras dos diferentes serviços na interconexão e no uso de redes, fiscalizando-as”. (COSTA, Guilherme Ieno. *Os cuidados com a concorrência nas telecomunicações*. In: *Custo Brasil – Soluções para o Desenvolvimento*. Ano 3, nº 14, Abril-Maio 2008, p. 46).

4 Consta da Exposição de Motivos nº 231/MC os objetivos da reforma das telecomunicações no Brasil. Vejamos: “Com base nas premissas indicadas no item anterior e na política de governo de Vossa Excelência, foram formulados objetivos específicos para a reforma das telecomunicações no Brasil. De forma sucinta, *esses objetivos poderiam ser vistos como a consolidação de dois princípios essenciais: a introdução da competição na exploração dos serviços a universalização do acesso aos serviços básicos*. Esses objetivos são os seguintes:

I) *fortalecer o papel regulador do Estado e eliminar seu papel de empresário*. Esse objetivo contempla a orientação de que o Estado promoverá um grau adequado de supervisão sobre o setor, de modo a assegurar que sejam alcançados os objetivos essenciais da reforma, a *criação de um mercado de competição efetiva* e a proteção dos consumidores contra comportamentos anticoncorrenciais. [...]”

II) *aumentar e melhorar a oferta de serviços*. Três temas básicos decorrem desse objetivo: a *promoção da diversidade dos serviços oferecidos à sociedade*; o *aumento significativo da oferta de serviços de telecomunicações no Brasil*; e o *alcançe de padrões de qualidade compatíveis com as exigências do mercado*;

III) *em um ambiente competitivo, criar oportunidades atraentes de investimento e de desenvolvimento tecnológico e industrial*. Nesse objetivo consolidam-se três intenções básicas. A primeira delas associa-se à necessidade de atração de capitais privados através da criação de oportunidades para investimento no setor. *A segunda diz respeito à construção de um ambiente que propicie o desenvolvimento da competição justa no mercado e facilite a consolidação de novos participantes*. Finalmente, a terceira refere-se à geração de condições que estimulem a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico e industrial; [...]” (grifos nossos)

serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações de ordem econômica.

O art. 70 da LGT, de seu turno, determina que serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado, ao passo que o dispositivo seguinte possibilita que a Agência, visando a propiciar competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, estabeleça restrições, limites ou condições a empresas ou grupos empresariais quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações. Finalmente, o art. 86, parágrafo único, inciso II, da LGT reitera a necessidade de o Poder Público atuar para propiciar a ampla, livre e justa competição.

De se ressaltar, ainda, que a edição de um Plano Geral de Metas de Competição já era prevista desde o Contrato de Concessão do STFC – Modalidade Local⁵, celebrado em 31 de dezembro de 2005. Da mesma forma, o Plano também foi mencionado tanto nos artigos 6º, caput e §1º⁶, e 7º, incisos I e II⁷, do Decreto nº 6.654/2008, que aprovou o Plano Geral de Outorgas do Serviço de Telecomunicações prestado no Regime Público,

5 Segundo o Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Comutado – Modalidade Local:

“16.15. A Concessionária se obriga a cumprir o Plano Geral de Metas de Competição e a implementar a revenda do serviço objeto da concessão, nos termos da regulamentação.”

6 Art. 6º. As transferências de concessão ou de controle de concessionária do serviço a que se refere o art. 1º deverão observar o princípio do maior benefício ao usuário e ao interesse social e econômico do País.

§ 1º. As transferências que resultem em Grupo que contenha concessionárias em Setores de mais de uma Região definida neste Plano Geral de Outorgas implicam:

I - atuação obrigatória nas demais Regiões, por parte de prestadora de serviços de telecomunicações pertencentes ao Grupo que contenha as respectivas concessionárias, *conforme dispuser o Plano Geral de Metas de Competição a ser editado pela Agência Nacional de Telecomunicações*, observado o disposto no § 5º; e

II - obrigação de atender aos condicionamentos impostos pela Agência Nacional de Telecomunicações com a finalidade de assegurar a competição, impedir a concentração econômica prejudicial à concorrência e não colocar em risco a execução do contrato de concessão, em atenção ao que dispõe a Lei no 9.472, de 1997, em especial nos seus arts. 97 e 98. [grifou-se]

7 Art. 7º. As concessionárias do serviço a que se refere o art. 1º devem, sem prejuízo do disposto no art. 155 da Lei no 9.472, de 1997:

I - cumprir as obrigações de universalização, inclusive aquelas relacionadas à ampliação das redes do serviço a que se refere o art. 1º que suportem a banda larga, conforme dispuser o Plano Geral de Metas de Universalização; e

II - assegurar a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo o acesso às suas redes de telecomunicações em condições não discriminatórias, isonômicas e coerentes com suas práticas comerciais, *conforme dispuser o Plano Geral de Metas de Competição a ser editado pela Agência Nacional de Telecomunicações*. [grifou-se]

como no Plano de Atualização da Regulamentação das Telecomunicações no Brasil – PGR, aprovado pela Resolução ANATEL nº 516/2008.

Não é demasiado lembrar que o ordenamento jurídico deve ser visto como uma pirâmide, que retira seu fundamento de validade da própria Constituição. Por isso, é possível afirmar, com tranquilidade, que a ideia de competição e concorrência trazida da Constituição Federal permeia todo o arcabouço regulatório infralegal e deve ser utilizada pela ANATEL quando do exercício de seu poder normativo, para que este revista-se de legitimidade e atenda ao interesse público a ser alcançado pela atividade regulatória.

A discussão acerca da atuação da ANATEL para garantir a competição no setor de telecomunicações ganhou contornos especiais e atualizados a partir da abertura do processo administrativo para a elaboração do Plano Geral de Metas da Competição - PGMC, aprovado pela Resolução ANATEL nº 600/2012. É de se dizer que, no decorrer da confecção do Plano, a Agência enfrentou muitas insurgências, especialmente de prestadoras que, nos termos da proposta então em análise, passariam a ser consideradas como detentoras de Poder de Mercado Significativo - PMS. Serve o presente trabalho para analisar se tais críticas são ou não pertinentes. É o que se pretende a seguir.

2 A PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES POR MEIO DO PLANO GERAL DE METAS DE COMPETIÇÃO

É possível afirmar que o PGMC, a partir da identificação dos *players* que detém Poder de Mercado Significativo – PMS, busca regular, por meio de adoção de medidas assimétricas, com a finalidade de corrigir, minimizar ou amenizar os efeitos advindos de falhas de mercado relacionadas à estrutura de mercado de prestação dos serviços de telecomunicações⁸. Trata-se, portanto, de documento que busca efetivar o princípio da isonomia para garantir a competição no mercado de telecomunicações.

8 “A introdução da concorrência entre prestadores representou um dos *leit motiv* da privatização, que se caracterizou, entre outras ações, pela transferência de empresas estatais prestadoras de serviços públicos (segundo a doutrina, delegatários) para concessionários ou permissionários privados. Disso resultou a necessidade de uma perspectiva diversa do regime de prestação desses serviços, ajustada ao direito de escolha do usuário, a ser implementada por meio da competição entre os prestadores. Embora seja este um dos mais relevantes aspectos da regulação, não podem ser olvidados outros propósitos, como a correção de falhas de mercado e de informação e a disciplina dos monopólios naturais” (FARENA, Duciran Van Marsen. *Serviços Públicos, Regulação e Concorrência*. In: *Lei Antitruste – 10 Anos de Combate ao Abuso de Poder Econômico*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005, p. 69).

Mesmo assim, verifica-se a existência de uma corrente doutrinária que defende a ilegalidade e a inconstitucionalidade do Plano Geral de Metas de Competição. Vejamos se tais alegações guardam respaldo jurídico.

Como destacado acima, a Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (que também está enumerado dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso IV, da Carta Magna), tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observando-se, ainda, os princípios da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor, que também foram alçados à categoria de direitos e garantias fundamentais, conforme se depreende do art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXXII do texto constitucional.

Tais dispositivos, diga-se, devem nortear a atividade de interpretação do PGMC editado pela ANATEL. Em razão disso é possível afirmar que o documento em questão não tem como finalidade ou objetivo a intervenção indevida do Estado na economia. No ponto, cumpre destacar que a livre iniciativa e a livre concorrência não são passíveis de atenuação apenas em função da persecução das metas de universalização. Em tal afirmação, esconde-se o entendimento segundo o qual apenas o serviço de telecomunicações prestado no regime público é que seria passível de sofrer ingerências estatais com vistas ao atendimento do interesse público. E com tal premissa não se pode concordar.

Ora, o regime de prestação do serviço de telecomunicações não o descaracteriza como sendo um serviço público, bem como não exclui a sua essencialidade, nos termos do art. 10, inciso VII, da Lei nº 7.783/1989⁹. Outrossim, a Constituição Federal, no seu art. 21, inciso XI, conferiu à União a exploração de todos os serviços de telecomunicações, seja diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Sobre esse tema, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro¹⁰ afirma que as atividades listadas no mencionado artigo 21 são competências públicas, de caráter material, positivo e prestacional. Tais competências públicas prestacionais permitem que o poder público discipline todos os aspectos da organização empresarial da atividade econômica reservada à União. É o que o direito administrativo convencionou chamar de serviços públicos, os quais, uma

9 Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: [...]
VII – telecomunicações; [...]

10 LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Consituição e para a identificação de uma política energética constitucional – A propósito dos arts. 173 e 175 da Carta*. Biblioteca Digital Revista de Direito Público – RBDP, Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 8, nº 29, abr. 2010.

vez outorgados (delegados) à iniciativa privada, devem ser regulados (disciplinados) pelo Estado com o objetivo de garantir o interesse público estabelecido em lei (art. 2º da LGT). Por isso, depreende-se que a Carta Magna não excluiu, dentre as competências reservadas à União, qualquer espécie de serviço de telecomunicações, o que impede toda interpretação que pretenda considerar um ou outro serviço de telecomunicações como serviço privado, imune à regulação estatal, sob pena de direta violação ao texto constitucional.

Além disso, a função estatal regulatória quanto aos serviços de telecomunicações, ainda que prestados no regime privado, remanesce incólume, já que a própria LGT, em seu art. 19, incisos X e XI, dispõe que incumbe à Agência *“expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado”* e *“expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções”*, finalizando, em seu art. 135, que *“a Agência poderá, excepcionalmente, em face de relevantes razões de caráter coletivo, condicionar a expedição de autorização à aceitação, pelo interessado, de compromissos de interesse da coletividade”*.

A grande diferença entre um e outro regime de prestação dos serviços de telecomunicações é depreendida da LGT. O serviço prestado no regime público, por exemplo, tem como característica a reversibilidade dos bens essenciais à prestação do serviço, a outorga mediante contrato de concessão, a imposição de obrigações de continuidade e de metas de universalização, com o consequente atendimento de localidades e áreas não justificadas pelo interesse econômico, bem como a possibilidade de a Anatel controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas, podendo fixá-las nas condições previstas na LGT e homologar reajustes. Em contrapartida, as prestadoras do serviço de telecomunicações prestado no regime público (atualmente, apenas o STFC detém essa condição) desfrutam, por exemplo, de garantias como aquela que assegura o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e a possibilidade de utilização de recursos do FUST para cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do art. 82, inciso II, da LGT.

Por óbvio que o serviço prestado em regime privado não detém tais peculiaridades. No entanto, é de vital importância entender que esta constatação não legitima, sob nenhum aspecto, o argumento segundo o qual o Estado não pode regular um serviço que, apesar de prestado no regime privado, remanesce como um serviço público e, portanto, essencial (pois é reservado constitucionalmente à União).

Em suma, seja no regime privado, seja no público, ambos são serviços públicos, de titularidade da União, prestados por delegação estatal e sujeitos à regulação da ANATEL, órgão constitucionalmente previsto para tal finalidade.

Ainda, não se pode afirmar, que a ANATEL estaria privilegiando o serviço prestado em regime privado em detrimento daquele prestado em regime público. A LGT deve ser interpretada em sua totalidade e em consonância com sua Exposição de Motivos, já que este documento detectou a necessidade de a regulamentação direcionar-se no sentido de fomentar a competição nos mercados relevantes onde exista posição de dominância por parte das detentoras da infraestrutura no setor brasileiro de telecomunicações.

Finalizando, a ANATEL detém poder de polícia tanto para verificação da adequação da prestação do serviço de telecomunicações tanto no regime público quanto no privado, fiscalizando e aplicando sanções, tudo isso alicerçado não só na ideia de continuidade, mas também de qualidade do serviço.

Desta forma, observa-se que a alegação segundo a qual “a *atenuação da livre iniciativa e livre concorrência mediante a ação direta do Estado pode se dar apenas em razão da persecução das metas de universalização*”¹¹ não deve ser acolhida. Isso porque, em primeiro lugar, não se está a falar em ingerência direta do Estado na seara econômica, mas na sua atuação como entidade reguladora de um serviço público reservado à União, que tem como uma de suas funções a promoção da concorrência no setor. Demais disso, baseando-se na ideia de que a competição destaca-se como um valor propagado ao longo da LGT, conforme se depreende também de sua Exposição de Motivos, cabe ao Estado uma atuação regulatória não apenas repressiva, mas também preventiva, uma vez que, conforme inteligência de seu art. 6º, “*os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica*”.

Por oportuno, destaca-se, uma vez mais, o teor da Exposição de Motivos nº 231/MC, que, visualizando a atuação preventiva da ANATEL para evitar condutas lesivas à competição, asseverou a necessidade de

11 Nesse sentido entende Floriano de Azevedo Marques Neto, conforme se observa do parecer intitulado “*Proposta de Plano Geral de Metas de Competição: Panorama Geral de Inconsistências e Ilegalidades*”, elaborado a pedido do SindiTelebrasil e juntado aos autos do Processo Administrativo ANATEL nº 53500.010769/2010, em que se discutia a elaboração do Plano Geral de Metas de Competição no âmbito daquela Agência.

se estimularem “*modalidades de cooperação entre prestadores de serviços que visem aumentar a sua eficiência econômica e o bem estar do consumidor; adotando-se entretanto precauções contra o comportamento anticoncorrencial, particularmente o abuso de poder pelas empresas dominantes no mercado*”.

Não há que se falar, portanto, na atuação estatal apenas para coibir comportamentos e atitudes de empresas que eventualmente estejam criando barreiras para os entrantes, como se fosse necessária a existência de dolo por parte dos Grupos e prestadores já consolidados no mercado, em claro esquecimento de que pode o Estado, na seara concorrencial, atuar preventivamente, de modo a propiciar a competição. É preciso ter em mente que é pressuposto da função regulatória a estipulação de normas gerais e abstratas que necessariamente incidirão *ex ante* com o objetivo de promover a competição, e não apenas a função repressiva, cuja atuação se dá *ex post*, após a verificação em concreto de determinada conduta lesiva.

De fato, buscando concretizar a competição no setor de telecomunicações, como determina a LGT e a própria Carta Constitucional, à Agência compete atuar em três frentes: (i) preventiva, adotando mecanismos para evitar infrações concorrenciais; (ii) repressiva, de forma a eliminar infrações concorrenciais; e (iii) positiva, fomentando, por medidas proativas (como é o caso do PGMCM), o incremento da competição no setor, em cumprimento ao objetivo fixado pelo art. 2º, inciso III, da LGT.

Ora, na análise do Plano Geral de Metas de Competição, a constatação é bem simples: verificada a necessidade de correção de falhas de mercado, que induzem à competição imperfeita, urge ao Estado a atuação para propiciar a livre, ampla e justa concorrência entre todas as prestadoras do setor. Por meio do Plano de Metas, portanto, a ANATEL estimula a competição no setor regulado, mediante a correção de falhas de mercado, tendo como suporte, como se verá, a aplicação do princípio constitucional da isonomia.

Diante disso, não apenas a edição de um Plano de Metas de Competição por parte da ANATEL é autorizada pelo ordenamento jurídico-regulatório, mas também a utilização do conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como vetor de intensidade regulatória.

Assim, o Plano Geral de Metas de Competição destina-se à correção de falhas de mercado por meio da determinação de obrigações assimétricas a Grupos detentores de Poder de Mercado Significativo e encontra-se em perfeita harmonia com o disposto na Constituição Federal, na LGT, no Plano Geral para Atualização da Regulamentação no Brasil (aprovado pela Resolução ANATEL nº 516/2008) e no Decreto

nº 6.654/2008, diplomas em que se percebe a nítida intenção de se fortalecer o papel regulador do Estado, o que é corroborado por meio da promoção da competição.

Observa-se, ainda, que a atuação da ANATEL não é limitada a atos direcionados à obtenção e transferência de concessões e autorizações, nos termos do art. 71 da LGT. Defender que a atuação da ANATEL, com vistas à defesa da competição no setor, seria voltada apenas para os casos em que haja transferência societária implicaria reduzir a atuação da Agência nessa seara e concluir em sentido não autorizado tanto pela Constituição quanto pela LGT. O que a lei, na verdade, pretendeu foi chamar a atenção da Agência para tais atos, casos em que o ente regulador, em função do risco à competição visualizados nessas hipóteses, poderia, pela simples ocorrência deles, estabelecer restrições, limites ou condições que visem a propiciar a competição efetiva e a impedir a concentração econômica de mercado.

Enraizando a ideia ora disposta, preconizou o PGR – Plano Geral de Atualização da Regulamentação no Brasil, aprovado pela já citada Resolução nº 516/2008, que *“a competição é vista como o principal motor do desenvolvimento das telecomunicações, em todos os sentidos. Sendo assim, o fortalecimento dos grupos existentes, bem como o incentivo ao surgimento de novos grupos, tanto pequenos como grandes, por meio de mecanismos como assimetrias regulatórias, acabarão por contribuir para o aumento da competição. Esse aumento da competição, por sua vez, somado ao estabelecimento de contrapartidas em favor da sociedade, trará como principal consequência uma maior oferta de serviços aos usuários, a preços menores e com qualidade satisfatória”*.

Estabelecida a legitimidade jurídica do Plano Geral de Metas de Competição, incumbe-nos, a seguir, a análise do principal pilar do referido ato normativo: a adoção do conceito de Poder de Mercado Significativo como vetor de intensidade regulatória.

2.1 Adoção do Conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como Vetor de Intensidade Regulatória

O Plano Geral de Metas de Competição acolhe o conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como vetor de intensidade regulatória, definindo-o, em seu art. 4º, inciso XIII, como *“posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do Mercado Relevante”*. Nesse sentido, os opositores do conceito e de sua utilização no arcabouço regulatório-concorrencial defendem a impossibilidade de promoção da competição com a inserção de medidas regulatórias assimétricas baseadas apenas no poder econômico do competidor dominante.

É aqui, portanto, que resulta essencial averiguar se o fator de *discrímen* utilizado pela proposta de PGMC é legítimo do ponto de vista constitucional e legal. Celso Antonio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, destacou que o reconhecimento das discriminações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões. Vejamos o que leciona o doutrinador:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido como critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatórios; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.¹²

De posse de tais afirmações, vejamos se a utilização do conceito de PMS como fator de discriminação é possível sem que haja desrespeito ao postulado da isonomia.

Como se disse, o fator de discriminação utilizado consiste na ideia de Poder de Mercado Significativo – PMS, definido como a posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do Mercado Relevante.

Em resposta à segunda indagação, existe correlação lógica entre o fator de *discrímen* e a desequiparação procedida, já que o PGMC

12 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 21-22.

propõe a correção de falhas de mercado por meio da determinação de obrigações assimétricas a Grupos que detêm poder de influenciar de forma significativa as condições de Mercado Relevante (PMS), ou seja, Grupos que possuem porte econômico capaz de desenhar os contornos concorrenciais do setor de telecomunicações.

Finalmente, perquirindo-se acerca da harmonia da discriminação com os interesses protegidos na Constituição, imperioso concluir que a ideia de se definir a existência de Grupos com PMS é essencial para que a ANATEL promova a competição, elevando os ideais de função social da propriedade e de defesa do consumidor.

Ademais, de bom alvitre lembrar que Poder de Mercado Significativo é um conceito amplamente utilizado no âmbito do Direito Econômico e da própria Economia. De fato, não bastassem as considerações expendidas acima, tem-se que o Plano Geral de Atualização da Regulamentação no Brasil - PGR, ao definir como princípio regulatório a necessidade de propiciar a competição a garantir a liberdade de escolha dos usuários, já dizia que:

PGR

[...] A atuação da Anatel na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações e na defesa da livre concorrência tem permitido a ampliação da liberdade de escolha dos usuários. *Nesse sentido, o conceito difundido internacionalmente de identificação de mercados relevantes e entidades com Poder de Mercado Significativo pode ser bem aproveitado no exercício das políticas públicas que visam melhor atender os anseios da sociedade.* [grifou-se]

Assim, o documento determinou como ação de curto prazo, ao lado da elaboração do Plano Geral de Metas de Competição – PGMC (item V.6 do PGR), a necessidade de regulamentação do Poder de Mercado Significativo (PMS), nos termos de seu item V.15. Ante o exposto, a adoção do conceito de PMS, além de respaldado pela prática internacional, conforme nos assegura o Anexo à Resolução ANATEL nº 516/2008, também visa densificar o princípio da isonomia, de *status* constitucional e, por isso, de observância compulsória pela Agência quando de sua atuação fulcrada em seu poder normativo.

Vislumbrando-se, pois, a necessidade de assegurar a competição por meio da adoção do conceito de PMS, justificasse, também, a imposição de medidas regulatórias assimétricas em favor daquele que não detém esse poder. Ora, como se disse acima,

critérios de discriminação podem estar abrigados pelo ordenamento constitucional, desde que haja um nexo de proporcionalidade entre o fator utilizado como discriminante e o objetivo a ser alcançado. Nesse sentido, a possibilidade de o ente regulador impor medidas regulatórias assimétricas repousa justamente na necessidade de o Poder Público atuar no sentido de conferir às prestadoras do setor as condições para que a concorrência seja ampla, livre e, também, justa, elevando o ideal de isonomia inclusive na seara concorrencial.

Não se diga que a sujeição do detentor de PMS a um regime diferenciado equivale a penalizá-lo por ser eficiente. Esse argumento até seria válido se, no atual desenho do setor, todos os interessados tivessem condições factíveis de entrar e se manter no mercado, caso em que o fator de avaliação a ser considerado seria apenas a eficiência econômica. Ora, como se verá a seguir, em um estágio inicial, chegou-se a pensar que o setor de telecomunicações seria um verdadeiro monopólio natural em decorrência mesma do alto custo financeiro da infraestrutura necessária à prestação do serviço. Ocorre que, no caso brasileiro, com a privatização do sistema Telebrás, as concessionárias acabaram por deter a maior parte do insumo necessário a que terceiros prestadores conseguissem explorar serviços de telecomunicações em patamares competitivos.

Com base nesse raciocínio, não é possível afirmar que a posição de dominância detida pelos sucessores do Sistema Telebrás adveio pura e simplesmente de sua eficiência empresarial. Ao contrário, percebe-se que o Poder de Mercado Significativo dessas empresas decorreu de situações fáticas que, iniciadas na oportunidade do Leilão das empresas componentes do sistema Telebrás, asseguraram a elas o uso das redes em regime de quase exclusividade, com efeitos que perduram até os dias de hoje. De fato, já dizia a Exposição de Motivos da LGT (EM nº 231/MC):

Exposição nº 231/MC

Embora a competição se constitua no melhor regulador para os mercados, é fato que, em praticamente todos os países que já promoveram alguma reestruturação de suas telecomunicações, algum tipo de organismo regulador foi implementado. [...] Isso decorre da percepção de que, se deixado às próprias forças do mercado estabelecer essa regulação, muito provavelmente ocorreria o seu domínio pelo antigo operador monopolista, de vez que, pelo fato de deter praticamente toda a infra-estrutura e todos os clientes, esse operador teria condições de impedir, ou pelo menos dificultar, a entrada de novos concorrentes no mercado. [grifou-se]

Assim, ainda com lastro na Exposição de Motivos da LGT, as concessionárias, com a privatização do sistema Telebrás, passaram a exercer um monopólio de fato sobre o setor de telecomunicações, e, ainda que os novos operadores comecem a atuar, eles serão dominantes por algum tempo. Nesse diapasão, como contrapartida, *“eles estarão sujeitos a uma regulamentação que objetiva reduzir o poder que detêm sobre o mercado”*¹³. O Plano Geral de Metas de Competição caminha nesse sentido, detendo, por isso, legitimidade jurídica e regulatória.

Em suma, é juridicamente possível a utilização do Poder de Mercado Significativo como elemento legítimo de discrimen para a imposição de medidas regulatórias assimétricas, em atenção ao princípio constitucional da isonomia, quer a prestadora explore o serviço no regime público, quer no regime privado.

3 CONCLUSÃO

A ANATEL, prevista na Constituição Federal de 1988 e criada pela Lei nº 9.472/1997, é o ente que detém a atribuição de regular o setor de telecomunicações. A mesma LGT, ainda com esboço no texto constitucional, conferiu à Agência o dever de promover a competição entre os *players* do setor, de modo a garantir aos usuários os direitos assegurados de liberdade de escolha de sua prestadora e a fruição de um serviço de qualidade satisfatória.

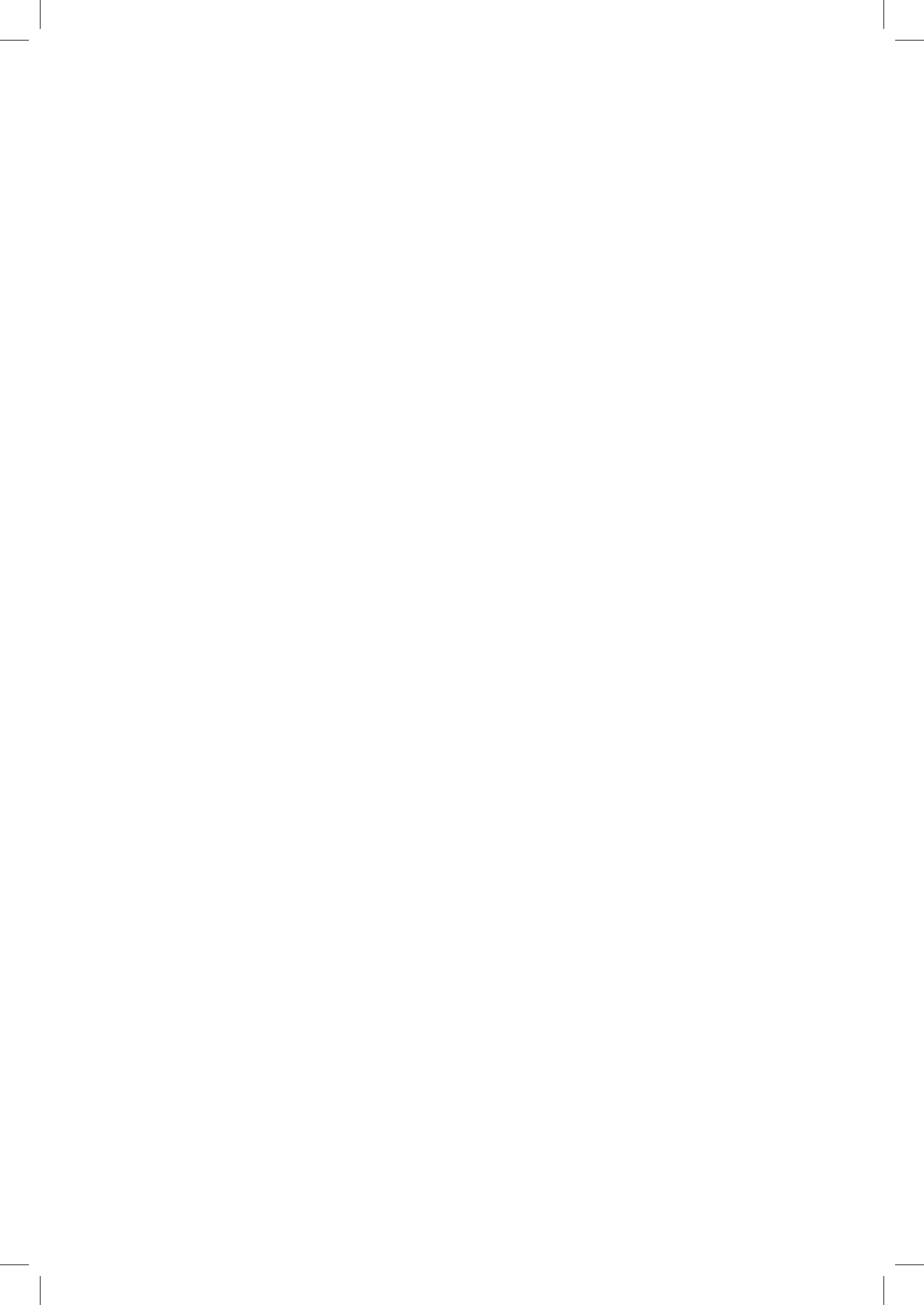
Considerando tais competências, a ANATEL, mediante o exercício de seu poder normativo, elaborou o Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução Anatel nº 600/2012. Consigne-se que o documento normativo detém ampla previsão normativa e legitimidade jurídica, conforme se observa da leitura do próprio texto constitucional, da LGT, do Decreto nº 6.654/2008, no Plano Geral de Atualização da Regulamentação no Brasil – PGR, bem como nos Contratos de Concessão assinados pela Agência e pelas concessionárias do setor.

Do ponto de vista regulatório, a adoção do conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS como vetor de intensidade regulatória é consentâneo com o ordenamento jurídico pátrio, pois homenageia o princípio da isonomia, de *status* constitucional, podendo, por isso, ser utilizado como critério para imposição de medida regulatória assimétrica com vistas à introdução da concorrência no mercado brasileiro de telecomunicações.

13 E.M. nº 231/MC.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO NETO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, v. 6, p. 25-44, jul./dez. 1998.
- COSTA, Guilherme Ieno. Os cuidados com a concorrência nas telecomunicações. In: *Custo Brasil – Soluções para o Desenvolvimento*, ano 3, n. 14, abril./maio 2008.
- FARENA, Duciran Van Marsen. Serviços Públicos, Regulação e Concorrência. In: *Lei Antitruste – 10 Anos de Combate ao Abuso de Poder Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Consituição e para a identificação de uma política energética constitucional – A propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. Biblioteca Digital *Revista de Direito Público – RBDP*, Fórum, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr. 2010.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Proposta de Plano Geral de Metas de Competição: Panorama Geral de Inconsistências e Ilegalidades*. Parecer elaborado a pedido do SindiTelebrasil, como contribuição à Consulta Pública ANATEL nº 41/2012. Disponível nos autos do Processo Administrativo ANATEL nº 53500.010769/2010.
- MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. GABINETE DO MINISTRO. 1996. *Exposição de motivos n. 231*. Brasília : Ministério das Comunicações.



A NECESSIDADE DE INSTALAÇÃO DE ANTENAS E A DISCUSSÃO SOBRE QUALIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

*THE NEED OF INSTALLING ANTENNA AND THE DISCUSSION ABOUT
QUALITY IN THE TELECOMMUNICATIONS SERVICES IN BRAZIL*

Marina Georgia de Oliveira e Nascimento

Procuradora Federal com exercício na Procuradoria Federal Especializada da Anatel (DF)

Pós-Graduanda em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)

Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Instalação de Antenas e a Exposição Humana à Radiação não Ionizante; 2. A Necessidade de Atuação Integrada dos Entes Federativos; 3. O Projeto de Lei nº 293/2012; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: A discussão sobre a qualidade na prestação do serviço de telecomunicações no Brasil voltou à baila com a edição, pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, dos Despachos Cautelares nºs 4.783, 4.786 e 4.787, de 18 de julho de 2012, em que prestadores de Serviço Móvel Pessoal - SMP foram proibidos de comercializar novos acessos móveis até que apresentassem um plano para demonstrar ao órgão regulador as providências que pretendiam adotar para a melhora dos níveis de qualidade. O presente trabalho, sem deixar de reconhecer a falta de investimento em infraestrutura, tem a finalidade de analisar a necessidade de instalação de antenas para a prestação adequada dos serviços de telecomunicações e os percalços jurídicos que envolvem o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Qualidade. Antenas. Pacto Federativo. Urbanismo. Meio-ambiente. Saúde.

ABSTRACT: The discussion about quality in the telecommunications services in Brazil was updated when ANATEL, through the Acts 4.783/2012, 4.786/2012 and 4.787/2012, forbid some companies of selling new mobile access until they presented a plan to show to the regulatory authority the actions they were intending to adopt to resolve the problem of quality. This work, despite of knowing that there is a lack of investment in infrastructure, intends to analyze the need of installing antenna as a way to provide good quality in the telecommunications service, as well the legal issues that involve the theme.

KEYWORDS: Quality. Antenna. Federative Pact. Urbanism. Environment. Health.

INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em 18 de julho de 2012, por meio de sua Superintendência de Serviços Privados, editou uma série de medidas cautelares, com a finalidade de impedir algumas prestadoras do setor de telecomunicações a comercializar novas linhas de telefones celulares até que apresentassem à Agência um Plano Nacional de Ação de Melhoria na Prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), demonstrando ao ente regulador as medidas que pretendiam adotar para melhorar, de forma efetiva, a qualidade na prestação da telefonia móvel.

Os Despachos Cautelares nºs 4.783, 4.786 e 4.787, exarados pela Anatel em 18 de julho de 2012 e publicados no Diário Oficial da União em 20 de julho do mesmo ano, considerando o papel da Agência na defesa do consumidor, o direito dos usuários a um serviço de telecomunicações prestado com qualidade e o aumento das taxas de reclamações de usuários registradas na Agência, somadas às fiscalizações perpetradas pelo ente regulador, suspenderam a comercialização e a ativação de acessos de Serviço Móvel Pessoal (SMP) por parte de três prestadoras.

A determinação levantou uma série de discussões quanto à prestação do Serviço Móvel Pessoal – SMP pelas principais autorizatárias brasileiras, dentre elas os planos de negócios das prestadoras, que, com seus pacotes ilimitados e incentivos às chamadas intrarrede, submetem sua infraestrutura a um tráfego ao qual não comportam. A isso se soma à falta de investimentos à infraestrutura, fazendo surgir a necessidade de a ANATEL, como ente regulador do setor, proceder à imposição de medidas tais como as editadas pelos Despachos Cautelares citados. Por outro lado, as empresas alegam que o problema da qualidade da telefonia móvel no Brasil também perpassa pela análise da dificuldade de instalação de antenas, tendo em vista a existência de cerca de 250 (duzentas e cinquenta) leis municipais restritivas quanto ao ponto.

A instalação de antenas (as quais possuem o nome técnico de Estação Rádio-Base - ERB) é providência necessária à prestação de serviços de telecomunicações como o Serviço Móvel Pessoal – SMP, consistindo na ligação entre a infraestrutura de telecomunicações e o receptor do usuário. Contudo, como se disse anteriormente, a solução para a efetivação da medida não é tão simples, pois requer a integração de entes federativos, para fins de compatibilização de interesses urbanísticos, ambientais e do setor de telecomunicações. Desse embate, o resultado é que, no País, observa-se a existência de aproximadamente 250 (duzentas e cinquenta) leis municipais restritivas quanto à instalação de antenas.

1 A INSTALAÇÃO DE ANTENAS E A EXPOSIÇÃO HUMANA À RADIAÇÃO NÃO IONIZANTE

Muito se fala sobre os perigos da exposição humana à radiação liberada de insumos como as antenas utilizadas para subsidiar a prestação da telefonia móvel. Pouco se fala, no entanto, sobre a existência da Lei n. 11.934, de 5 de maio de 2009, que dispõe sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos. Referido diploma legal estabelece uma série de critérios e limites à instalação de equipamentos tais como as antenas de telecomunicações.

A legislação federal, por exemplo, indica a adoção dos limites recomendados pela Organização Mundial de Saúde – OMS para a exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por estações transmissoras de radiocomunicação, por terminais de usuário e por sistemas de energia elétrica que operam na faixa de até 300 Ghz (art. 4º). Em seu art. 5º, determina que estes equipamentos devem atender aos limites da exposição humana aos campos elétricos, magnéticos ou eletromagnéticos por ela estabelecidos, observada a regulamentação expedida pelo ente regulador das telecomunicações, punindo as prestadoras que a desrespeitarem com as sanções previstas no art. 173 da LGT e com sanção de multa diária, conforme se depreende de seu art. 18.

Apesar da existência de legislação federal sobre o assunto, considerando-se, ainda, a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (nos termos do art. 22, inciso IV, da Constituição Federal de 1988), muitas leis municipais, sob o argumento de proteção à saúde, ao meio ambiente e ao patrimônio urbanístico, acabam por, reflexamente, afetar a prestação do serviço regulado pela ANATEL. Os valores alegados pelos entes municipais, por óbvio, detêm legitimidade constitucional e devem ser perseguidos pelo Poder Público quando de sua atuação administrativa. No entanto, se por um lado é necessário que se garanta a saúde da população, a integridade do patrimônio urbanístico e o respeito à legislação ambiental, por outro também é fundamental que o serviço de telecomunicações seja prestado com qualidade.

Demais disso, considerando-se os critérios da Lei n. 11.934/2009, tem-se que, quanto menor o número de antenas instaladas, maior será a exposição humana à radiação não ionizante. Em outros termos, quanto menos antenas instaladas, maior será o campo de radiação por ela emitido, que se aproximará do limite máximo previsto na legislação federal. Dessa forma, a solução consiste na instalação de mais antenas, respeitadas, por certo, as legislações ambiental e urbanística.

2 A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO INTEGRADA DOS ENTES FEDERATIVOS

As competências para o tratamento integral do assunto encontram-se umbilicalmente interligadas. Como se disse, se à União compete legislar privativamente sobre telecomunicações, também cabe aos Municípios, nos termos do art. 23 da Constituição Federal de 1988, em conjunto com a União, Estados Distrito Federal e Municípios, cuidar da saúde, proteger bens de valor histórico, artístico e cultural, monumentos, paisagens naturais notáveis, sítios arqueológicos e o meio-ambiente, bem como combater a poluição em qualquer de suas formas.

Nas lições de Dirley da Cunha Júnior e Marcelo Novelino, a competência comum não acarreta, de forma imediata, a competência para legislar sobre o tema. Segundo os mesmos autores, a constatação não impede os referidos entes federativos de legislar sobre tais assuntos. Por outro lado, reconhecem que negar a competência legislativa acabaria por tornar inútil a previsão da competência material. Diante disso, observando-se o disposto no inciso II do art. 30 da CF/1988, cotejando-o com a previsão contida no art. 23 do texto constitucional, ao Município caberá legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual, no que couber¹.

Rememore-se, ainda, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar, de forma concorrente, sobre proteção ao meio-ambiente, controle da poluição e ao patrimônio artístico, histórico, cultural, turístico e paisagístico (conforme se observa do texto do art. 24 da CF/1988).

O tratamento do assunto em análise, portanto, encontra uma série de dificuldades, tendo em vista o papel de cada membro da Federação dos valores e interesses em jogo, bem como a existência de inúmeras leis municipais difusas que tratam do tema. Tem-se, aqui, um ambiente propício a que se vulnere o pacto federativo; por essa razão, frise-se, é de vital importância que os interesses de política urbana, relativos à proteção do patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico, e de proteção à saúde e ao meio ambiente sejam respeitados quando da instalação de redes de telecomunicações. Por isso, é fundamental que os entes federativos envolvidos conscientizem-se do problema e atuem em conjunto para assentar os interesses em aparente colisão.

Estabelecido, portanto, que a prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) com qualidade perpassa pela necessidade de instalação de antenas de telecomunicações e pela atuação integrada dos entes

1 CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 205.

federativos envolvidos, que devem chegar a um consenso quanto à melhor forma de acomodação dos valores em suposta rota de colisão, convém sugerir critérios para que o princípio da proporcionalidade² reste observado.

De fato, a demora na autorização para instalação de antenas e o desinteresse em compatibilizar interesses urbanísticos e de saúde à necessidade de prestação de um serviço de telecomunicações com qualidade tem ameaçado a utilização da tecnologia 4G nos eventos esportivos internacionais a serem realizados no Brasil entre 2013 e 2014. Com isso em vista, o Distrito Federal, por meio de um Decreto assinado em 6 de novembro de 2012, impôs medidas com vistas a imprimir maior celeridade no licenciamento de instalação e utilização de postes, dutos e outros bens públicos para a passagem de cabos de fibra ótica³. Outrossim, tem-se que o ente federativo, sem descuidar da necessidade de garantir o uso racional e adequado do espaço urbano, reduziu o prazo para a concessão do licenciamento de instalação para até 70 (setenta) dias.

Cabe destacar que muito se fala no papel da ANATEL como órgão regulador das telecomunicações no Brasil, a quem cabe assegurar que o serviço que regula, mediante o exercício de seu poder de polícia, seja prestado com qualidade, relegando a segundo plano os demais interessados que defendem valores igualmente legítimos. Nesse passo, também é importante inserir órgãos e entidades voltadas à proteção da saúde e do patrimônio histórico, turístico, paisagístico e artístico no procedimento de licenciamento de instalação de ERBs, conferindo-lhe maior legitimidade através da inclusão, no processo decisório, de representantes de todos os interesses envolvidos⁴.

2 Para uma rápida, porém aprofundada, análise acerca do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, ver BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 255-261.

3 Cumpre ressaltar que a segunda ideia não é original, sendo possível citar o exemplo de Paris como o mais famoso dentre aqueles que buscam compatibilizar a modernidade com o passado arquitetônico e urbanístico. Desde 2006, capital francesa já discutia a utilização de seu sistema de esgoto para a passagem de cabos de fibra ótica, de modo a torná-la a cidade mais conectada do mundo. Disponível em: <<http://noticiaspe.terra.com.pe/tecnologia/interna/0,,OI1061757-EI15606,00.html>>. Acesso em: 06 jan. 2013.

4 Quanto ao ponto, convém mencionar o Município de Olinda/PE, que, por meio de legislação datada de agosto de 2012, destacou incumbir ao Conselho de Preservação dos Sítios Históricos da cidade definir os requisitos norteadores da análise de solicitação de instalação de antenas em seu centro histórico. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2012/08/10/interna_vidaurbana,390171/lei-vai-regulamentar-instalacao-de-antenas-da-telefonia-celular-em-olinda.shtml>. Acesso em: 30 dez. 2012.

3 O PROJETO DE LEI Nº 293/2012

O Poder Legislativo Federal não está alheio à discussão, tanto que se encontra em andamento o Projeto de Lei n.º 293/2012, de iniciativa do Senador Vital do Rêgo, que tem por finalidade dispor sobre normas gerais referentes a aspectos das políticas urbana, ambiental e de saúde associadas à instalação e infraestrutura de telecomunicações no País. O documento em voga encontra-se assim justificado:

O setor de telecomunicações tem apresentado, ano após ano, um vigoroso e contínuo crescimento, alcançando patamares que indicam sua relevância para o desenvolvimento do Brasil. [...]

O crescimento da base de usuários, no entanto, caso não venha acompanhado de um volume compatível de investimentos em infraestrutura pelas empresas, bem como de políticas públicas adequadas por parte do Poder Público, em suas diferentes esferas, pode gerar a degradação da qualidade dos serviços prestados, trazendo contratempos e prejuízos ao consumidor.

Tendo em vista o alto índice de reclamação quanto à prestação da telefonia móvel, a Anatel restringiu a comercialização de novos acessos do serviço em todos os Estados da Federação, entre os dias 23 de julho e 3 de agosto deste ano de 2012, obrigando as empresas a elaborar planos de investimentos capazes de suportar o aumento do número de assinantes.

Nesse cenário, além de uma atuação presente e vigilante, o Poder Legislativo pode contribuir para o adequado desenvolvimento da infraestrutura das telecomunicações no País, a partir da proposição de medidas que facilitem e estimulem sua implantação, ampliação e modernização.

É o que pretende a iniciativa em tela: estabelecer normas gerais de política urbana associadas à instalação de redes de telecomunicações no País, dentro dos limites constitucionais que dão contorno às competências da União e à atuação de Estados e Municípios, que harmonizem as diversas e esparsas legislações locais.

Segundo levantamento feito pelo Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e Serviço Móvel Celular e Pessoal

(SindiTeleBrasil), há mais de 250 leis estaduais e municipais que restringem a instalação de torres e antenas, cada qual com suas próprias exigências e obrigações impostas aos prestadores. Esse emaranhado de normas tem prejudicado significativamente a expansão do sistema.

Exige-se, por exemplo, um distanciamento mínimo entre as antenas e outras edificações, sob a justificativa de proteger as pessoas contra a exposição a campos eletromagnéticos, ignorando a vigência de lei federal (Lei nº 11.934, de 5 de maio de 2009) que já estabelece critérios objetivos e internacionalmente aceitos para se controlar a exposição humana a irradiações provenientes dos serviços de telecomunicações e energia.

Em outras situações, municípios têm exigido a apresentação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) para autorizar a instalação de novas antenas do serviço móvel, a despeito de o órgão competente para estabelecer normas para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras – o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), nos termos do art. 8º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 – nunca ter incluído serviços de radiocomunicação entre tais atividades⁵.

Ainda segundo a Justificativa apresentada para a proposição legislativa, a iniciativa *“servirá de regra orientadora a ser seguida pelos Municípios na formulação de suas legislações relativas à ocupação do solo urbano, bem como pelos órgãos públicos, nas diferentes esferas, para a autorização e licenciamento das redes de telecomunicações”*.

A partir da definição dos conceitos reputados necessários à compreensão do diploma legislativo em discussão, o Projeto citado busca regular normas e diretrizes gerais para a localização da instalação das antenas, ponto que mais gerou conflito entre União e Municípios. Destaca-se, ainda, a previsão acerca da necessidade de compartilhamento de infraestrutura que, a despeito de já constar dos artigos 73 e 155 da LGT, detém particular importância no assunto em análise, pois cumpre ao Poder Público atuar no sentido de evitar a replicação de infraestruturas e, desse modo, evitar também a maior exposição humana à radiação não ionizante.

De se notar que o Projeto de Lei em referência ainda se encontra em discussão no Congresso Nacional e necessita de aprimoramentos

5 Disponível em: <<http://www.teletime.com.br/arqs/Outro/55343.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2012.

não só redacionais, mas também jurídicos. No entanto, e como não poderia deixar de ser, o documento não tenciona que os interesses da União suplantem aqueles dos Estados e Municípios: se assim fosse, estaria fadada à inconstitucionalidade. Não há que se falar, no regime jurídico inaugurado pela Carta de 1988, em superioridade da União sobre os demais integrantes da Federação brasileira⁶, reforçando-se, pois, o argumento que defende a necessidade de que os entes federativos atuem de forma integrada para fins de acomodar os valores e interesses envolvidos para resolução da matéria.

CONCLUSÃO

Serviu o presente trabalho para discorrer acerca da problemática que envolve a instalação de ERBs no território brasileiro. Como se pode observar, a resolução do problema requer a discussão integrada dos entes federativos, já que todos eles representam os interesses envolvidos. De fato, se por um lado é garantido ao usuário dos serviços de telecomunicações a prestação de um serviço com qualidade a níveis satisfatórios, por outro lado incumbe a salvaguarda da saúde e do patrimônio artístico, turístico, paisagístico, cultural e urbanístico, bem como ao meio-ambiente. A acomodação desses valores impõe uma análise da razoabilidade e proporcionalidade, para a resolução da colisão que se observa.

Demais disso, a instalação de ERBs pode, ao final, servir como mecanismo de redução da exposição humana à radiação não ionizante. A Lei n. 11.934, de 5 de maio de 2009, estabelece limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos. Se o número de ERBs instaladas for muito reduzido, indica-se que cada vez mais os limites máximos dispostos na Lei serão tocados (quando não alcançados), aumentando-se a exposição humana à radiação não ionizante.

Convém destacar que o Poder Legislativo está atento à matéria, discutindo-a por meio do PL n. 293/2012, que tem como premissa a não prevalência de nenhum ente da federação sobre outro: a ideia é harmonizar os interesses envolvidos na discussão, cuja sensibilidade reside justamente no fato de ter como pano de fundo o pacto federativo.

6 Nesse sentido, Marcelo Lamy (Repartição de Competências Federais Ambientais. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, RBDC n. 13, jan./jun 2009, p. 13-39) destaca que “[...] os entes federados não apresentam entre si qualquer relação de hierarquia. Suas competências ou atribuições, no entanto, por determinação constitucional, estruturam-se em relação hierárquica. Assim se dá, por exemplo, no que diz respeito à supremacia das competências da União de elaborar normativas gerais (art. 24)”. [grifo nosso]

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Lei n. 9.472, de 16 de julho de 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, 17 de julho de 1997.

BRASIL. *Lei n. 11.934, de 5 de maio de 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, 6 de maio de 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. *Constituição Federal*. Salvador: JusPodivm, 2010.

LAMY, Marcelo. Repartição de Competências Federais Ambientais. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional, RBDC* n. 13, jan./jun. 2009.

A OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS DE COMPARTILHAMENTO DE INFRAESTRUTURA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES E SUA SUBMISSÃO À REGULAÇÃO

*THE MANDATORY CONTRACT OF INFRASTRUCTURE SHARING IN THE
TELECOMMUNICATION SECTOR AND ITS SUBMISSION TO REGULATION*

Paulo Firmeza Soares

Procurador Federal

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC

Pós-graduado em Regulação de Telecomunicações pelo

Instituto Nacional de Telecomunicações - INATEL

Pós-graduando em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera

Pós-graduando em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Regime jurídico dos serviços de telecomunicações e das redes de telecomunicações; 2 Regulação do contrato de compartilhamento de infraestrutura; 3 Obrigatoriedade do contrato de compartilhamento de redes de telecomunicações; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar o regime jurídico aplicável ao contrato de compartilhamento de infraestrutura, bem como suas peculiaridades diante da importância do acesso às redes, consideradas *essential facilities* do setor de telecomunicações, tanto para a competição, inclusive para fins de regulação assimétrica, quanto para a oferta dos serviços de forma massificada, a preços razoáveis e com qualidade e velocidade compatíveis com a tecnologia existente no mercado, a fim de atender à crescente demanda da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços Públicos. Telecomunicações. Compartilhamento de Infraestrutura. Regulação.

ABSTRACT: The current study seeks the analysis of the legal standards applicable to the contract of infrastructure sharing as well as its peculiarities, given the importance of network access, considered essential facilities to the telecommunication sector, to the competition, including asymmetric regulation, as well as to the offer of mass services, at reasonable prices and quality and speed compatible with the existing technology in the market, in order to meet the growing demand of the society.

KEYWORDS: Public Services. Telecommunications. Infrastructure Sharing. Regulation.

INTRODUÇÃO

As chamadas redes de telecomunicações são o meio pelo qual as prestadoras ofertam o serviço de telecomunicações ao consumidor. As redes são, por assim dizer, o insumo utilizado à prestação do serviço. É preciso, portanto, constantes investimentos em redes (ou infraestrutura) para que o serviço chegue ao consumidor final com a qualidade e a velocidade esperadas, sobretudo num mundo em que os avanços tecnológicos demandam cada vez mais capacidade para transmissão dos sinais e dados.

De fato, o aumento na qualidade dos sinais de televisão por assinatura, por exemplo, que passaram de analógico para digital e, em seguida, para *High Definition* – HD (atualmente já se fala, inclusive, em imagem Ultra HD) só é possível de ser implementado se também for acompanhado pelo incremento nas redes de telecomunicações correspondentes. Na mesma linha, o aumento na velocidade da banda larga, fixa ou móvel, deve ser acompanhado do aumento na capacidade das redes de telecomunicações respectivas, seja radiofrequência, antenas ou cabeamento por fibra ótica.

Enfim, o fato é que a sociedade, acompanhando os avanços tecnológicos, exige cada vez mais qualidade e velocidade na prestação dos serviços de telecomunicações e, por via oblíqua, pode-se dizer que também exige incremento nas redes correspondentes, ou seja, na infraestrutura que suporta a prestação do serviço contratado.

Nessa toada é que as prestadoras, para ofertarem seus serviços de telecomunicações, podem se valer de uma rede própria ou alugar uma rede de terceiro.

Essa sistemática, em que se permite a prestação do serviço por meio do aluguel de uma rede de terceiro, é extremamente necessária para o setor, principalmente por dois motivos, a saber: (i) impede a construção de inúmeras redes no país que não sejam exploradas em sua capacidade máxima. Ou melhor, impede a utilização de enormes aportes econômicos para construir várias redes para prestar um serviço que poderia ser prestado por meio da utilização da capacidade excedente de uma rede já existente^{1 2}, permitindo, com isso, a expansão do uso das próprias

1 Há países que construíram um modelo em que há uma única rede que serve de suporte, mediante remuneração, a todos os prestadores de serviços de telecomunicações existentes. Nesse caso, não há duplicação desnecessária de redes.

2 Sob o prisma econômico, é irracional, inclusive para o interesse público, a duplicação de redes de telecomunicações, pois haveria grande capacidade ociosa, não justificando os custos de criação e manutenção de tais estruturas, juridicamente arcados pelas detentoras das redes, mas economicamente suportados

redes, um dos deveres do Poder Público, conforme preceitua o art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT)³; e (ii) estimula a entrada de novas prestadoras, em geral *players* de menor porte, que não têm condições econômicas de construir suas próprias redes, ou seja, contribui para o aumento do número de competidores e, conseqüentemente, da concorrência no setor, em benefício dos consumidores e da sociedade.

Nesse contexto é que surge a figura da Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD, por meio da qual as detentoras de redes de telecomunicações negociam com outras prestadoras a capacidade excedente de tais redes. A EILD, pois, é justamente aquilo que materializa essa espécie de aluguel de redes de terceiros, de extrema importância e impacto no setor, razão pela qual é submetida à regulação estatal. Ela possibilita que prestadora de serviço de telecomunicação de interesse coletivo, ao invés de construir sua própria rede de telecomunicações, utilize a capacidade excedente de uma rede já instalada de propriedade de outra prestadora, mediante contraprestação.

Segundo a regulamentação editada pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, órgão regulador do setor, por meio do Regulamento de EILD, aprovado pela Resolução nº 590, de 15 de maio de 2012⁴, a exploração industrial de linha dedicada se constitui na “*modalidade de Exploração Industrial em que uma Prestadora de Serviços de Telecomunicações fornece a outra Prestadora de Serviços de Telecomunicações, mediante remuneração preestabelecida, Linha Dedicada com características técnicas definidas para constituição da rede de serviços desta última*”. Por sua vez, o referido Regulamento define linha dedicada como a “*oferta de capacidade de transmissão de sinais digitais entre dois pontos fixos, em âmbito nacional e internacional, utilizando quaisquer meios dentro de uma área de prestação de serviço*”.

O presente trabalho, nesse contexto, busca analisar o regime jurídico aplicável a esse contrato de compartilhamento de infraestrutura, bem como suas peculiaridades diante da importância do acesso às redes,

pelos seus clientes. Da mesma forma que a construção de duas redes de ferrovias ou rodovias ligando dois pontos não seria econômico (pois frequentemente se verificaria ociosidade nas vias), a duplicação de infraestrutura de telecomunicações, em regra, não é aceitável para uma sociedade que ambicione ter um setor de telecomunicações com preços acessíveis a sua população, com diversidade de serviços.

3 Art. 2º O Poder Público tem o dever de: [...]

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

4 Esse novo regramento substituiu o antigo Regulamento de EILD, que havia sido aprovado pela Resolução nº 402/2005.

consideradas *essential facilities* do setor, para a competição, inclusive para fins de regulação assimétrica, e para a oferta dos serviços de telecomunicações de forma massificada, a preços razoáveis e com qualidade e velocidade compatíveis com a tecnologia existente no mercado. Afinal, é nessa linha que dispõe o art. 2º, inciso II, da LGT), quando aduz ter o Poder Público o dever de garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas.

1 REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES E DAS REDES DE TELECOMUNICAÇÕES

Primeiramente, é preciso deixar clara a distinção que há entre os serviços de telecomunicações e as redes de telecomunicações.

Pois bem.

Serviço de telecomunicações, segundo o art. 60, parágrafo único, da LGT, é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, entendida esta como 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.

Já rede de telecomunicações é o conjunto dos bens que servem de insumo à oferta do serviço de telecomunicações, que, como visto, se caracteriza pela atividade em si de prestação do serviço. Pode-se dizer que o serviço de telecomunicações se caracteriza pela rede de telecomunicações em funcionamento. *Mutatis Mutandis*, é como se, por exemplo, um serviço de transporte de carga fosse caracterizado pelos caminhões de transporte em andamento.

Assim, a atividade (serviço) é diferente dos bens que a suportam (rede ou infraestrutura). Cada um tem regime jurídico próprio: o regime dos serviços de telecomunicações e o regime das redes de telecomunicações.

Quanto aos serviços de telecomunicações, eles são organizados, segundo os ditames consagrados na LGT, em dois regimes, quais sejam, o público e o privado. Apesar da nomenclatura, deve-se registrar que tantos os serviços de telecomunicações prestados no regime público quanto os prestados no regime privado são serviços públicos de titularidade da União. Ambos são prestados por particulares apenas em razão da delegação estatal prevista no art. 21, inciso XI, da Constituição Federal⁵.

5 Art. 21. Compete à União: [...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)

Por tal razão, de um jeito ou de outro continuam sendo um serviço público regulado. O próprio dispositivo constitucional mencionado, ao fazer referência ao órgão regulador, deixa claro que a delegação estatal pressupõe a constante regulação do setor.

Pode-se dizer, em suma, que a diferença básica entre os serviços de telecomunicações prestados no regime público dos prestados no regime privado diz respeito ao nível de regulação estatal. Apesar de ambos estarem constantemente submetidos à regulação estatal, os serviços de telecomunicações prestados no regime público sofrem a incidência de uma regulação mais rígida.

Assim, aqueles serviços de telecomunicações prestados no regime público (atualmente apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, conhecido simplesmente como telefonia fixa) possuem, por exemplo:

- (i) vínculo jurídico formalizado por meio de contrato de concessão;
- (ii) tarifas fixadas pelo órgão regulador;
- (iii) bens reversíveis à União;
- (iv) obrigações de universalização impostas por decreto presidencial, que determina a prestação do serviço em determinadas localidades do país, independentemente do interesse econômico da concessionária;
- (v) garantia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e
- (vi) garantia de que a União irá assegurar a existência, universalização e continuidade do serviço.

Por sua vez, nos serviços de telecomunicações prestados no regime privado (atualmente todos os serviços de telecomunicações, incluindo o STFC, que é prestado simultaneamente tanto no regime público quanto no regime privado) o vínculo jurídico é formalizado por meio de termo de autorização e a prestadora tem certa liberdade na determinação dos preços cobrados dos consumidores e na escolha das localidades em que vai atuar. Ou seja, não há responsabilidade da União, equilíbrio-econômico financeiro, bens reversíveis, tarifação dos valores cobrados dos usuários nem obrigações de universalização.

Esses são, pois, os regimes jurídicos aplicáveis aos serviços públicos de telecomunicações.

Nessa linha, reforça-se que o regime em que o serviço público de telecomunicação é prestado não pode ser confundido com o regramento ou regime jurídico aplicável às redes de telecomunicações (infraestrutura). Quando se fala da dicotomia entre serviço público de telecomunicações prestado no regime público e privado, está-se tratando, na verdade, do serviço prestado para um usuário, seja para os consumidores em geral (serviço de interesse coletivo), seja destinado ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários (serviço de interesse restrito).

Nesse ponto, vale dizer que o art. 62 da LGT, tratando da classificação dos serviços, aduz que, *“quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito”*. A diferença básica é que os serviços de interesse coletivo são prestados a terceiros ou consumidores finais, constituindo-se, assim, na prática, em todos os serviços de telecomunicações popularmente conhecidos que sejam ofertados indistintamente aos consumidores (concessionárias ou autorizadas). Já os serviços de interesse restrito são aqueles usufruídos pelo próprio prestador ou para grupos determinados de consumidores (apenas autorizadas)⁶.

Quando se trata das redes de telecomunicações, todos os vínculos são entre as próprias prestadoras. Elas se relacionam entre si e firmam contratos de compartilhamento de infraestrutura. Ou seja, enquanto nos serviços de telecomunicações os vínculos são formados entre prestadoras e usuários, no âmbito das redes de telecomunicações os vínculos são formados entre as prestadoras umas com as outras.

Dando continuidade, deve-se dizer que às redes em si (insumo), sejam elas utilizadas para a prestação do serviço público de telecomunicações no regime público ou no privado, o regime jurídico de regulação aplicável – próprio, portanto – é o do Título IV (Das Redes de

6 A distinção entre serviço de interesse coletivo e restrito se encontra bem delineada no Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 73/98, in verbis:

Art. 17. Serviço de telecomunicações de interesse coletivo é aquele cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, observados os requisitos da regulamentação.

Parágrafo único. Os serviços de interesse coletivo estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração atenda aos interesses da coletividade.

Art. 18. Serviço de telecomunicações de interesse restrito é aquele destinado ao uso do próprio executante ou prestado a determinados grupos de usuários, selecionados pela prestadora mediante critérios por ela estabelecidos, observados os requisitos da regulamentação.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito só estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique os interesses da coletividade. [grifo nosso]

Telecomunicações) do Livro III da LGT, desde que ele seja de interesse coletivo, como aduz o art. 145 desse diploma legal, que inaugura o referido Título, in verbis:

Art. 145. A implantação e o funcionamento de redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo, no regime público ou privado, observarão o disposto neste Título

Não se trata de discussão sobre regime público ou privado, dicotomia aplicável, como visto, apenas aos serviços de telecomunicações, e não à redes de telecomunicações. A estas se aplica especificamente o regime jurídico constante do Título IV do Livro III da LGT. Não é nem público nem privado, mas, sim, o regime próprio aplicável às redes de telecomunicações.

2 REGULAÇÃO DO CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURA

No referido Título IV do Livro III da LGT, que disciplina o regime jurídico das redes de telecomunicações, está inserido o art. 155, que trata justamente dos contratos a serem firmados para a exploração industrial de linhas dedicadas – EILD. O dispositivo faz menção às prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, o que abrange, como dito, concessionárias (regime público) e autorizadas (regime privado). Veja-se o art. 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.

Fica claro, portanto, que os contratos de EILD estão submetidos à regulação estatal, devendo ser firmados nos casos e condições fixadas pela Anatel. O que importa, para que incida esse regramento, é que o serviço prestado por meio daquelas redes seja de interesse coletivo, não importando seja ele prestado no regime público ou privado. Eduardo Augusto de Oliveira Ramires⁷ assim comenta:

7 RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações – A Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 202.

Conforme já examinamos ao procurar distinguir os serviços de telecomunicações das atividades que constituem seus insumos ou infra-estruturas, o regime regulatório incidente sobre as redes de telecomunicações dirige-se aos operadores de serviços de telecomunicações, estejam atuando em regime público ou privado, sempre, todavia, no interesse coletivo.

Assim, o que importa é definir que se o serviço de telecomunicações prestado é de interesse coletivo (público ou privado, excluindo-se apenas os de interesse restrito). Sendo positiva a resposta, à exploração de suas redes deve ser aplicado o regime jurídico do Título IV (Das Redes de Telecomunicações) do Livro III da LGT, dentre os quais se inclui o referido art. 155, que determina que a disponibilização de tais redes obedeça às condições fixadas pelo órgão regulador (regime jurídico de regulação, portanto).

A possibilidade de negociação entre as partes, como já dito aqui, não afasta tal regulação, em razão de o serviço de telecomunicações de interesse coletivo, embora prestado por particular, continuar sendo público e de titularidade da União. E mais. A regulação Anatel, nesse ponto, possui contornos amplos, ou seja, quanto aos casos e condições em que os contratos de EILD devem ser firmados.

O valor maior que justifica a amplitude da regulação das redes de telecomunicações é sua função social, já que tal infraestrutura se configura no que denomina de *essential facility* para o desenvolvimento do setor. Se a Constituição Federal já consagra o princípio geral e mandatário da função social da propriedade na ordem econômica brasileira, nos termos dos seus arts. 5º, inciso XXIII, e 171, inciso III⁸, a LGT consagra o princípio específico da função social da propriedade das redes de telecomunicações, valor claramente aplicável às relações econômicas do setor:

Art. 146. As redes serão organizadas como vias integradas de livre circulação, nos termos seguintes:

8 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

III - função social da propriedade;

[...]

III - o direito de propriedade sobre as redes é condicionado pelo dever de cumprimento de sua função social.

De fato, a regulação da infraestrutura do setor de telecomunicações é extremamente necessária para que seja conferida eficiência à utilização das redes, possibilitando-se, inclusive por meio de uma regulação assimétrica, o acesso isonômico às diversas prestadoras interessados em usá-las e garantindo-se, com isso, um mercado economicamente eficiente e saudável e calcado em uma competição livre, ampla e justa, tudo em favor da massificação dos serviços com qualidade adequada e a preços e tarifas razoáveis, acessíveis a toda a população brasileira, que a cada dia demanda por mais serviços de comunicação.

3 OBRIGATORIEDADE DO CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE REDES DE TELECOMUNICAÇÕES

Como visto, diante do dever do Poder Público de estimular a expansão do uso das redes de telecomunicações, considerando a necessidade de otimização da infraestrutura – existente e a ser construída –, diminuindo-se a ociosidade das redes e evitando-se a imputação ao usuário final de custos desnecessários, o ordenamento jurídico, no art. 155 da LGT, como visto, impõe a obrigatoriedade da celebração de contratos de compartilhamento de infraestrutura, em prol da competição, dos consumidores, da sociedade e da própria sustentabilidade do modelo estabelecido para o setor de telecomunicações.

Estão as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, portanto, obrigadas, por lei, a, mediante contraprestação, disponibilizarem suas redes às demais prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.

Têm-se, então, dois momentos distintos e bem claros em que há regulação estatal sobre os contratos de EILD:

- (i) num primeiro momento, há obrigatoriedade de disponibilização das redes a terceiros, ou seja, há obrigatoriedade de que a prestadora detentora da rede firme contrato de compartilhamento de infraestrutura com outra prestadora de interesse coletivo;

- (ii) num segundo momento, há necessidade de que tais contratos de EILD sejam firmados nos casos e condições fixados pela Anatel, ou seja, há necessidade de que eles obedeçam e se adéquem à regulamentação da Agência, que, *in casu*, está materializada no Regulamento de EILD, aprovado pela Resolução nº 590/2012.

Nesse sentido é que Calixto Salomão Filho⁹ afirma que “*essa forma de intervenção permite não apenas a predeterminação de certo conteúdo básico do contrato, como também a própria imposição da contratação*”. Do já discorrido se infere que os contratos de compartilhamento de rede, como o são aqueles cujo objeto é a exploração industrial de lindas dedicadas, são obrigatórios, pois a não compulsoriedade de tal acordo de vontades proporcionaria má eficiência das redes, com custos desnecessários repassados ao usuário, e eliminação, ou ao menos intensa inibição, da competição no setor. Em razão dessa obrigatoriedade, consagrada no art. 155 da LGT, não há que se falar em autonomia da vontade quanto à intenção de contratar. O próprio ordenamento jurídico impõe, por si só, a contratação. São, como dito, os chamados contratos obrigatórios.

Utilizando a nomenclatura de “contrato coativo”, Sílvio de Salvo Venosa¹⁰ assim se manifesta sobre o assunto:

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 garantido 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.

9 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 67.

10 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 386.

No mesmo sentido se posiciona Maria Helena Diniz¹¹, quando aduz que “o princípio da autonomia da vontade sofre, portanto, restrições, trazidas pelo dirigismo contratual, que é a intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual”. Em seguida, a autora lembra da observação de Couto e Silva, “no sentido de que nos contratos ditados, compulsórios ou cogentes, inexistente autonomia da vontade, por consistirem em acordos entre particulares que, por força de lei, são obrigados a contratar, ou entre particular e poder público”.

Como bem posto por Alexandre dos Santos de Aragão¹², tem-se situação em que a intervenção estatal é pressuposto da criação do mercado, que existe apenas se o poder público impuser o compartilhamento. Interessante, ainda, citar os ensinamentos de Aragão¹³ sobre o contrato de compartilhamento de infraestrutura:

O compartilhamento tem, portanto, natureza de contrato privado, mas não, evidentemente, de um contrato privado oitocentista, calcado na liberdade de vontade, no princípio da relatividade e no caráter essencialmente privatístico. Há uma limitação administrativa da liberdade de contratar: trata-se, se incumbente e entrante chegarem a um acordo, de um contrato regulamentado (com cláusulas predeterminadas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública); e caso o contrato seja fixado diretamente pela autoridade reguladora diante de impasse nas negociações das partes, de um contrato forçado.

Sendo compulsórios os contratos de compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, não há que se falar em prestação do EILD sob o regime privado. Primeiro, porque tal nomenclatura diz respeito aos serviços de telecomunicações, e não às redes de telecomunicações. A estas se aplica, como visto, o regime jurídico próprio do Título IV do Livro III da LGT. Segundo, porque, ainda que se entendesse tal regime privado como uma equivalência ao direito privado comum (civilista), sua compulsoriedade não se adéqua a um regime de intensa autonomia da vontade, na qual o vínculo contratual é faculdade. Aqui o vínculo é obrigatório, imposto por lei.

Afinal, a importância do compartilhamento de redes é tamanha que a legislação consagra sua função social, na esteira do art. 146 da

11 DINIZ, Maria Helena, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 72.

12 ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, Forense, 2. ed. p. 445

13 Op. cit., p. 472.

LGT, que, aliás, também dispõe sobre a obrigatoriedade de interconexão entre redes na forma da regulamentação.

Estabelece-se, então, a seguinte premissa: o contrato de uso de infraestrutura de telecomunicações, em face do contexto fático-jurídico no qual se insere, está eminentemente sujeito a normas (princípios e regras) próprias de regime público, porquanto se encontra afetado por uma regulação estatal rígida.

Ademais, a legislação ainda impõe, além da obrigatoriedade da contratação, que ela seja feita nos casos e nas condições fixadas pelo órgão regulador. Tal medida é, de certa maneira, é uma forma de concretizar a própria compulsoriedade da contratação, já que de nada adiantaria impor-se o acordo de vontades sem que se estabelecessem as condições em que eles devam ser firmados.

Assim, fixando-se os casos em que a contratação é obrigatória, cabe ao órgão regulador definir as condições em que os acordos têm que ser firmados, tanto para orientar os acordos voluntários quanto para traçar os critérios a serem utilizados para solucionar eventuais conflitos entre as prestadoras. É que, não entrando as prestadoras em acordo, o conflito é sanado pela Anatel, que fixará, no caso concreto, os valores do compartilhamento.

Percebe-se, dessa forma, que os contratos de compartilhamento de infraestrutura, apesar de celebrados entre particulares, são regidos pelo direito público, submetidos, pois, a uma rígida regulação estatal, porquanto são desprovidos de autonomia de vontade, tanto com relação ao conteúdo do contrato quanto, principalmente, no que tange à escolha de celebrar ou não o contrato quanto.

4 CONCLUSÃO

A crescente demanda da sociedade por serviços de telecomunicações, para ser atendida, deve ser acompanhada por um constante incremento nas redes de telecomunicações. Assim, dada a importância desse insumo, impõe-se o compartilhamento dessa infraestrutura entre os prestadores de serviço de telecomunicações de interesse coletivo.

Nesse ponto, ressalta-se que o regime em que o serviço público de telecomunicação é prestado (público ou privado) não pode ser confundido com o regramento ou regime jurídico aplicável às redes de telecomunicações (infraestrutura). Enquanto nos serviços de telecomunicações os vínculos são formados entre prestadoras e usuários, no âmbito das redes de telecomunicações os vínculos são formados entre as prestadoras umas com as outras.

Às redes de telecomunicações (infraestrutura), sejam elas utilizadas para a prestação do serviço público de telecomunicações no regime público ou no privado, aplica-se o regime jurídico específico do constante do Título IV (Das Redes de Telecomunicações) do Livro III da LGT, dotado de regras de direito público, não obstante a possibilidade de negociação entre as partes para fins de compartilhamento de infraestrutura.

A regulação das redes de telecomunicações é ampla, muito em razão de sua função social enquanto *essential facility* para o desenvolvimento do setor. De fato, a regulação da infraestrutura do setor de telecomunicações é extremamente necessária para que seja conferida eficiência à utilização das redes, possibilitando-se, inclusive por meio de uma regulação assimétrica, o acesso isonômico às diversas prestadoras interessadas em usá-las e garantindo-se, com isso, um mercado economicamente eficiente e saudável e calcado em uma competição livre, ampla e justa, tudo em favor da massificação dos serviços com qualidade adequada e a preços e tarifas razoáveis, acessíveis a toda a população brasileira, que a cada dia demanda por mais serviços de comunicação.

Verifica-se, nessa linha, que os contratos de compartilhamento de infraestrutura são, por lei, obrigatórios, pois a não compulsoriedade de tal acordo de vontades proporcionaria má eficiência das redes, com custos desnecessários repassados ao usuário, e eliminação, ou ao menos intensa inibição, da competição no setor. Em razão dessa obrigatoriedade, consagrada no art. 155 da LGT, não há que se falar em autonomia da vontade quanto à intenção de contratar.

Os contratos de compartilhamento de infraestrutura, enfim, apesar de celebrados entre particulares, são regidos pelo direito público, submetidos, pois, a uma rígida regulação estatal, porquanto são desprovidos de autonomia de vontade, tanto com relação ao conteúdo do contrato quanto, principalmente, no que tange à escolha de celebrar ou não o contrato quanto.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Forense, 2. ed. Forense Jurídica.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESCOBAR, João Carlos Mariense. *Serviços de Telecomunicações – Aspectos Jurídicos e Regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Direito das Telecomunicações e Anatel*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 19. ed. Malheiros.

RAMIRES, Eduardo Augusto de Oliveira. *Direito das Telecomunicações – A Regulação para a Competição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SALOMÃO Filho, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2003.



LIMITES AO PODER DE POLÍCIA. A DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DO INTERESSADO PREVIAMENTE À FISCALIZAÇÃO

*LIMITS TO THE POLICE POWER.
THE UNNECESSARY PREVIEW NOTIFICATION BEFORE TO
INSPECTION*

*Ricardo Ramos Sampaio
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do Poder de Polícia; 2 Abrangência do Poder de Polícia; 3 Natureza da atividade fiscalizadora; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente trabalho destina-se a demonstrar a desnecessidade de notificação do interessado previamente à fiscalização. Para tanto, abordamos a evolução do poder de polícia, sua relação com as dimensões dos direitos fundamentais e a influência desse contexto nas restrições à atuação estatal para impor aos particulares limitações. Estabelecidos esses delineamentos, nos debruçamos sobre a análise da natureza da atividade fiscalizadora como expressão do poder de polícia, os riscos de ineficácia da fiscalização com conhecimento prévio do interessado e a confidencialidade inerente à atividade que, além de importar na promoção do bem comum, é imprescindível a segurança da sociedade e do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Poder de Polícia. Direitos Fundamentais. Fiscalização. Notificação. Desnecessidade.

ABSTRACT: This work is intended to demonstrate the unnecessary preview notification before to inspection. To this end, we discuss the evolution of police power, its relation to the dimensions of fundamental rights and influence in this context restrictions on state action to impose limitations on individuals. Established these designs, looking into the analysis of the nature of the supervisory activity as an expression of the police power, the risks of ineffective supervision with prior knowledge of the person concerned and the confidentiality inherent in that activity, and import in promoting the common good, it is essential the safety of society and the state.

KEYWORDS: Police Power. Fundamental Rights. Inspection. Notification. Unnecessariness.

INTRODUÇÃO

Os questionamentos acerca da necessidade de notificação do interessado previamente a atividade de fiscalização repousam na ideia de infringência a direitos e garantias fundamentais erigidos, como se sabe, a categoria constitucional. A realização de fiscalização sem a prévia comunicação ao interessado é impugnada sob os auspícios de violação ao princípio da ampla defesa.

Embora o tema não tenha merecido maiores abordagens da doutrina, a possibilidade de repercussão danosa ao Estado da tese anulatória de diligências realizadas sem a prévia notificação do interessado traz a lume a necessidade de realizar um estudo com argumentos contundentes rechaçando esse posicionamento.

1 EVOLUÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

A evolução do poder de polícia guarda profunda relação com o surgimento de direitos fundamentais. Essa noção nos remete a introdução nos ordenamentos jurídicos de direitos de primeira geração ou, na concepção de alguns doutrinadores, direitos de primeira dimensão¹.

O movimento de contenção de poderes estatais teve como marco inicial a Carta das Liberdades de 1215, assinada pelo Rei João, que limitava as prerrogativas e o poder absoluto do monarca. O documento, imposto pelos barões ingleses, cominava ao soberano a observância a procedimentos legais (*due processe of law*) como o que restou consignado na clausula 39:

Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.

Ao longo do século XVIII, duas revoluções efetivamente introduziram as liberdades civis e políticas na sociedade. O movimento de independência americano produziu a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia que, embora concentrada na preocupação de romper seu estado de colônia, trouxe em seu texto a noção de direitos inatos.

¹ Alguns autores sustentam que a denominação geração de direitos não se mostra adequada por trazer a imagem de sucessão, renovação e hierarquia de direitos, confrontando com a ideia dos direitos nas suas diversas dimensões.

A revolução francesa, de outro modo, mas igualmente inspirada nos ideais iluministas, firmou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, originando os princípios da liberdade, igualdade, propriedade e legalidade.

Destarte, o ilimitado poder estatal, na crença que o poder monárquico como representação divina na terra não se submetia as leis, deu lugar ao constitucionalismo.

Vem a calhar a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco:

Nos séculos XVII e XVIII, as teorias contratualistas vêm enfatizar a submissão da autoridade política à primazia que se atribui ao indivíduo sobre o Estado. A defesa de que certo número de direitos preexistem ao próprio Estado, por resultarem da natureza humana, desvenda característica crucial do Estado, que lhe empresta legitimação – o Estado serve aos cidadãos, é instituição concatenada para lhes garantir os direitos básicos.

[...]

Outra perspectiva histórica situa a evolução dos direitos fundamentais em três gerações. A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo..²

2 A ABRANGÊNCIA DO PODER DE POLÍCIA

Feito esse breve histórico sobre as limitações impostas ao Estado e o seu dever de abstenção, resta-nos perquirir, contemporaneamente, qual o grau de restrição imposto ao Estado na atividade fiscalizatória.

A necessidade de intimação, ou não, do infrator ou interessado previamente a atividade de fiscalização é tema que repercute nos órgãos da administração pública que executam políticas públicas e detém atribuições regulatórias.

O movimento de descentralização administrativa, cunhado como norte no Decreto-Lei 200/67 e seguido por outras leis, inclusive

² BRANCO, Paulo; COELHO, Inocêncio; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Saraiva, 2010. p.308-309.

as que instituíram as Agências Reguladoras, incumbiu a entidades da administração indireta a realização de grande parte da atividade de fiscalização a cargo do Estado.

Como exemplo, podemos destacar o arcabouço legal de alguns órgãos:

Lei nº 5.966/73 - INMETRO

Art. 3º O Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro), autarquia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Lei nº 5.966, de 1973, é competente para:

III - exercer, com exclusividade, o poder de polícia administrativa na área de Metrologia Legal;

IV - exercer poder de polícia administrativa, expedindo regulamentos técnicos nas áreas de avaliação da conformidade de produtos, insumos e serviços, desde que não constituam objeto da competência de outros órgãos ou entidades da administração pública federal, abrangendo os seguintes aspectos:

- a) segurança;
- b) proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal;
- c) proteção do meio ambiente; e
- d) prevenção de práticas enganosas de comércio;

Lei 7735/89 - IBAMA

Art. 2º É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

I - exercer o poder de polícia ambiental;

Lei 9472/97 - ANATEL

Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências.

Lei 9782/99 ANVISA

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

O controle estatal, como se observa, permeia os mais diversos temas que circundam a sociedade, exigindo do poder público uma atuação: a) em sentido amplo: na definição de normas estipulando regras e limites e, b) em acepção concreta: na verificação de seu cumprimento, aplicando, por consequência, penalidades.

Desse modo, da própria concepção de Estado exsurge a necessidade de imposição de fronteiras as liberdades individuais em prol do bem comum. A essa possibilidade denominou-se poder de polícia.

Segundo Cáo Tácito, citado por Odete Medauar, a expressão poder de polícia no ordenamento pátrio derivou da tradução *Police Power* que “ingressou pela primeira vez na terminologia legal no julgamento da Suprema Corte norte-americana, no caso *Brown x Marland*, de 1827.”³

3 NATUREZA DA ATIVIDADE FISCALIZADORA

O poder de polícia encontrou definição positivada no Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do

3 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.332.

Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A miríade de conceitos presentes na doutrina nos exige o destaque a alguns, embora todos guardem elementos comuns: a titularidade do poder público, a coercibilidade e a preponderância dos direitos coletivos sobre os individuais.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conforma-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.⁴

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, cita o conceito clássico de Marcelo Caetano em sua obra *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo* para, em seguida, registrar a sua concepção:

Clássico é o conceito firmado por Marcelo Caetano: É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objetivo evitar que produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir.

De nossa parte, entendemos se possa conceituar o poder de polícia como a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.⁵

Uma visão que se apresenta interessante foi trazida no conceito de Marçal Justen Filho:

O poder de polícia administrativa é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos

⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.853

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. rev. ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010. p. 83.

fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade.⁶

Assim, conforme nos apresenta Justen Filho, o poder de polícia, que em sua origem era expressão do poder absoluto do monarca, evoluiu para a concretização de direitos fundamentais da coletividade, isto é, ampliou a sua atuação em outras atividades, à exemplo da preservação ambiental, sem, contudo, olvidar a obediência aos princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório e do devido processo legal.

Essa expansão sofreu severa crítica de Gordillo, que questiona a alocação do poder de polícia na esfera do direito administrativo:

Pero por otro lado, se advierte también que al ampliarse de esse modo, el 'poder de policía' há perdido las supuestas características con que em el pasado se lo queria conceptualizar. No existe hoy em día uma 'noción' autónoma y suficiente de 'poder de policía;' no existe porque esa función se há distribuido ampliamente dentro de toda la actividad estatal

[...]

Adviértase muy especialmente que no afirmamos que el Estado o la administración carezcan en absoluto de facultades no pueden subsumirse em um concepto común que luego tenga vigencia jurídica autónoma y pueda a su vez fundamentar nuevas facultades y nuevas limitaciones⁷.

A ampliação do poder de polícia, no entanto, encontra justificativa no próprio alargamento das dimensões dos direitos fundamentais, como bem ressalta Branco:

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 488.

7 GORDILLO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo*, 2. tomo: la defensa del usuario y del administrado. 5 ed. Belho Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003. p. v-12.

seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardem, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração, como da proteção ao meio ambiente. Basta que se pense em como evoluiu a compreensão do direito de propriedade, desde a Revolução Francesa até a incorporação às preocupações constitucionais de temas sociais e de proteção do meio ambiente.⁸

O próprio Gordillo reconhece que a coação estatal pra atingir o bem comum e a ordem pública mostra-se como uma realidade no mundo jurídico.

Assim, a antiga atuação do poder de polícia atrelada a salubridade, tranquilidade, moral e bons costumes, deu lugar a um plexo de ações que não se resumem a um controle de abstenções ligadas a esses temas. O poder de polícia alcançou direitos em outras dimensões.

Diante desse quadro, interessante a sistematização adotada por Carlos Ari Sundfeld⁹ elencando as competências da administração pública para o exercício do poder de polícia:

- a) impor os condicionamentos;
- b) fiscalizar;
- c) reprimir a inobservância dos condicionamentos, em especial-sancionando as infrações; e
- d) executar.

Assim, a atividade fiscalizadora, enquanto ação estatal de verificar o cumprimento ou abstenção de comportamento individual, vigiar ou inspecionar serviços ou atividades comerciais, se reveste de

⁸ BRANCO; COELHO; MENDES. op. cit, p. 310.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

instrumentalidade para atender o objetivo do poder de polícia: o bem comum. A fiscalização, portanto, é expressão do poder de polícia.

Nesse sentido, como bem ressalta Sundfeld:

À competência para impor condicionamentos se agrega a de fiscalizar sua observância. Trata-se do poder, atribuído pela lei à Administração, de verificar permanentemente a regularidade do exercício dos direitos pelos administrados.

[...]

Ao poder de fiscalizar corresponde a obrigação de o administrado suportar a verificação administrativa e de colaborar com ela. Aliás, suportar a fiscalização é espécie de sujeição administrativa do direito. Opor óbices a ela traduz comportamento ilícito, como tal passível de sanção.¹⁰

O que se observa, por conseguinte, é que o ato de fiscalizar mostra-se como uma atividade de verificação dos condicionamentos impostos em uma determinada norma, não se podendo atribuir a fiscalização a natureza de punição ou repressão, ainda que adote medidas acautelatórias de proteção do bem comum.

Nessa linha encontramos o magistério de Osório, entendendo que “as medidas de polícia podem estar ligadas ao cometimento ou ao perigo de cometimento de um fato ilícito, mas tal circunstância não lhes confere um caráter punitivo, um enquadramento no conceito de sanções administrativas.”¹¹

Assim, não se extrai da natureza da fiscalização, enquanto ação regular de examinar a subsunção das atividades particulares às limitações administrativas impostas, o direito do administrado ser notificado previamente à vistoria, que seria uma expressão do princípio da ampla defesa. É apenas a intenção repressiva estatal que se mostra determinante para atribuir ao administrado esse direito. Essa afirmação é amparada claramente nas lições de Sundfeld:

Frequentes vezes, a infração administrativa, por suas características de gravidade e perigo aos interesses públicos, exige a adoção de providências imediatas, voltadas a impedir sua continuidade. Figure-

10 SUNDFELD, op. cit., p. 75-76.

11 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. rer., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 96

se o comerciante suspeito de usar seu estabelecimento para o tráfico de drogas: é imperioso impedir desde logo suas atividades, evitando o prosseguimento das práticas ilícitas. Contudo, a sanção de interdição do estabelecimento depende de procedimento em que, ademais de se comprovar a infração, seja garantido o direito de defesa, com todos os seus desdobramentos, demandando prazo relativamente longo. A solução para, nessas hipóteses, evitar o perigo, não é – como supõem certos administradores – aplicar imediatamente a sanção, lançando ao punido o ônus de desconstituir o ato sancionador. Aceita-se apenas a interdição cautelar, até a conclusão do procedimento. Tal medida não é sancionadora, mas acauteladora, o que, se por um lado dispensa o procedimento para garantia do direito de defesa, por outro impede a imposição de gravames desnecessários à cessação do perigo, bem como implica em que, constatada posteriormente a falsidade da imputação, sejam cabalmente indenizados os prejuízos causados pela aplicação da medida.

A distinção entre sanção e medida cautelar administrativa tem sentido, visto ser juridicamente inaceitável a substituição de uma pela outra. No exemplo utilizado, embora ambos gerem efeitos imediatos semelhantes (o fechamento do estabelecimento), têm fins e requisitos procedimentais diversos. A finalidade do ato sancionador é subjetiva: impor consequência desfavorável ao infrator, para com isso puni-lo. Sua prática exige o procedimento com garantia de ampla defesa. A medida cautelar tem finalidade objetiva: eliminar o perigo, presente ou iminente. Daí dispensar prévio procedimento.¹²

A alegação de violação ao princípio da ampla defesa, portanto, não prospera sequer nas hipóteses de aplicação das medidas urgentes adotadas durante a fiscalização. Isto porque a eventual prática de atos administrativos urgentes de preservação da coletividade possui natureza meramente cautelar, distinguindo-se, completamente, das punições, que somente serão aplicadas com a conclusão do processo administrativo.

Esse balizamento foi seguido pela legislação como podemos observar do art. 174 e 175 da Lei Geral de Telecomunicações e art. 9º, inciso V e § 2º da Lei n.º 6.385/1976 sobre mercado de capitais:

Lei 9472/97.

¹² SUNDFELD, op. cit., p. 78-79

Art. 174. Toda acusação será circunstanciada, permanecendo em sigilo até sua completa apuração.

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa. Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

Lei 6385/76.

Art. 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá:

V - apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

§ 2º O processo, nos casos do inciso V deste artigo, poderá ser precedido de etapa investigativa, em que será assegurado o sigilo necessário à elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse público, e observará o procedimento fixado pela Comissão.

Destarte, é essencial distinguir o desígnio administrativo de verificar o cumprimento das normas ou de imputar uma penalidade. Esse intento pode ser caracterizado a partir da instauração de um processo punitivo. Não há, portanto, abandono do devido processo legal, mas a postergação do contraditório e ampla defesa para o momento em que efetivamente se cogita do cometimento de infração pelo particular.

Sob outro ângulo, a comunicação prévia de uma diligência investigativa poderia resultar na dissimulação de eventuais infrações em curso, gerando ineficácia da apuração. Esse caráter de conhecimento antecedente frustraria a verificação efetiva das transgressões perpetradas, afetando, em ultima instância o interesse público e a finalidade do poder de polícia. Não por outro motivo, a própria Lei de Acesso à Informação caracterizou como imprescindíveis a segurança da sociedade e do Estado, e passíveis de classificação como sigilosas, as atividades de fiscalização em andamento relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.¹³

13 Lei 12527/2011. Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

4 CONCLUSÕES

Deste modo, resta claro que o poder de polícia passou por uma evolução ao longo de séculos, inicialmente confundindo-se com o próprio poder monárquico para, em sequência, sofrer limitações estruturadas nos direitos fundamentais dos administrados.

Os fundamentos que determinaram os contornos e limites do poder de polícia contemporaneamente, princípios como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, igualmente serviram de alicerce para robustecer a atuação estatal com o intuito de garantir o bem estar da coletividade e direitos fundamentais observados sob outras dimensões.

Assim, o poder de polícia, como se apresenta na atualidade, alberga a atividade voltada a fiscalização do cumprimento pelos administrados das limitações impostas pelo Estado sem a exigência de prévia notificação dos interessados, deslocando a ampla defesa e contraditório para o curso do procedimento administrativo de caráter punitivo.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo; COELHO, Inocêncio; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. rev. ampl. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

GORDILLO, Agustin. *Tratado de Derecho Administrativo*, 2. tomo: la defensa del usuario y del administrado. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundacion de Derecho Administrativo, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia. *Soberania do Estado e Poder de Polícia*. São Paulo: Malheiros, 2011.

PARECER N.º 579-2012/TRM/PGF/PFE/ANATEL
IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE
CRÉDITO DA FAZENDA PÚBLICA POR
CONSIGNAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Teresa Resende Moreira
Procuradora Federal

PARECER N.º 579-2012/TRM/PGF/PFE/ANATEL

PARECER N.º: 579-2012/TRM/PGF/PFE/ANATEL

PROCESSOS N.º: 53500.008207/2012

INTERESSADO: PVCPA

ASSUNTO: Recebimento de notificação de consignação extrajudicial.

EMENTA: Ônus decorrente de direito de radiofrequência da operadora Vivo S.A. Direito indisponível. Doutrina. Jurisprudência. Princípio da legalidade. Impossibilidade de consignação extrajudicial em se tratando de crédito da Fazenda Pública.

PARECER

I – RELATÓRIO

1. Em sucinta síntese, foram encaminhados, por meio do Mem. n.º 23/2012-PVCPA/PVCP-Anatel, de 22 de maio de 2012, fl. 167, os autos do procedimento em epígrafe, onde há solicitação acerca das providências a serem tomadas pela área técnica quanto à notificação de consignação extrajudicial efetuada pela operadora VIVO S.A. Às fls. 159/160 constam os comprovantes de depósito nos valores de R\$ 40.140.235,50 (quarenta milhões cento e quarenta mil duzentos e trinta e cinco reais e cinquenta centavos) e R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

É O RELATÓRIO

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.(a) Da indisponibilidade dos créditos e do princípio da legalidade

2. O ônus decorrente de direito de uso de radiofrequência não obstante não configurar receita tributária, é, obviamente, dinheiro público. A categoria pública faz atrair o regime ou posição de supremacia em relação aos demais créditos. Trata-se da indisponibilidade do interesse público.

3. Sendo bem indisponível, como qualquer crédito da Fazenda Pública, não há livre disposição da receita. A Administração está estritamente vinculada aos ditames legais, o que elimina qualquer possibilidade de dispor dos valores relativos a tais obrigações.

4. Por outro lado, a consignação extrajudicial prevista no art. 890 do Código de Processo Civil é um procedimento adequado para a solução de conflitos entre particulares com poderes para dispor dos seus próprios direitos, haja vista que o próprio §2º desse dispositivo prevê a possibilidade de a ausência de manifestação do credor implicar liberação da obrigação, o que não se admite em relação aos créditos da Fazenda Pública, sequer no âmbito de um processo judicial.

5. Fixadas estas premissas é possível verificar a inadequação da consignação extrajudicial para os créditos da Fazenda Pública, conforme será exposto a seguir.

II.(b) Da inviabilidade de pagamento por consignação extrajudicial envolvendo crédito da Fazenda Pública

6. Em se tratando de créditos tributários, a regra é a possibilidade, tão somente, de consignação judicial da importância, nos termos do art. 164 do Código Tributário Nacional:

Art. 164. A importância de crédito tributário pode ser consignada judicialmente pelo sujeito passivo, nos casos:

I - de recusa de recebimento, ou subordinação deste ao pagamento de outro tributo ou de penalidade, ou ao cumprimento de obrigação acessória;

II - de subordinação do recebimento ao cumprimento de exigências administrativas sem fundamento legal;

III - de exigência, por mais de uma pessoa jurídica de direito público, de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador.

§ 1º A consignação só pode versar sobre o crédito que o consignante se propõe pagar.

§ 2º Julgada procedente a consignação, o pagamento se reputa efetuado e a importância consignada é convertida em renda; julgada improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros de mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis.

7. No que tocam às inovações processuais civis advindas da Lei nº 8.951/1994 que possibilitam o depósito extrajudicial (parágrafos do art.

890 do Código de Processo Civil¹), a doutrina² tem encarado que esse dispositivo legal não tem aplicação para a Fazenda Pública:

Tais novidades - é bem de ver - não se compadecem com a forma de extinção das obrigações tributárias, que passa ao largo de atropelos, prazos exíguos, manifestações imediatas, etc. Ademais, o lançamento de tributos (mesmo o lançamento por homologação) há de passar sempre pelo crivo do Fisco.

Deste modo, os parágrafos em pauta devem ser interpretados restritivamente, não se aplicando à Fazenda Pública (que, aliás sequer não é mencionada).

Diante do exposto, pode-se concluir que, à falta de lei específica, não há como nem porque aplicar-se essas novas disposições (§§ 1º a 4º, do artigo 890, do CPC), em detrimento da Fazenda Pública.

8. Na doutrina de Antônio Carlos Marcato, outrossim, há expresso entendimento de vedação de pagamento por consignação nos créditos da Fazenda Pública, a qual estaria permitida, tão somente, o depósito judicial. É de se notar que no artigo desse doutrinador³ há menção do termo “créditos da Fazenda Pública”, sem que haja distinção entre créditos tributários e não tributários:

Em síntese, temos hoje as seguintes situações envolvendo o pagamento por consignação:

¹ Art. 890. Nos casos previstos em lei, poderá o devedor ou terceiro requerer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida.

§ 1º Tratando-se de obrigação em dinheiro, poderá o devedor ou terceiro optar pelo depósito da quantia devida, em estabelecimento bancário, oficial onde houver, situado no lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recepção, assinado o prazo de 10 (dez) dias para a manifestação de recusa.

§ 2º Decorrido o prazo referido no parágrafo anterior, sem a manifestação de recusa, reputar-se-á o devedor liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada.

§ 3º Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito ao estabelecimento bancário, o devedor ou terceiro poderá propor, dentro de 30 (trinta) dias, a ação de consignação, instruindo a inicial com a prova do depósito e da recusa.

§ 4º Não proposta a ação no prazo do parágrafo anterior, ficará sem efeito o depósito, podendo levantá-lo o depositante.

² Artigo de Roque Antônio Carrazza. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/revistas/ww0680.pdf> Acesso em 25 de maio de 2012.

³ Disponível em <http://clubejus.com.br/?artigos&ver=2.3235> Acesso em 25/05/2012.

A) Será necessariamente judicial o depósito que tenha por objeto coisa diversa de dinheiro, ou quando não seja possível a utilização da via extrajudicial, valendo-se o devedor, ou o terceiro interessado na extinção da obrigação, da ação consignatória, observado o procedimento previsto nos arts. 890 e seguintes do CPC - salvo em se tratando de prestações envolvendo aluguéis ou encargos da locação, caso em que o procedimento a ser atendido é aquele estabelecido pelo art. 67 da Lei 8.245, de 1991.

B) Tendo por objeto prestação oriunda de compromisso de compra e venda de lote urbano (arts. 33 e 38, §1º, da Lei 6.766, de 19.12.79), o depósito será necessariamente o extrajudicial, carecendo o devedor da ação consignatória, por ausência de interesse de agir, pois a especialidade da Lei de parcelamento do solo urbano afasta a incidência, nas prestações que contempla, dos novéis dispositivos do CPC, devendo prevalecer, para fins de depósito, o disposto em seus arts. 33 e seguintes;

C) Nos demais casos (e independentemente da origem da obrigação) caberá ao devedor optar pela realização de qualquer dos depósitos aludidos, isto é, o judicial ou o extrajudicial, excetuados os créditos da Fazenda Pública, que só poderão ser objeto de depósito judicial, via ação de consignação em pagamento.

Grifou-se.

9. Cite-se, ainda, o Código de Processo Civil Comentado de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade, onde há o seguinte apontamento em relação ao mencionado art. 890:

9. *Procedimento extrajudicial.* Prevê-se procedimento extrajudicial para o depósito em consignação. Nessa parte, a norma tem natureza de *direito material*. Por esta razão, somente foram modificados os dispositivos *materiais* sobre a consignação. Os *processuais*, previstos em lei especial, não foram alcançados pela L 8953/94. De consequência, tal procedimento extrajudicial não é válido para as consignações de débitos fiscais (CTN 156 VIII e 164) nem de depósitos oriundos de relação locatícia (LI 67).

10. A jurisprudência acompanha a doutrina no sentido de considerar a estrita legalidade tributária, a qual impossibilita a via extrajudicial para depósitos de créditos tributários:

Processo: AC 200261050114175 / AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1142874

Relator (a): JUIZ CONVOCADO SILVA NETO

Sigla do órgão: TRF3 (Órgão julgador: TURMA SUPLEMENTAR DA SEGUNDA SEÇÃO)

Fonte: DJF3 DATA: 06/08/2008 (Data da Decisão: 24/07/2008)

Ementa

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - IRPJ - CRÉDITO TRIBUTÁRIO - CONSIGNAÇÃO EXTRAJUDICIAL E INSUFICIENTE DEPÓSITO INOPONÍVEIS, COMO EXTINÇÃO NEM SUSPENSÃO RESPECTIVAS - ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA A REGER O TEMA, CTN, ARTIGOS 109 E 164 - JUROS E SELIC : LEGALIDADE - TR A INCIDIR COMO JUROS-LEGITIMIDADE-IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS. 1. Supondo a consignatória prova do pólo devedor sobre resistência do pólo credor ao exercício do direito de adimplemento da obrigação envolvida, confunde a parte apelante os efeitos jurídicos do instituto da consignatória em pagamento. 2. Nos termos da parte final do artigo 109, CTN, os efeitos dos institutos de direito privado regem-se pelas normas tributárias em específico - que evidentemente assim existam, com efeito - como na espécie assim a estabelecer o artigo 164, CTN. 3. *A superveniente inovação lançada pelo §1º do artigo 890, CPC, não se põe a alcançar o caso em espécie, seja porque em essência a não se cuidar de judicial consignatória, seja por que sequer evidenciado nestes autos na outra instância apontada tenha havido resistência ao exercício do dever de pagar tributo, seja por fim e em essência por que o próprio pólo contribuinte também faz por se lhe reconhecer desconhece somente é causa extintiva do crédito a consignatória vitoriosa, na qual de sucesso o pólo contribuinte em final solução judicial, consoante parte final do inciso VIII do artigo 156, CTN, e primeira parte do § 2º de seu artigo 164.* 4. *Sequer oponível o evento extintivo alegado, por incompatível com a estrita legalidade tributária, como se observa, artigo 97, CTN, artigo 150, inciso I, Lei Maior, este ditame por seus mais capitais efeitos.* 5. Também sem sucesso a pretendida suspensividade da exigência com arrimo em depósito reconhecidamente a menor do que o devido, assim simultaneamente afrontadas a norma do inciso

II, artigo 151, CTN, e a Súmula 112, E. STJ, a imporem ao sucesso suspensivo o prévio e total depósito do quanto envolvido. 6. Se almeja a parte apelante paralisar a cobrança do crédito, deveria ter procedido ao depósito do todo em tela, ainda que discordasse do mesmo, como na espécie quanto aos juros. Desta forma, insubsistente também tal intento, *ex vi legis*. 7. Relativamente à afirmada exorbitância dos juros, calcada em que não admitiria o CTN excedimento a um por cento mensal, há de se salientar insubsistir o afirmado excesso de cobrança, em cotejo com o contido na certidão embasadora da execução em tela. 8. Extrai-se do estabelecido pelo parágrafo único do art. 201, CTN, bem como pelos incisos II e IV do § 5º, Lei 6.830/80, que o decurso do tempo, com a natural continuidade de fluência dos juros e de incidência de atualização monetária, não tem o condão de afastar a liquidez dos títulos executivos fiscais envolvidos, nem de revelar abuso a respeito. 9. Afigura-se coerente venha dado valor, originariamente identificado quando do ajuizamento da execução fiscal pertinente, a corresponder, quando do sentenciamento dos embargos, anos posteriores, a cifra maior, decorrência - límpida e lícita, em sua superioridade em si - da incidência dos acréscimos ou acessórios previstos pelo ordenamento jurídico. 10. Coerente se revela a compreensão segundo a qual os juros, consoante art. 161, CTN, recaem sobre o crédito tributário, figura esta naturalmente formada pelo capital ou principal e por sua indelével atualização monetária - esta fruto da inerente desvalorização, histórica, da moeda nacional - de tal sorte que sua incidência, realmente, deva se dar sobre o débito, a cujo principal, como se extrai, em essência adere a correção monetária, para dele fazer parte integrante. 11. Tão assim acertado o entendimento que a Administração, quando pratica a dispensa de correção monetária, em dados momentos e à luz evidentemente de lei a respeito, denomina a tanto de remissão, instituto inerente ao crédito tributário, à dívida em sua junção de principal com atualização. 12. Consoante histórico legislativo encartado na C.D.A., que o evoluir no tempo não malferiu a previsão a respeito, antes referida, pois que de cunho eminentemente subsidiário, a figura do propalado § 10. do art. 161, CTN, em sua primeira parte: límpida sua dicção, então, no sentido de que o inadimplemento esteja sujeito a enfocado acréscimo. 13. Não aceita a parte embargante/apelante incidida a TR como juros nem como correção monetária. 14. A Lei 8.177/91, em seu art. 9º, redação originária, previu a incidência da T.R.D. sobre os débitos para com a Fazenda Nacional, sem especificar sob qual forma isso se daria, o que foi elucidado por meio da nova redação a este dispositivo,

promovida pelo art. 30 da Lei 8.218/91, este fixando corresponderia a T.R.D. a juros de mora, o que se coaduna com os artigos 3º e 7º da referida Lei 8.218/91, o primeiro prevendo a incidência de T.R.D. como juros, sobre os débitos para com a Fazenda Nacional, e o segundo determinando a incidência da variação do B.T.N.F., até a extinção deste, e, a partir desta, de T.R.D., equivalente esta a juros de mora. 15. Ao tempo em que foi prevista, a T.R. atuou como juros, por decorrência prejudicada a angulação sob correção monetária. 16. Em sede de SELIC, a revelar dívidas com vencimentos nos anos 1987/1988, extrai-se se colocou tal evento sob o império da Lei n.º 9.250/95, a partir desta, cujo art. 39, §4º, estabelece a sujeição do crédito tributário federal à Selic e lhe é posterior. Precedente. 17. Improvimento à apelação. Improcedência aos embargos.

Grifou-se.

11. Em relação às receitas não tributárias, é possível ver a preocupação do legislador em relação a essa categoria de créditos quando os equiparou aos créditos tributários em diversos aspectos processuais. Na Lei n.º 6.830/1980 há expressa aplicação dessa equivalência:

Art. 4º.

§ 4º - Aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza não tributária o disposto nos artigos 186 e 188 a 192 do Código Tributário Nacional.

12. A Lei n.º 4.320/1964 em seu art. 52, por sua vez, trata do que vem a ser objeto do lançamento, inserindo, ao lado dos impostos, as rendas com vencimento determinado em lei, regulamento ou contrato. Assim, por esse documento legal, houve tratamento similar entre créditos tributários e não tributários.

13. Embora destituídas de natureza tributária, as receitas do ônus de 2% (dois por cento) decorrente da prorrogação do direito de uso de radiofrequência, inequivocamente, devem ser tratadas como receitas do Poder Público, as quais são caracterizadas pela indisponibilidade, consequência do próprio princípio da indisponibilidade do interesse público.

14. A indisponibilidade dos créditos não tributários da Fazenda Pública também pode ser vista a partir do afastamento da incidência

do art.320 do Código de Processo Civil, entendimento consagrado nos tribunais, que não se restringe às ações que discutem matéria tributária.

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIRO - FAZENDA PÚBLICA - EFEITOS DA REVELIA - ART. 319 DO CPC - INAPLICÁVEL - INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE EM DISCUSSÃO - NULIDADE DA SENTENÇA - REMESSA OFICIAL - PROVIMENTO. 1. O Juízo "a quo" aplicou ao INSS os efeitos da revelia, com fundamento no artigo 319 do CPC ("se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor"), considerando que, conquanto citado, não apresentou contestação. Contudo, ao teor do que estabelece o inciso II, do art. 320 do Código de Processo Civil, não se opera a revelia contra a Fazenda Pública. 2. "A inexistência de contestação pelo INSS, por se tratar de pessoa jurídica de direito público, cujos direitos são indisponíveis, não acarreta os efeitos da revelia". (Precedente: AC 0004680-72.2005.4.01.3303/BA, Rel. Des. Federal Neuza Maria Alves da Silva, 2ª Turma do T.R.F. da 1ª Região, e-DJF1 de 23/09/2010, pág. 83). 3. Declarada a nulidade do processo, a partir da fase de provas. 4. Remessa oficial provida. 5. Peças liberadas pelo Relator, em 29/08/2011, para publicação.

(Tribunal Regional Federal da Primeira Região, 6ª Turma Suplementar, rel. Juiz Federal Andre Prado de Vasconcelos, Remessa ex officio nº 200101990213684, Data da decisão 29/08/2011, Publicação no e-DJF1 de 06/09/2001, p.517)

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO – PENSÃO POR MORTE – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA – NÃO COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ALEGADA SOMENTE EM SEDE RECURSAL – INOVAÇÃO – ANULAÇÃO DA SENTENÇA – PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. - A concessão do benefício de pensão por morte é devida à esposa e aos filhos de segurado falecido, sendo a dependência econômica presumida, nos termos do § 4o, do art. 16, da Lei 8.213/91. - Tendo o Instituto Previdenciário deduzido, somente em sede de apelação, a perda da qualidade de segurado do instituidor da pensão, restou violado o princípio da eventualidade ou da concentração, e ainda foi suprimida uma instância, eis que antes da sentença, em nenhum momento tal matéria foi alegada perante o juiz da causa. - *O réu deve manifestar-se precisamente, na contestação, sobre todos os fatos narrados na inicial e*

apresentar toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito necessárias para impugnar o pedido do autor (arts. 300/302 do CPC). - Por outro giro, caberá ao Juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar a produção de provas necessárias a instrução do processo, que deverá ser apreciada livremente de acordo com os demais fatos e circunstâncias constantes dos autos mesmo não alegados pelas partes, levando-se em consideração, ainda, que a ausência de impugnação específica, ou mesmo a revelia, não prejudicam a Pessoa Jurídica de Direito Público, ante a indisponibilidade do interesse público. - A anulação da sentença merece ser aplicável a fim de que se proceda à instrução probatória do fato controvertido – perda da qualidade de segurado do de cujus. - Preservação dos efeitos da tutela até que o juízo de primeiro grau analise a questão, tendo em vista o caráter alimentar que envolve a verba discutida. - Apelação e Remessa Oficial a que se dá parcial provimento.

(Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Primeira Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Abel Gomes, Apelação Cível 200202010349058, Data da decisão 11/04/2007, Publicação no DJU de 09/08/2007, p.234)

Grifou-se.

15. Nesses precedentes, considerou-se a indisponibilidade do interesse público como razão suficiente para afastar os efeitos da revelia, sendo oportuno destacar que os precedentes não tratam de matéria tributária. Constata-se que, na perspectiva processual, não se fez diferença entre o prejuízo que o Poder Público poderia sofrer na seara tributária ou relativo a outro ramo do direito. Considerou-se tão somente que o fato de se vincular à Fazenda Pública, por si só, já torna o direito indisponível.

16. Vale destacar, ainda, mais um exemplo de equiparação da cobrança dos créditos não tributários da Fazenda Pública aos créditos tributários. A aplicação analógica do art. 151, II do CTN (possibilidade de suspensão do crédito mediante depósito judicial) aos créditos decorrentes de multas administrativas decorrentes do Poder de Polícia.

17. Nessa perspectiva, cumpre destacar o entendimento da Jurisprudência os quais consideram a possibilidade de depósito judicial de multa administrativa, em razão das semelhanças existentes entre a cobrança do crédito não tributário da Fazenda Pública e a do próprio crédito tributário.

TRIBUTÁRIO - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - DÍVIDA NÃO TRIBUTÁRIA - DEPÓSITO JUDICIAL - FACULDADE DA PARTE COM EFEITOS PRÓPRIOS IMEDIATOS, INDEPENDENTEMENTE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - PRECEDENTES. 1. *A realização de depósito judicial do crédito controvertido, seja de natureza tributária ou não, é direito subjetivo do particular-contribuinte.* 2. *O depósito judicial do valor controvertido é faculdade da parte, que dela pode utilizar-se independentemente de autorização judicial. Tal depósito, então, gera de imediato seus efeitos legais (suspensão da exigibilidade da cobrança, inclusive), independentemente do despacho judicial de conteúdo, que, se houver, é meramente expletivo.* 3. *A cobrança de dívida ativa não tributária segue os mesmos procedimentos de execução previstos na Lei 6.830/80, com as mesmas vantagens e prerrogativas da dívida ativa tributária (LEF, art. 4º, § 2º) - AG 2002.01.00.024673-8/MG, Rel. Juiz Federal Convocado Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJ p.173 de 10/06/2003 e 4. Em consequência, "equiparada à dívida ativa tributária, há que se admitirem aplicáveis as previsões do CTN para suspensão da exigibilidade do crédito (art. 151 do CTN), ainda mais quando efetuado depósito integral do valor discutido, estando plenamente garantida a pretensão da administração." (AGTAG 2008.01.00.042530-2/DF, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p.358 de 20/03/2009). No mesmo diapasão: STJ, RESP 466362, Rel. Min. Luiz Fux. 1ª T., DJ de 15/03/2007. 5. *Aliás, antes mesmo da introdução do novo art. 273 do Código de Processo Civil pela Lei 8.952/94, ou da edição de seu § 7º pela Lei 10.444/02, a jurisprudência desta Corte, na esteira da diretriz consolidada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, já admitia a realização de depósito integral do débito impugnado, em sede de ação ordinária, para suspender a exigibilidade de multa administrativa (AMS nº 1997.01.00.051680-9-MG, Rel. Des. Federal Tourinho Neto, DJU/II de 06.11.1998, p. 171) ou tributária (AG nº 93.01.08417-1-DF, Rel. então Juiz Fernando Gonçalves, hoje Ministro do STJ, DJU/II de 27.05.1993, p. 20.117) ou, ainda, a execução extrajudicial em lide envolvendo o Sistema Financeiro da Habitação (AG nº 1997.01.00.003558-9-MT, Rel. Des. Federal Amílcar Machado, DJU/II de 24.10.1997, p. 89191). Tal orientação, na verdade, garante o legítimo e constitucional acesso à jurisdição e preserva, de outro lado, o direito da parte ex-adversa. Trata-se, pois, de hipótese típica de tutela acautelatória, passível de deferimento não somente na seara tributária. A realização de depósito na forma da Lei 9.703/98 (art. 1º) é, inclusive, mais vantajosa para a Fazenda Pública**

do que a cobrança de débito via execução. 6. Além do mais, a aplicação de normas do Código Tributário Nacional às exações não tributárias não constitui novidade em nosso ordenamento jurídico (CTN, arts. 186, 188 e 192 e LEF, art. 4º, § 2º), mesmo porque a cobrança da dívida ativa não tributária é feita pelo mesmo procedimento, vantagens e prerrogativas da execução da dívida tributária (Lei 6.830/80) 7. Agravo regimental não provido. (Grifos nossos)

(Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Agravo de Instrumento nº 200901000344132, Data da decisão 13/09/2011, Publicação e-DJF de 23/09/2011, p. 266)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIMINAR EM AÇÃO CAUTELAR. REQUISITOS PREENCHIDOS. DEPÓSITO DO VALOR. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE NORMAS TRIBUTÁRIAS. POSSIBILIDADE. 1. Para a concessão de liminar, faz-se necessária a existência concomitante de seus dois requisitos, quais sejam, o perigo na demora e a plausibilidade da tese alegada. 2. Vislumbra-se o periculum in mora ante a possibilidade da autora ter que suportar os efeitos das providências contidas na autuação da ANVISA, acarretando restrições à atividade do contribuinte, bem como o fumus boni iuris diante do posicionamento adotado neste egrégio Tribunal no sentido de admitir o depósito judicial do valor em discussão, quando não se trate de débito tributário, invocando, por analogia, o disposto no art. 151 do CTN, que estabelece, no seu inciso II, como uma das formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o depósito de seu montante integral. Ademais, a LC 104/01, que alterou o Código Tributário Nacional, acrescentando o inciso V ao citado art. 151, passou-se a admitir a suspensão da exigibilidade do tributo até mesmo sem efetivação de depósito, quando concedida medida liminar ou tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial que não o mandado de segurança. 3. *Se o Código Tributário Nacional admite que o depósito do montante integral e a concessão de liminar, em qualquer tipo de ação judicial, têm a faculdade de suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II e V), com tanto mais razão é legítima a suspensão da exigibilidade de crédito fiscal, não-tributário, já que a multa administrativa transforma-se em dívida ativa, equiparando-se a débito tributário, para fins de suspensão de sua exigibilidade. Precedentes desta Corte.* 4. Agravo de instrumento não provido.

(Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Sétima Turma, Rel. Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, Agravo de Instrumento nº 200401000332784, Data da decisão 18/10/2005, Publicação no DJ de 13/01/2006, p. 87)

18. Também é oportuno destacar que a indisponibilidade dos créditos tributários, característica compartilhada pelos créditos não tributários da Fazenda Pública, tem sido adotada como fundamento para impedir que a extemporaneidade de manifestação repercuta em abdicação de valores devidos, característica própria do procedimento de consignação extrajudicial (art. 890, § 2º do Código de Processo Civil). Veja-se o teor do seguinte precedente:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DEPÓSITO. EXTEMPORANEIDADE DA IMPUGNAÇÃO. EXTINÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO PÚBLICO INDISPONÍVEL. SENTENÇA ANULADA.

– *Na sentença, foi considerado quitado o débito e julgada extinta a execução fiscal, sob o fundamento da manifestação extemporânea da Autarquia Previdenciária, quanto à insuficiência do depósito efetuado pela executada à fl. 59 dos autos.*

– *Nos termos do artigo 320, II, do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente nas execuções fiscais, conforme estabelece o artigo 1.º da Lei 6.830/80, mesmo que não haja contestação, não se aplicam os efeitos da revelia, quando o direito posto em discussão for indisponível.*

– *No caso em tela, discute-se direito público indisponível, pois executa-se valores devidos a título de contribuições previdenciárias não pagas no vencimento.*

– *Assiste razão à exeqüente, pois, à fl. 65, foi apresentado cálculo de atualização do débito, demonstrando a insuficiência do valor depositado pela executada à fl. 59. Além disso, a Contadoria Judicial manifestou-se duas vezes, às fls. 71 e 77, ratificando a conta da exeqüente que impugnou os cálculos da executada, apontando a insuficiência do depósito de fl. 59.*

– Não obstante, acolhendo a manifestação da executada de fls. 99/100, o MM Juízo a quo, sentenciou o feito, em fls. 108/110, e, entendendo ser inoportuna a impugnação, considerou o depósito efetuado pela executada, como integral e pleno para satisfazer o débito pleiteado, julgando extinta a execução, com fundamento no artigo 794, I, do Código de Processo Civil.

– Remessa oficial e apelação providas. Sentença Anulada. Determinado o retorno dos autos à Primeira Instância, para prosseguimento do feito.

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Turma Suplementar da Primeira Seção, Rel. Juíza (conv) Noemi Martins, processo nº 96.03.064133-2 AC 333357, data da decisão 21/06/2007)

19. Assim, dada a similitude de tratamentos entre os créditos tributários e não tributários, compreende-se que seria incabível a consignação o depósito extrajudicial para a presente hipótese.

20. Considerando a carência de normatização sobre o assunto e a fim de evitar questionamentos futuros acerca da possibilidade ou não dessa via especial de pagamento, compreende-se que caberá manifestação expressa de recusa no prazo assinalado no § 1º do art. 890 do Código de Processo Civil, qual seja, 10 (dez) dias.

III – CONCLUSÃO

21. Ante o exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União, em atendimento ao contido no Memorando nº 23/2012/PVCPA/PVCP-Anatel, de 22 de maio de 2012, fl. 167, opina no sentido de ser incabível a consignação extrajudicial do crédito em questão, cabendo à Agência, por precaução, a formalização de recusa expressa e explícita na forma prevista e no prazo previsto no art. 890, § 1º, do Código de Processo Civil, asseverando a inadequação desse tipo de procedimento para quitação de créditos da ANATEL, a discordância entre o valor depositado e o valor devido, bem como a recusa no levantamento dos valores depositados.

À consideração superior.

Brasília, 25 de maio de 2012.

TERESA RESENDE MOREIRA

Procuradora Federal

Matrícula SIAPÉ nº 1585068

OAB/DF nº 19.540

DESPACHO Nº /2012/IGP/PFE/PGF/AGU (Sicap _____)

I. De acordo com o Parecer nº 579-2012/TRM/PGF/PFE/ANATEL.

II. Encaminhem-se os autos para análise e aprovação do Procurador-Geral.

Brasília, de de 2012.

Igor Guimarães Pereira

Procurador Federal

Gerente de Procedimentos Fiscais

Matrícula Siapé nº 1585290

OAB-DF 26.702

DESPACHO Nº /2012/VCT/PFE/PGF/AGU (Sicap _____)

I. Aprovo o Parecer nº 579-2012/TRM/PGF/PFE/ANATEL.

II. Encaminhem-se os autos para a origem.

Brasília, de de 2012.

Fernanda Prestes Bussacos

Procuradora-Geral Adjunta

Matrícula Siapé nº 1196259

OAB/DF nº 8.218

201290091471

PARECER Nº 240/2013/JCB/PFE-ANATEL/PGF/AGU
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA
DIÁRIA PELO ÓRGÃO REGULADOR POR
DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR

Júlia de Carvalho Barbosa
Procuradora Federal

PARECER Nº: 240/2013/JCB/PFE-Anatel/PGF/AGU

INTERESSADO: Anatel

ASSUNTO: Multa diária.

EMENTA: Manifestação jurídica de ofício. Revisão de entendimento anterior. Possibilidade de aplicação de pena de multa diária em sede de medida cautelar.

PARECER

I RELATÓRIO

1. Trata-se de análise jurídica acerca da possibilidade de a Anatel aplicar multa diária em face de descumprimento de determinação prevista em medida cautelar.
2. Reconhecendo a importância das medidas cautelares para que, em determinadas situações, se atinja o interesse público e como forma de efetivação das ações regulatórias levadas a cabo pela Anatel, medidas estas inclusive formalmente incentivadas por esta Procuradoria por meio do Parecer nº 1413/2011/DFT/ICL/IGP/LFF/MGN/PFS/PGF/PFE-Anatel, este órgão de consultoria resolveu, de ofício, novamente se debruçar sobre o tema em referência.
3. Como se verá, a conclusão a que se chegou, revendo o entendimento anterior, é pela possibilidade de imposição de multa diária pela Agência em razão do descumprimento de medidas cautelares.
4. É o relatório. Passa-se a opinar.

II FUNDAMENTAÇÃO

5. Insta ressaltar, primeiramente, que, apesar de ser muito comum a utilização da expressão “multa diária”, nem sempre a periodicidade de incidência da multa coercitiva há de ser diária, uma vez que também pode ser horária, semanal, mensal, anual ou até mesmo fixa. Caberá à autoridade competente decidir o que melhor atende às necessidades do interesse público, à luz do caso concreto.

6. Dessa forma, embora o presente Parecer sempre faça referência à expressão “multa diária”, a argumentação expendida é aplicável à multa coercitiva em geral, seja horária, diária, semanal, etc.

II. (a) Do respaldo legal para aplicação de multa diária em sede de cautelar pela ANATEL. Fundamento das medidas cautelares. Teoria dos poderes implícitos. Efetividade da multa diária

7. De início, deve-se ter em mente que a multa diária é uma espécie de multa, uma vez que o seu efeito sobre o administrado é de cunho pecuniário. Deste modo, pode-se afirmar que ela se enquadra na previsão contida no art. 173, II, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), segundo o qual a infração a esta Lei ou às 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, dentre outras, à sanção de multa, aplicável pela Agência, sem prejuízo das responsabilizações de natureza civil e penal.

8. De fato, como se verá ao longo do presente opinativo, o efeito prático da multa diária possui natureza pecuniária, tal qual uma multa ordinária. Ambas resultam, pois, no pagamento de uma quantia certa à Administração Pública em razão do descumprimento de obrigações regulatórias, sejam estas materializadas em contratos de concessão, termos de autorização, regulamentos ou em atos de efeitos concretos expedidos pela Agência, como é o caso da medida cautelar.

9. Dessa forma, tendo a mesma natureza pecuniária, é de se inferir que a multa diária já encontra respaldo legal na própria previsão de aplicação de multa contida no citado art. 173, II, da LGT.

10. De qualquer forma, no caso específico da Anatel, a possibilidade de aplicação de *astreintes* se daria especificamente no âmbito das medidas cautelares, servindo, portanto, de instrumento de coerção do administrado a cumprir determinada obrigação de fazer ou não fazer que se mostre necessária ao interesse público numa dada situação.

11. A possibilidade de aplicação de multa diária pela Agência, portanto, servirá para atribuir efetividade à medida cautelar imposta, ante o eventual descumprimento perpetrado pelo ente regulado. A previsão de

multa diária por descumprimento da medida forçará o administrado a observar e a cumprir a medida cautelar, nos termos e prazos tais quais impostos pela Administração.

12. Pode-se afirmar, em suma, que a aplicação da multa diária é um meio para garantir efetividade às medidas cautelares, servindo como instrumento de coerção para que o administrado cumpra a obrigação imposta pela Agência naquele específico caso concreto.

13. Acerca das medidas cautelares esclarece-se que são instrumentos expressamente previstos na legislação ordinária (art. 45 da Lei nº 9.784/99 e art. 175, parágrafo único, da LGT) e no art. 72 do Regimento Interno da Anatel, podendo ser adotados em casos de risco iminente, antes ou durante o curso de um processo administrativo, para evitar a lesão e sem prévia manifestação do interessado. Nesse sentido, vale citar os seguintes trechos do Parecer nº 1413/2011/DFT/ICL/IGP/LFF/MGN/PFS/PGF/ PFE-Anatel, que, registrando a importância das medidas cautelares, abordam sua natureza e seu procedimento, *in verbis*:

334. A medida cautelar é um instrumento previsto na Lei n.º 9.784/1999 (artigo 45), na Lei Geral de Telecomunicações (artigo 175, parágrafo único), no Código de Defesa do Consumidor (artigo 56, parágrafo único) e no Regimento Interno da Anatel (artigo 72, parágrafo único), que tem por finalidade assegurar maior eficácia às decisões da Agência nos casos em que eventual demora processual inviabilize a reparação efetiva, a reconstituição do bem lesado ou, enfim, o resultado útil do processo.

335. Veja-se, a esse respeito, o que dispõem os referidos dispositivos:

LPA

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

LGT

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

CDC

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

omissis

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

RIA

Art. 72. Nenhuma sanção administrativa será aplicada, a pessoa física ou jurídica, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento administrativo instaurado para apurar eventual infração a leis, regulamentos, normas, contratos, atos e termos de autorização.

Parágrafo único. No curso do procedimento ou, em caso de risco iminente, antes dele, a Agência poderá, motivadamente, adotar medidas cautelares estritamente indispensáveis para evitar a lesão, sem a prévia manifestação do interessado.

336. Como se pode ver, a medida cautelar pode ser imposta tanto antes como, também, no curso de procedimento administrativo.

337. Destaque-se que a medida cautelar não se confunde com a sanção em si. Na verdade, a medida cautelar integra o chamado poder de polícia da Administração Pública, por meio do qual a atividade estatal condiciona a liberdade e a propriedade individuais, ajustando-as aos interesses da coletividade.

[...]

340. Frise-se que o descumprimento de uma medida cautelar imposta pela Agência enseja, sem dúvida, a aplicação de uma sanção, já que se trata de ato administrativo de efeito concreto expedido pela Agência (artigo 1º da minuta do Regulamento de Sanções).

[...]

II.(b).10.2.Da importância da utilização das medidas cautelares como forma de efetivação das ações regulatórias.

346. Ainda quanto às medidas cautelares, insta consignar que o Tribunal de Contas da União já se manifestou favoravelmente à aplicação de tais medidas, de modo a conferir maior efetividade à atuação da Agência. Nesse sentido, vale citar os seguintes trechos do acórdão nº 2109/2006 daquele Tribunal:

Relatório do Ministro Relator:

[...]

430. O segundo estudo de caso ensina que é possível obter maior efetividade nos processos sancionatórios, caso haja ações de monitoramento pela Agência, com fiscalizações consecutivas para verificar a correção por parte das empresas de desconformidades verificadas e para as quais foram abertos PADOs, caracterizando a reincidência do problema e ensejando o agravamento das multas ou novas multas, quando as desconformidades não tiverem sido solucionadas.

A utilização das medidas cautelares apresenta maior efetividade que os PADOs para correção dos descumprimentos encontrados

431. Destaca-se que não somente os PADOs compõem o universo de medidas sancionatórias, também está previsto na regulamentação a possibilidade de adoção de medidas cautelares pela Anatel. As medidas cautelares se mostram mais efetivas de que os PADOs. Porém só devem ser usadas em caráter de urgência com o objetivo de evitar, interromper ou reparar danos causados aos usuários.

432. Conforme artigo 175 da LGT, nenhuma sanção será tomada sem a oportunidade de ampla defesa, exceto medidas cautelares

urgentes. O parágrafo único do Artigo 72 do Regime Interno da Anatel estabelece:

Parágrafo Único. No curso do procedimento, ou em caso de risco iminentes antes dele, a Agência poderá, motivadamente, adotar medidas cautelares estritamente indispensáveis para evitar a lesão, sem a prévia manifestação do interessado

433. A adoção de medida cautelar não encerra ou impede a abertura do processo de PADO decorrente, que seguirá seu trâmite normal, podendo a seu término resultar em sanções complementares às empresas.

434. O objetivo das medidas cautelares, em especial aquelas relacionadas às questões de qualidade na prestação dos serviços, é promover a correção ou suspensão dos atos das prestadoras que afetam direta ou indiretamente os usuários, caracterizando-se pela urgência de evitar danos ou lesões ainda maiores aos usuários, pela má qualidade ou desconformidade às normas na prestação do serviço.

435. Assim, em casos urgentes, a Anatel dispõe de instrumento para coagir as empresas a prestarem o serviço com qualidade em um curto prazo, sem ter que esperar a conclusão dos PADOs, que conforme relatado nos itens 434 a 455 deste relatório é bastante demorado. O descumprimento dos termos das medidas cautelares pode ensejar a aplicação de multas às prestadoras.

436. Através de pesquisas no sítio da Anatel e da análise das informações fornecidas pela Agência, foi observado que a Anatel vem utilizando o instrumento das medidas cautelares em várias situações relativas à qualidade, à defesa da concorrência ou às infrações aos normativos.

437. Alguns exemplos de medidas cautelares relativas à qualidade adotadas pela Anatel são:

- Medida cautelar suspendendo a comercialização e ativação de novas estações de usuários da Vivo (operadora de SMP) no Distrito Federal a partir de 14 de maio de 2004, devido a interrupção do serviço que afetou 150 mil usuários, e

determinando o ressarcimento aos usuários prejudicados, podendo ensejar multa de R\$ 10 milhões em caso de descumprimento dos termos da medida cautelar. Essa medida cautelar foi suspensa em 19 de maio de 2004, em face da verificação por parte da Anatel de melhorias nas condições da prestação do serviço;

- Medida cautelar em desfavor da Embratel (Operadora de Telefonia de Longa Distância) determinando o ressarcimento aos usuários que efetuaram reclamações procedentes no período de 01 de janeiro a 30 de setembro de 2000 e outras ações relativas à tarifação e tratamento das contas telefônicas. Além das reclamações dos usuários, essa medida cautelar foi motivada pelo descumprimento do indicador referente a número de contas com reclamação de erro por nove meses em valores quatro vezes superiores à meta estabelecida.

438. Observa-se dos exemplos acima que as medidas cautelares apresentam maior tempestividade em relação aos PADOs, e que as determinações dessas medidas beneficiam diretamente os usuários e incentivam (obrigam) as prestadoras a tomarem medidas rápidas e efetivas para corrigir os problemas encontrados, como verificado na suspensão da comercialização da operadora Vivo, que, no caso supracitado, em 5 dias resolveu os problemas encontrados.

439. A medida cautelar é um importante instrumento para obrigar as empresas a (re)estabelecer as condições mínimas de qualidade aceitáveis para a prestação do serviço. No entanto, a recorrente utilização de medidas cautelares significa que a prestação do serviço se encontra em níveis críticos que obrigam a adoção pela Anatel de medidas urgentes, e que os mecanismos sancionatórios, como PADOs e outros descritos neste relatório, não lograram êxito na solução do problema.

440. Cabe ressaltar, entretanto, o aspecto educativo da aplicação de medidas cautelares, pois as operadoras sabem que a Anatel dispõe desse instrumento para punir as empresas de forma rápida através de multas, definição de valores a serem ressarcidos aos usuários, interrupção de comercialização dos serviços, entre outras medidas.

A utilização de outras medidas coercitivas deve ser reforçada

441. A LGT estabelece que compete à Anatel adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público, incluindo neste a defesa dos direitos dos usuários e a prestação do serviço com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários.

442. A Anatel dispõe de medidas alternativas aos PADOs e às medidas cautelares, que podem incentivar as empresas a buscarem a melhoria da qualidade da prestação dos serviços. Embora não sejam sancionatórias, essas medidas alternativas podem contribuir para o aprimoramento na prestação dos serviços, pois direta ou indiretamente exigem ações das prestadoras para melhoria da qualidade.

[...]

Voto do Ministro Relator

[...]

Relatório e Voto do Ministro Revisor

[...]

31. Do mesmo modo, a determinação para a adoção de medidas cautelares por parte da Agência, sempre que se verificar o descumprimento, pelas operadoras, de direitos que afetam significativa parcela de usuários dos serviços (subitem 9.1.4.6 da proposta constante do voto revisor) não inova em seus fundamentos, pois se encontra embasada nos próprios achados e estudos elaborados pela Sefid. Nesse sentido, basta ver que recebeu um tópico específico no relatório de auditoria (parágrafos 431 a 440). Na oportunidade, destacou-se, inclusive, a efetividade das medidas cautelares em um dos precedentes exemplificados, como quando foi adotada pela Anatel “medida cautelar suspendendo a comercialização e ativação de novas estações de usuários da Vivo... no Distrito Federal a partir de 14 de maio de 2004, devido a interrupção do serviço que afetou 150 mil usuários, e determinando o ressarcimento aos usuários prejudicados...”.

32. Entendo que medidas como as agora alvitradas, antes de serem determinadas ou encomendadas pelo TCU, já poderiam fazer parte da agenda de compromissos da Anatel e das próprias operadoras de telefonia, visando ao processo de melhoria da qualidade percebida pelos usuários.

[...]

Voto Complementar

[...]

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste colegiado:

[...]

9.7. determinar à Sefid que:

[...]

9.7.1.2. a verificação da viabilidade e da efetividade de a Anatel adotar as seguintes medidas, propondo, oportunamente, se for o caso, determinações ou recomendações de modo a atendê-las:

[...]

d) “[...] utilização de medidas alternativas aos PADOs, como a criação e divulgação de ranking mensal de qualidade dos serviços de telefonia e de reclamações, segundo dados da Anatel (hoje já existente), daqueles obtidos junto aos call centers das empresas de telefonia e dos disponibilizados pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, bem como a adoção das medidas cautelares previstas nos arts. 175 da LGT e 72 do Regimento Interno, dentre outras alternativas possíveis, visando garantir a qualidade na prestação dos serviços e a elevação dos seus padrões, considerando o efeito indutor imediato que as referidas medidas podem propiciar”(com relação aos trechos grifados - cf. item 89 do Voto Revisor e subitem 9.2.3.1 da minuta de acórdão apresentada pelo Ministro-Revisor);

[...]

g) “obrigação de avaliar a *imediata adoção de medidas cautelares sempre que se verificar o descumprimento, pelas operadoras, de direitos que afetam significativa parcela de usuários dos serviços, de maneira a garantir maior rapidez e efetividade na correção de irregularidades verificadas em relação à qualidade da prestação dos serviços de telefonia aos usuários, sem prejuízo da instauração do PADO correspondente, e do conseqüente agravamento da sanção que eventualmente venha a ser aplicada neste PADO*, de forma semelhante ao que prevê o art. 15 do atual Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas” (cf. itens 90 a 93 do Voto Revisor e subitem 9.1.4.6 da minuta de acórdão apresentada pelo Ministro-Revisor);

[...]

Acórdão

[...]

9.2.6.3. dever de avaliar a imediata adoção de medidas cautelares sempre que se verificar o descumprimento, pelas operadoras de telefonia, de direitos que afetam significativa parcela de usuários dos serviços, de maneira a garantir maior rapidez e efetividade na correção de irregularidades verificadas em relação à qualidade da prestação dos serviços de telefonia aos usuários, sem prejuízo da instauração do PADO correspondente, e da conseqüente possibilidade de agravamento da sanção que eventualmente vier a ser aplicada, de forma semelhante ao que prevê o art. 15 do atual Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas;

[...] [grifo nosso]

347. Note-se, aliás, que, na ocasião, o Tribunal de Contas da União ressaltou a importância não só de medidas cautelares, mas também de outras medidas que, de um modo geral, conferem maior efetividade às ações da Agência.

14. De todo o exposto, nota-se que a adoção de cautelar garante uma maior efetividade da medida administrativa, devendo ser usada em

caráter de urgência com o objetivo de assegurar o interesse público num dado caso concreto.

15. É incontestável a existência de previsão legal que autoriza a Anatel a adotar medidas cautelares, conforme demonstrado na LGT e na LPA. A possibilidade de aplicação da multa diária, por sua vez, além de contida no art. 173, II, da LGT, ainda que implicitamente, decorre do poder geral de cautela da Agência e fundamenta-se também na teoria dos poderes implícitos.

16. Acerca dessa teoria, citamos a clássica obra¹ de Carlos Maximiliano, que afirma, *ipsis litteris*:

Bem antiga é a obra de Thibaut, de 1799, e já prescrevia o hermeneuta ao considerar o fim colimado pelas expressões de Direito, como elemento fundamental para descobrir o sentido e o alcance das mesmas.

Não se compreenderia preceito algum sem ascender à respectiva série causal; mas não haveria necessidade de compreendê-lo, se o seu destino não for atuar sobre a vida e correr uma linha fecunda de efeitos.

Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíram a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical.

Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei; o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. *A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida.* (grifou-se)

1 *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Forense, p. 124/125.

17. No mesmo sentido, como não poderia deixar de ser, já que o Direito deve ser visto como um todo harmônico e indissolúvel, aponta o princípio dos poderes implícitos ou *implied powers*, aclarado por Marshall, juiz da Suprema Corte Americana, nos seguintes termos ²:

Legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não estejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais.

18. Desta forma, percebe-se que ao exercício de qualquer função pública são consignados os correlatos poderes instrumentais imprescindíveis para a consecução dos fins almejados pela norma que atribuiu ditas funções, devendo a interpretação do sistema jurídico ser feita de forma a não frustrar a satisfação da função pública atribuída pelas aludidas normas³.

19. Ante o exposto, infere-se que as referências legislativas e contratuais ao poder/dever de fiscalização e regulação por parte da Anatel devem ser interpretadas no sentido de que possuem suficiente densidade normativa para permitir que a função reguladora que lhe foi atribuída pela Constituição Federal seja eficazmente desempenhada, devendo ser utilizados todos os meios lícitos a ela inerentes e necessários. Ou seja, é ínsita à condição de prestador delegado de serviço público a sujeição à fiscalização e à regulação do Poder Concedente, devendo, para isto, ser disponibilizado todo o instrumental necessário e intrínseco à assunção da aludida sujeição, sob pena de se chegar à absurda situação de termos um serviço público delegado sem que a Administração tenha condições de zelar por ele⁴.

2 In *Introducción al Estudio del Derecho Publico Anglosajón*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 57.

3 A teoria dos poderes implícitos é de longa data reconhecida pelo STF. Como exemplo, podemos citar o emblemático RE de nº 76.629/RS em que o Ministro Aliomar Baleeiro afirmou que “se o legislador quer os fins, concede os meios [...] se a L. 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir, aí não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de standards jurídicos de caráter técnico, a que se refere Stati”.

4 Miguel Reale leciona que “se há algo que caracteriza a Ciência do Direito de nossos dias é a opção pelos modelos jurídicos abertos, os quais deixam amplo campo de decisão a cargo dos juízes e administradores como aplicadores das leis, por se reconhecer que a complexidade e dinamicidade do mundo contemporâneo não comporta uma legislação cerrada, na qual tudo já se encontra previsto e disciplinado, nem juízes desprovidos de participação criadora.” (in *Questões de Direito Público*, Ed. Saraiva, 1997, págs. 76/77).

20. De outro lado, a interpretação da Constituição deve ser feita de forma a conferir unicidade aos seus preceitos, de modo a se eliminar as aparentes contradições entre eles. Isso significa que, uma vez assegurado o cumprimento das garantias individuais (ampla defesa, contraditório, proporcionalidade, motivação, etc), em função das quais, em realidade, existem todos os princípios relacionados, deve ser resguardada a possibilidade, com os meios a ela inerentes, de o Estado garantir a finalidade pública dos seus atos e cumprir a função para a qual existe.

21. Deste modo, dentro do raciocínio esposado pela teoria dos poderes implícitos, se à Anatel foi conferida, inclusive pela Constituição Federal, poderes para regular e fiscalizar o setor de telecomunicações, bem como para adotar medidas cautelares, não pode ela ser privada dos poderes instrumentais necessários para o desempenho de tais funções, sob pena de contradição da própria Constituição Federal e colapso do sistema vigente, em prejuízo do consumidor do serviço.

22. Ora, se a Anatel tem, como demonstrado, o poder para adotar medida cautelar, tem também o poder referente às medidas instrumentais e acessórias necessárias à sua aplicação. Em outras palavras, ter o poder de impor medida cautelar significa que a Agência, implicitamente, também está autorizada a adotar providências que garantam a sua efetividade, tais como a imposição de medida coercitiva ao ente regulado.

23. Na verdade, fica ainda mais claro que as medidas cautelares devem ser acompanhadas de multa diária quando se observa que elas consubstanciam instrumentos expressamente previstos na legislação e que se coadunam perfeitamente com o próprio art. 19 da LGT, que aduz competir à Agência adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

24. Além disso, deve-se registrar que a medida cautelar é adotada diante de situações urgentes, de risco iminente, de modo que a tempestividade do seu cumprimento é de fundamental importância para a efetividade da medida. Com efeito, a aplicação de multa diária pelo descumprimento da cautelar representa um instrumento lícito a compelir o administrado a cumprir a determinação da Agência, conferindo eficácia à sua decisão.

25. Frise-se que o descumprimento de uma medida cautelar imposta pela Agência enseja, sem dúvida, a aplicação de uma sanção, já que se

trata de ato administrativo de efeito concreto expedido pela Agência, conforme consta, inclusive, no art. 1º do Regulamento de Sanções da Anatel, aprovado pela Resolução nº 589/2012⁵.

26. De fato, a multa diária garante a efetividade que se espera de uma medida cautelar, assegurando que se lhe dê pronto cumprimento. Assim, considerando sua importância para garantir o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, verifica-se que se trata de instrumento amplamente utilizado, tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário, e previsto no ordenamento jurídico brasileiro em diversas situações, como, por exemplo, no caso do Código de Processo Civil, art. 461, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, art. 84, §§ 3º e 4º, e também da Lei nº 11.934/2009, que, inclusive, se refere ao próprio setor de telecomunicações:

CPC:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

CDC:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

5 Este Regulamento estabelece parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas por infrações à Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e demais normas aplicáveis, bem como por inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão, dos atos de designação ou dos atos e termos de permissão, de autorização de serviço, de autorização de uso de radiofrequência, de direito de exploração de satélite, ou ainda dos demais atos administrativos de efeitos concretos expedidos pela Agência.

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º *O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.* [grifei].

[...]

Lei nº 11.934/2009:

Art. 18. O descumprimento das obrigações estabelecidas por esta Lei sujeita as prestadoras de serviços de telecomunicações e as prestadoras de serviços de radiodifusão à aplicação das sanções estabelecidas no art. 173 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput deste artigo, será ainda aplicada a sanção de multa diária.

27. Acerca do conceito e da função da multa diária, é de bom alvitre destacar as lições de Fredie Didier Jr., no seguinte sentido:

A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às *astreintes* do direito francês. Por ser uma medida coercitiva indireta, a multa está relacionada com as decisões mandamentais. Ela é, talvez, a principal, porque mais difundida, medida de coerção indireta, mas não é a única.

[...]

*A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação. Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento.*⁶ [grifei].

6 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 5, p. 451.

28. Depreende-se dos trechos em destaque acima que a multa diária realmente revela-se como um meio, um instrumento de viabilização do adimplemento da conduta do devedor/infrator. Como nos ensina ainda Fredie Didier Jr., trata-se de *“uma técnica de coerção psicológica do devedor”*.

29. Com efeito, cumpre esclarecer que as multas diárias previstas nos citados arts. 461 do CPC e 84 do CDC referem-se, especificamente, aos processos judiciais. No entanto, como demonstrado, encontrando respaldo próprio no ordenamento jurídico, também são aplicáveis no âmbito da Anatel, por meio de sistemática semelhante que cumpre exatamente a mesma função, qual seja, a de forçar o cumprimento de determinadas obrigações necessárias ao interesse público num dado caso concreto.

30. Acerca da possibilidade jurídica de aplicação de multa diária pela Anatel, cumpre informar, ainda, que no Processo nº 53500.020772/2005, que analisou a proposta de alteração do Regulamento de Sanções (Consulta Pública nº 22/2010), consta contribuição do Ministério Público Federal – MPF que trata do assunto. O MPF, na ocasião, por meio do Ofício nº 259/2010-GT/Telefonia/3ª Câmara/MPF, de 05.10.2010, recomendou à Anatel a adoção de medidas cautelares e consignou, em sua recomendação, que, “em caso de descumprimento, deverá implicar em multa diária”, sugerindo, portanto, que as multas coercitivas fossem utilizadas a fim de dar efetividade às medidas cautelares.

31. Salienta-se ademais, que a Anatel já vem adotando em sede de cautelar sistemática equivalente à da aplicação de multa diária. Com efeito, quando da aplicação de sanção em PADOs, é levado em consideração o período em que ocorreu o descumprimento da cautelar, o que enseja a possibilidade de se calcular o valor de multa aplicada por período de descumprimento.

32. A Agência também já vem regularmente praticando medida similar à multa diária em algumas cautelares, como ocorreu no processo nº 53500.015738/2012, por meio do Despacho nº 4.789/2012-PVCPA/PVCP/SPV, de 18.07.2012, publicado no DOU de 20.07.2012. Do mesmo modo, adotou a referida sistemática em outras cautelares semelhantes, por meio dos Despachos nº 4.783/2012-PVCPA/PVCP/SPV (TIM) e nº 4.787/2012-PVCPA/PVCP/SPV (Claro), todos relacionados à determinação de suspensão de ativação de novos acessos de Serviço Móvel Pessoal – SMP das operadoras.

33. Recentemente, no mesmo sentido, foi exarado, no bojo do processo nº 53500.004498/2013, o Despacho nº 1.370/SPV/SCM, de 28.02.2013, publicado no DOU de 01.03.2013, por meio do qual, determinando-se a desocupação de subfaixas de radiofrequência, se estipulou multa por dia de atraso no cumprimento.

34. Cumpre repisar que, apesar de a sistemática adotada pela Agência nos despachos citados não configurar, a rigor, multa diária propriamente dita, tem-se o mesmo efeito prático e jurídico desta última. Ali, deve-se falar, na verdade, em multa a ser aplicada nos autos de um processo sancionador específico, que considerará, como critério de cálculo da multa, os dias de descumprimento da cautelar e o valor de multa por dia de descumprimento já fixado *a priori*, o que acaba correspondendo à aplicação de uma multa diária, o que, como visto é plenamente possível.

II. (b) Da observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório no procedimento de aplicação da multa diária

35. Impende salientar, ainda, que, conforme será demonstrado, não há que se falar em desrespeito à ampla defesa e ao contraditório, no caso de aplicação de multa diária pela Anatel. Isso porque, será instaurado procedimento próprio que oportunizará à parte se manifestar sobre a eventual constatação pela Anatel de descumprimento da medida cautelar, assim como ocorre nos PADOS. Além disso, a multa diária somente será aplicada ao administrado após o término do referido processo, instaurado especificamente para esse fim.

36. Em suma, pode-se dizer que o procedimento para a aplicação da multa diária se dará da seguinte forma: após a apuração da cautelar, constatado o seu descumprimento, será aberto um processo administrativo, em que a parte terá a oportunidade de se manifestar. *É dizer, para a aplicação da multa diária, será instaurado procedimento próprio pela Agência, que observará todos os trâmites legais inerentes ao processo administrativo*, como, por exemplo, notificação para defesa, prazo para interposição de recurso, etc., da mesma forma que ocorre em um PADO.

37. *Nota-se, portanto, que a aplicação de multa diária não prejudicará a ampla defesa e o contraditório.*

38. Ademais, só haverá a cobrança da multa após decorrido todo o trâmite desse processo, o que afasta qualquer argumento de que a

prestadora já sofreria os efeitos práticos da multa diária sem prévia possibilidade de se manifestar.

39. O processo para aplicação da multa diária diferencia-se do PADO apenas na medida em que para a aplicação da multa diária já estarão traçados os parâmetros do cálculo da multa desde o início. Explica-se.

40. A própria notificação da medida cautelar já conterá a descrição da obrigação imposta, o prazo razoável estipulado pela Agência para o seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada em caso de descumprimento.

41. Uma vez verificado pela fiscalização da Anatel o descumprimento da obrigação contida na medida cautelar, a parte interessada será notificada, no bojo de processo administrativo próprio, para se defender de tal constatação, ocasião em que exercerá seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

42. *Assim, embora a sanção da multa diária incida a partir do primeiro dia de atraso no cumprimento da obrigação, sem necessidade de nova notificação para tanto, ela só será definitivamente constituída e cobrada após o devido trâmite legal do processo administrativo, o que envolve inclusive o julgamento de eventual recurso pelo Conselho Diretor da Agência.*

II. (c) Da observância dos princípios da transparência, publicidade e proporcionalidade

43. A aplicação de multa diária por descumprimento de cautelar está alinhada ao entendimento de que é perfeitamente possível que a Anatel leve em consideração o período de descumprimento da medida cautelar por ela estabelecida como um dos parâmetros para aplicação da respectiva sanção. É dizer, tendo em vista a periodicidade inerente à multa diária, quanto maior for o tempo que o infrator levar descumprindo a cautelar, maior será a multa a ele aplicada no final.

44. Na verdade, quando da aplicação das multas de modo geral pela Agência, o critério da proporcionalidade já impõe que se considere o tempo de descumprimento. O próprio Regulamento de Sanções, em seu art. 18, consagra tal entendimento quando determina que se considere, dentre outros, o período de duração da infração na determinação do valor-base da multa a ser aplicada pela Agência.

45. Pode-se afirmar ainda que a multa diária reforça os princípios da publicidade e da transparência, pois possibilita o prévio conhecimento pelo administrado, de forma objetiva, das consequências de eventuais descumprimentos às determinações da Agência. Isso porque, o valor total a ser pago a título de multa diária é resultado de um cálculo simples e objetivo: *multa final = dias multa x valor da multa*.

46. O administrado já tomará ciência do valor fixado para multa diária no momento em que for notificado da medida cautelar imposta. Deste modo, estará ciente desde o início da medida que, para cada dia de descumprimento das obrigações previstas na cautelar, lhe será imposta aquela pena de multa, em determinado valor já expressamente estabelecido.

47. *Tendo em vista toda a fundamentação jurídica exposta neste opinativo, pode-se afirmar que a aplicação de multa diária em sede de cautelar pela Anatel é juridicamente possível, ainda que inexista previsão legal expressa, salvo no caso da Lei nº 11.934/2009, em seu art. 18, que, como visto, dispõe expressamente sobre a utilização de multa diária por parte da Anatel para os casos nela previstos (limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos).*

II. (d) Dos critérios e procedimentos a serem observados quando da aplicação da multa diária

48. Uma vez consignada a possibilidade de aplicação de multa diária pela Anatel, por descumprimento de suas medidas cautelares, algumas considerações merecem ser tecidas a fim de orientar a Administração sobre como proceder quando da utilização de tal instrumento.

49. Pois bem.

50. Primeiramente, na própria medida cautelar já deve constar, no mínimo, a descrição da obrigação imposta, o prazo razoável estipulado pela Agência para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada pelo seu descumprimento.

51. O valor da multa diária, por sua vez, deverá observar a gravidade das eventuais faltas e extensão do dano ou prejuízo causado ao bem jurídico tutelado e ser fundamentado pela Agência, nos termos do art. 22 do Regulamento de Sanções.

52. Por fim, acerca do momento de incidência da multa diária, tem-se que a intenção é a de estabelecer que ela incida a partir do primeiro dia do descumprimento da obrigação, *sem que seja necessária nova notificação do infrator para tanto*, o que se coaduna perfeitamente com o entendimento desta Procuradoria, constante do Parecer nº 110/2010/CBS/ICL/LBC/PFS/PGF/PFE-Anatel:

II.(e).2.Momento de incidência da multa: desnecessidade de notificação.

165. Argumenta a BRASIL TELECOM a nulidade do procedimento de apuração das multas cominatórias na execução do TCAC, por violação ao devido processo legal, aduzindo que o *iter* procedimental a ser seguido pela ANATEL deveria, necessariamente, ter observado as seguintes etapas: (i) intimação prévia do compromissário; (ii) intimação formal das supostas irregularidades encontradas, (iii) realização de nova diligência para verificar se houve regularização; (iv) fluência da multa cominatória, caso não seja efetuada a regularização ou esclarecimento.

166. Nessa toada, a Concessionária realizou Consulta ao Professor Carlos Ari Sundfeld, formulando quesitos acerca do procedimento de apuração das obrigações decorrentes do cumprimento do TAC, dentre as quais, se “A ANATEL poderia propor a aplicação de multas por descumprimento do TCAC antes de intimar a compromissária a respeito das supostas irregularidades encontradas na fiscalização”. Em resposta à consulta formulada, restou concluído às fls. 12353 dos autos, *in verbis*:

Não. A ausência de intimação imediata da compromissária, quando da constatação de supostas irregularidades, constitui nulidade grave evidente. A ANATEL deveria ter intimado a consulente a respeito de cada suposta irregularidade, *para que esta tivesse oportunidade de esclarecer a situação ou mesmo regularizar eventual falha*, antes da incidência da multa. (Lei de Processo Administrativo Federal, arts. 28 e 39). É esse o procedimento necessário quando se trata de apuração de irregularidades que demandam a aplicação de multa de cunho cominatório, *pois apenas assim o compromissário, que ofereceu uma prestação a seu ver capaz de quitar seu débito, é devidamente constituído em mora*, com a recusa formal da prestação que ofereceu. [grifo nosso]

167. *Data venia* o entendimento do Professor Carlos Ari Sundfeld, espelhado no parecer juntado às fls. 12.322/12.356 dos autos, carece de fundamento jurídico a construção doutrinária encetada, conforme se passa a demonstrar.

168. De início, é oportuno destacar que a multa cominatória prevista no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 possui natureza diversa daquela prevista no Código de Processo Civil. Sem embargo de ambas possuírem um caráter instrumental, a multa estipulada em sede de TAC tem cunho obrigacional, decorre da vontade das partes acordantes, tem como causa jurídica a efetividade do acordo pactuado, e, destarte, natureza extraprocessual. Noutro viés, a multa prevista no art. 461 do CPC⁷, fixada pelo juiz, independentemente da vontade das partes, tem como causa jurídica a satisfação do direito consubstanciado em um título executivo levado ao conhecimento do Poder Judiciário mediante ação específica, tendo, portanto, natureza processual.

169. O art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, ao prever o termo de ajustamento de conduta como um instrumento extrajudicial de efetivação dos direitos em sua dimensão coletiva, e nesse contexto, cominações instrumentais ao direito que visa proteger, não conferiu maior densidade normativa ao instituto da multa cominatória extraprocessual, formando-se um aparente vácuo legislativo, posto que ausente na citada lei qualquer delineamento jurídico específico sobre o tema.

170. Contudo, em razão da natureza contratual das cominações previstas extrajudicialmente, o regime jurídico aplicável, à falta de disposições legais específicas, é o previsto no Código Civil,

7 Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

derrogado por algumas normas de direito administrativo, em razão da natureza de direito público de uma das partes envolvidas no acordo (ANATEL).

171. Por ausência de similitude entre a multa prevista no CPC (de caráter processual) e a multa fixada no TAC celebrado (de caráter contratual – extraprocessual), não há respaldo jurídico às alegações da BRT quanto à necessidade de notificação da Compromissária como pressuposto de incidência da multa cominatória. Vejamos.

172. O *inadimplemento* das obrigações estipuladas no Termo de Ajustamento de Conduta firmado *constituiu, ipso iuri, a BRT em mora, acarretando, como consequência automática, a imediata incidência da multa cominatória* dantes represada, para o cumprimento de seu papel persuasivo na adequação do comportamento do Compromissário à prestação ajustada.

172. Cumpre coligir prescrição expressa nesse sentido, contida no Código Civil, *in verbis*:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

173. Observa-se que o termo *a quo* da fluência da multa possui nexó relacional com o inadimplemento da obrigação acordada, ou, ainda, com a constituição em mora do obrigado, que é o efeito jurídico do estado fático da inadimplência.

174. A multa, como medida coercitiva, permanece em estado de latência até que, eventualmente, sobrevenha o termo final da obrigação e seu inadimplemento. É nesse momento (com a mora), e independentemente de qualquer ato volitivo do credor, que a eficácia da multa é liberalizada para produzir seus efeitos no mundo jurídico.

175. Destaca-se nessa toada, a doutrina de Silvio de Salvo Venosa⁸, afirmando a desnecessidade de notificação para constituição em mora do devedor nas obrigações com prazo determinado:

8 VENOSA. Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 340/341.

Quando a obrigação é líquida e certa, com termo determinado para o cumprimento, o simples advento do dies ad quem, do termo final, constitui o devedor em mora. É a mora ex re, que decorre da própria coisa, estampada no caput do art. 397 do atual código [...]. Na aplicação da mora ex re, tem aplicação a regra dies interpellat pro homine. O simples advento do dia do cumprimento da obrigação já interpela o devedor. [grifo nosso].

176. A certeza de uma obrigação é aferível quando “*perfeitamente identificada e individualizada em seus elementos constitutivos subjetivos e objetivos*, ou seja, (a) quanto aos *sujeitos* ativos e passivos da relação jurídico-material, (b) quanto à natureza de seu *objeto* e (c) quanto à *identificação e individualização deste*”.⁹

177. Por outro lado, a *liquidez* pode ser entendida como “o *conhecimento da quantidade de bens devidos ao credor*. Uma obrigação é líquida (a) quando já se encontra *perfeitamente determinada* a quantidade dos bens que lhe constituem o objeto; ou (b) quando essa quantidade é *determinável* mediante a realização de meros cálculos aritméticos [...] O estado de determinação da quantidade de bens devidos resulta desde logo do título que representa o direito ou mesmo lhe dá origem, ou será atingido mediante as providências inerentes ao processo de liquidação.”¹⁰

178. Por fim, é de *prazo determinado* a obrigação, quando o prazo estipulado para cumprimento é previamente preestabelecido e conhecido pelas partes.

179. Consoante delineado acima, a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta estabeleceu *obrigações certas* – identificação e individualização objetiva e subjetiva da prestação consistente na implementação de postos de atendimento pessoal ao usuário e na identificação da Compromissária (BRT) e da Compromitente (ANATEL) –, *líquidas* (quantidade preestipulada de postos a serem implementados) e com *prazo determinado* (metas trimestrais, de acordo com o cronograma previamente estabelecido).

9 DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 210.

10 Idem. *Ib idem*, p. 213.

180. Nesse sentido, tendo em vista que as obrigações constantes do TCAC reuniam os requisitos exigidos para a constituição da *mora ex re*, inexistia a necessidade de notificação do devedor para constituição do estado moratório. Dito isto, o mero decurso do prazo sem a satisfação da obrigação pactuada teve o condão de produzir os efeitos jurídicos do inadimplemento, quais sejam: a) estado de insatisfação da obrigação principal; b) responsabilidade civil pelos prejuízos causados pela mora, c) *incidência imediata da multa cominatória como medida assecuratória da obrigação principal*.

181. É nesse sentido que, de forma imperativa, preleciona *Cândido Rangel Dinamarco*¹¹, sobre o momento de incidência da multa cominatória, atrelando-a ao vencimento do prazo para cumprimento da obrigação, *in verbis*:

A incidência das multas periódicas principia no momento em que o obrigado começa a descumprir, desatendendo ao que lhe houver sido determinado. Esse momento será o do vencimento do prazo.

182. Ora, a incidência da multa como mecanismo assecuratório da obrigação principal para se mostrar eficaz e cumprir a finalidade para o qual fora concebido deve observar, necessariamente, dois requisitos: a) não ficar o valor respectivo sujeito a limite prefixado, que coincida com o da obrigação; b) aplicar-se desde logo, uma vez descumprida a obrigação.

183. Com efeito: se se adota o alvitre de deferir a incidência da multa para momento posterior à infração do acordado, é óbvio que se está concedendo à Concessionária, *a priori*, uma espécie de "anistia" com relação ao período que eventualmente decorra entre o não-cumprimento e a comprovação da satisfação da obrigação. Observa-se que, nesse caso, sendo deferido um contraditório prévio à incidência da multa, o seu termo inicial restaria condicionado à livre vontade da BRT, que poderia, simplesmente, impugnar toda a fiscalização como forma de protrair, para momento futuro, a incidência da multa cominatória, restando esvaziado, dessa forma, todo o seu escopo coercitivo.

184. Inclusive, essa atitude temerária foi adotada pela BRT no curso do procedimento de averiguação de cumprimento das obrigações,

11 Idem. *Ib idem*, p. 474.

conforme constatado pela própria área técnica, no bojo do informe nº 902/PBQID/PBQI, de 14.12.2006 (fls. 10.486/10.487), cujo excerto se colige por oportuno:

4.40. No que diz respeito às alegações contidas nos itens 60, 61 e 62, cumpre destacar que ou a Brasil Telecom não tem qualquer tipo de controle a respeito da implantação dos pontos de atendimentos que informara à ANATEL ou está tentando forçar um entendimento que não corresponde com a realidade, *pois os endereços dos pontos que ela agora alega estarem errados foram informados por ela* e, também, por ela alterados após a realização da fiscalização.

4.41. Assim, a fiscalização foi realizada no endereço indicado pela Brasil telecom e registrado no SCPA, não tendo sido encontrados, porém, os pontos de atendimento listados no Anexo I do Informe nº 807. A alteração dos endereços efetuada após a realização da fiscalização, a maior parte neste ano de 2006, conforme se pode ver no histórico de atualização dos pontos de atendimentos extraídos do SCPA que apresenta a data de implantação informada, a data de inclusão e a data das alterações efetivadas pela compromissada em anexo (Anexo I), é responsabilidade da compromissada, que deve manter atualizadas as informações relativas ao atendimento aos usuários.

185. No mais, ressalta-se que o entendimento esposado pelo Professor Sundfeld transmuta, equivocadamente, as cláusulas do acordo que preveem a incidência da multa cominatória em cláusulas puramente potestativas, cuja implementação se submete ao alvedrio da BRT, ao condicionar o seu termo inicial à conformação ou irresignação da própria empresa com o resultado da fiscalização realizada pela ANATEL, que, não é despidendo destacar, goza de fé-pública.

186. Na verdade, o procedimento traçado pelo Professor Sundfeld (intimação do compromissário para regularizar a situação de inadimplência para, somente após, permanecendo o não cumprimento, dar-se início à fluência da multa cominatória) não se apresenta lógico, nem jurídico. De um lado, esse procedimento retira a força do instituto da multa, esvaziando a sua finalidade de influir psicologicamente no agir do devedor, em prol da satisfação da obrigação, em tempo o mais reduzido possível. A eficácia da multa seria diluída como fator de persuasão comportamental.

187. Por outro lado, juridicamente, ao estabelecer a fixação de um novo prazo para a realização da obrigação inadimplida, oportuniza-se à empresa a possibilidade de sanar seu estado de mora sem qualquer cominação. Assim, as obrigações originariamente acordadas na forma, no modo e no tempo preestabelecidos no TCAC seriam cumpridas em descompasso com o fator tempo, o que, juridicamente, enquadrar-se-ia em *novação objetiva da obrigação*, com a qual não anuiu a ANATEL em qualquer momento do procedimento.

188. Deve-se aclarar, ainda, que os julgados juntados pela BRASIL TELECOM às fls.12302/12303 dos autos, com pretensões ilustrativas do pensamento dominante nos Tribunais Superiores, não se prestam ao seu escopo de fundamentar a necessidade de intimação/notificação do devedor para fins de incidência de multa cominatória, uma vez que todos os julgados se referem à multa de caráter processual que possui regramento diverso da multa fixada em TCAC, como já demonstrado alhures.

189. Além do que, deve-se destacar que o entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos arestos colacionados pela compromissária, é no sentido da necessidade de intimação para dar ciência do preceito mandamental que fixa a multa cominatória para o caso do descumprimento da obrigação, e não para dar ciência ao devedor do seu próprio descumprimento, situação de que, de antemão, já era sabedor.

190. No que tange ao termo inicial da multa em situações de inadimplemento contratual, como sói de ocorrer no caso dos autos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça comunga do entendimento empossado por esta Procuradoria, a saber:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ARTÍSTICOS CELEBRADO ENTRE EMISSORA DE TV E COMEDIANTE. QUEBRA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. EMBARGOS DO DEVEDOR. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. COBRANÇA DE *MULTA COMINATÓRIA*. CABIMENTO. FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL E FINAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO.

I – É admissível a aplicação de *multa* no caso de inadimplemento de obrigação personalíssima, como a de prestação de serviços artísticos, não sendo suficiente a indenização pelo descumprimento do contrato, a qual visa a reparar as despesas que o contratante teve que efetuar com a contratação de um outro profissional.

II – *Esta deverá incidir do momento em que restou configurado o descumprimento da obrigação* até a data do término do contrato de exclusividade firmado entre as partes, o que deverá ser apurado na fase de liquidação.¹²

191. Por fim, cabe esclarecer, como leciona DINAMARCO, que a finalidade de qualquer *intimação* é levar fatos ao conhecimento das partes ou de terceiros e apenas “*são indispensáveis sempre que do ato a ser conhecido o sujeito não tiver conhecimento direto*”¹³.

192. Ora, ilógico seria supor a necessidade de intimação para informar o que já era do conhecimento da própria compromissária, isto é, que não adimpliu a prestação que lhe correspondia, no tempo, modo ou forma acordados. As obrigações acordadas possuíam um substrato objetivo de aferição do seu cumprimento, que independiam de qualquer análise subjetiva por parte da ANATEL. Assim, as alegações da BRT, no sentido de que não era sabedora da sua inadimplência, não possuem sequer respaldo lógico.

53. Deve-se ter em mente, portanto, que a incidência da multa diária será a partir do descumprimento da obrigação determinada em sede de cautelar, sem que seja necessária nova notificação que ateste esse descumprimento – só é necessária a notificação inicial da cautelar em que se estipule a obrigação, o prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada pelo seu descumprimento. *Em outras palavras, após a ciência pelo administrado dos contornos que envolvem a obrigação imposta e a multa diária estipulada, o mero descumprimento já faz incidir a multa diária, sem necessidade de uma nova notificação.*

54. Tais entendimentos foram inclusive acolhidos pela Agência e consagrados no art. 22 do Regulamento de Sanções, de modo que a recomendação desta Procuradoria é no sentido de que a Anatel, quando

¹² STJ, Edcl no Resp 482094/RJ, 3ª T, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJ 26/05/2009)

¹³ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 427.

da aplicação de multa diária por descumprimento de cautelares, observe os critérios e procedimentos contidos no referido dispositivo.

II. (e) Da síntese das argumentações expendidas

55. Em suma, é de se concluir pela possibilidade de a Anatel impor multa diária em razão de descumprimento de suas medidas cautelares, com base nos seguintes argumentos: (i) a multa diária, como espécie de sanção pecuniária, encontra guarida no art. 173, inciso II, da LGT; (ii) a possibilidade de adoção de medidas cautelares, que está prevista na legislação ordinária (art. 45 da Lei nº 9.784/99 e art. 175, parágrafo único, da LGT), inclui os mecanismos necessários à sua eficácia, o que, numa decorrência da teoria dos poderes implícitos e do poder geral de cautela da Anatel, abrange a imposição de multa diária; (iii) a cominação de multa diária não prejudica os princípios da ampla defesa ou do contraditório, uma vez que, constatando-se pela Anatel eventual descumprimento da obrigação contida na medida cautelar, será instaurado processo administrativo próprio no qual a parte interessada terá oportunidade de trazer à tona suas alegações e provas que entender cabíveis, bem como apresentar recurso administrativo; (iv) a cobrança do valor da multa diária só ocorrerá após o término do referido processo administrativo, com a chamada coisa julgada administrativa, ocasião em que se tem por definitivamente constituído o crédito não tributário; (v) as consequências financeiras da multa diária para seu destinatário, portanto, só ocorrerão após a oportunização de defesa, tal qual acontece num processo de apuração de descumprimento de obrigação – PADO; (vi) a fixação da multa diária já na medida cautelar apenas representa uma antecipação dos critérios que serão utilizados para aplicação de sanção pelo eventual descumprimento da obrigação imposta, em perfeita harmonia aos princípios da transparência e publicidade; e (vii) a cominação de multa em função do tempo de descumprimento (horária, diária, mensal, etc.) consagra o princípio da proporcionalidade e encontra guarida no próprio Regulamento de Sanções da Anatel (art. 18), que determina que seja levado em consideração no cálculo da multa o período de duração da infração.

III CONCLUSÃO

56. Por todo o exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia Geral da União – AGU, com amparo no art. 57, VII, do Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, opina:

- a) pela possibilidade jurídica de aplicação de multa diária pela Anatel em sede de medida cautelar, tendo em vista os argumentos dispostos ao longo do presente parecer;
- b) pela necessidade de observância dos critérios e procedimentos contidos no art. 22 do Regulamento de Sanções da Agência quando da aplicação de multa diária;
- c) pela revisão, por decorrência lógica, de manifestações anteriores desta Procuradoria que sejam incompatíveis com o presente Parecer;

57. É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 07 de março de 2013.

Júlia de Carvalho Barbosa
Procuradora Federal
Matrícula Siape nº 1.585.185
Sicap nº 201390043519

**DESPACHO Nº 649/2013/MGN/PFE-ANATEL/PGF/AGU SICAP Nº
201390047566**

I. De acordo com o Parecer nº 240/2013/JCB/PFE-Anatel/PGF/AGU.

II. Encaminhem-se os autos para a análise e aprovação do Procurador-Geral.

Brasília, 13 de março de 2013

Marina Georgia De Oliveira Nascimento
Procuradora Federal
Gerente de Procedimentos Regulatórios
Matrícula Siape Nº 1585369

Paulo Firmeza Soares
Procurador Federal
Assessor Especial do Procurador-Geral
Matrícula Siape nº 1585319

DESPACHO Nº /2013/VCT/PFE-ANATEL/PGF/AGU SICAP Nº _____

I. Aprovo o Parecer nº 240/2013/JCB/PFE-Anatel/PGF/AGU, ao qual confiro caráter normativo.

II. Encaminhem-se os autos ao Presidente da Anatel, bem como cópia do Parecer nº 240/2013/JCB/PFE-Anatel/PGF/AGU aos demais conselheiros e aos superintendentes da Agência.

Brasília, de março de 2013

Victor Eptácio Cravo Teixeira
Procurador-Geral
Matrícula Siape nº 1.553.100

**PARECER Nº 356/2013/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU:
A COBRANÇA DE CRÉDITOS DESTINADOS AO
FUNDO DE DIREITOS DIFUSOS EM RAZÃO
DE DETERMINAÇÃO DE REPARAÇÃO AOS
DIREITOS DOS USUÁRIOS**

*Leandro de Carvalho Pinto
Procurador Federal*



PARECER Nº: 356/2013/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU

PROCESSOS Nº: 53581.000182/2007

INTERESSADO: BRASIL TELECOM S.A. – Filial/RO

ASSUNTO: Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO

EMENTA: 1. Determinação da Anatel às prestadoras para reparação a usuários. Obrigação regulatória. 2. Hipóteses de destinação de créditos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD. 3. Constituição do crédito pelo órgão regulador. Fundo público. Cabimento de execução fiscal do valor destinado ao FDD. 4. Recomendação pela criação de sistema informatizado pelas prestadoras para devolução aos usuários dos créditos devidos. 5. Considerações da Procuradoria.

PARECER

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações – PADO instaurado em face da BRASIL TELECOM S.A., por violação aos arts. 3º, inc. I, e 4º, do Regulamento sobre Áreas Locais para o Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral - RAL, aprovado pela Resolução nº 373, de 2004, e ao art. 3º, inc. I, do Regulamento de Tarificação do STFC - RSTFC, aprovado pela Resolução nº 424, de 2005.

2. A abertura do processo se deu por meio do Auto de Infração do Serviço Telefônico Fixo Comutado – Concessionárias - nº 0001RO20060032, de 14.5.2007 (fls. 1/7).

3. Os correspondentes Relatórios de Fiscalização estão acostados às fls. 8/17, e anexos às fls. 18/188, referentes à fiscalização realizada nos anos de 2006 e 2007, em diversos municípios do Estado de Rondônia. Apurou-se que as chamadas telefônicas das localidades atendidas pela Brasil Telecom S.A. – Filial/RO, com acessos coletivos do STFC, para as demais localidades atendidas por estações telefônicas de seus respectivos municípios, não estavam

sendo tarifadas como ligação local, e que os grupos de localidades de Áreas Locais distintas com tratamento local, de acordo com o Anexo II do RAL, não estavam fazendo ligações em conformidade com as disposições do RAL e do RSTFC.

4. Notificada para apresentação de defesa em 14.5.2007, a empresa interessada a apresentou em 8.6.2007 (fls. 194/209), juntamente com os documentos de fls. 210/237.

5. Por meio do Ofício nº 135/2009/PBCPP/PBCP – Anatel, de 10.6.2009 (fl. 238), a empresa foi notificada para apresentação de alegações finais que, por sua vez, foram juntadas às fls. 239/240.

6. A área técnica propôs, no Informe nº 308/PBCPP/PBCP, de 27.8.2009 (fls. 243/278): a) a comprovação da cessação da cobrança indevida das chamadas telefônicas realizadas entre as localidades envolvidas nas situações de tratamento local; b) o ressarcimento (comprovado) em dobro dos valores cobrados indevidamente pela concessionária; c) a aplicação de multa à Brasil Telecom S.A. no valor total de R\$ 180.105,24 (cento e oitenta mil, cento e cinco reais e vinte e quatro centavos); d) e o encaminhamento dos autos à Procuradoria, nos termos do art. 34, § 6º, e art. 64 do Regimento Interno da Anatel.

7. Manifestação desta Procuradoria às fls. 254/262 por meio do Parecer nº 68/2010/LFF/PGF/PFE-Anatel.

8. Tendo em vista a juntada de documento novo pela Administração às fls. 263/267 (Relatório de Fiscalização), a prestadora foi notificada para ter conhecimento desses documentos. Em vista disso, apresentou nova peça de alegações finais às fls. 276/278.

9. No Informe nº 101/2011/PBCPP/PBCP, de 23.3.2011 (fl. 281), a área técnica ratificou os termos do Informe nº 308/2009 e sugeriu a imediata expedição de despacho determinando a cessação da conduta irregular e o ressarcimento aos usuários.

10. Os referidos Informes foram acolhidos pelo Superintendente de Serviços Públicos no Despacho nº 2410/2011/PBCPP/PBCP/SPB, de 24.3.2011 (fl. 282).

11. Por meio do Ofício nº 98/2011/PBCPP/PBCP-Anatel, de 30.3.2011 (fl. 283), a Brasil Telecom S.A. foi notificada do Despacho nº 2410/2011/PBCPP/PBCP/SPB, de 24.3.2011, em 4.4.2011.

12. Contra o mencionado Despacho a empresa autuada interpôs recurso administrativo, com pedido de efeito suspensivo, em 25.4.2011 (fls. 284/293).

13. A área técnica, no Informe nº 296/2012/PBCPP/PBCP, de 28.8.2012 (fls. 313/315), propôs o conhecimento do recurso administrativo, e que lhe fosse negado provimento.

14. Matéria para Apreciação do Conselho Diretor nº 193/PBCPP/PBCP/SPB, de 3.9.2012 (fl. 316).

15. Na Análise nº 225/2012-GCRZ, de 4.10.2012 (fls. 319/322), o Conselheiro Relator Rodrigo Zerbone Loureiro propôs:

a) Conhecer do recurso administrativo interposto pela Brasil Telecom S.A. para, no mérito, ser-lhe negado provimento;

b) O não conhecimento da Manifestação apresentada pela prestadora, em razão da ocorrência da preclusão consumativa;

c) Determinar à Superintendência de Serviços Públicos (SPB) para que, no âmbito do Processo nº 53500.018143/2012, instaurado para apuração do ressarcimento dos usuários atingidos pelas interrupções no serviço, adotasse as medidas pertinentes para que os valores de ressarcimento correspondentes aos usuários não identificados ou aos que não integrem mais a base de clientes da recorrente sejam destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24.7.1985;

d) Adicionalmente, na hipótese de reparação aos usuários não ser comprovada no prazo estabelecido, a SPB deverá apurar a liquidez dos valores a serem depositados no FDD e encaminhar os autos à PFE para avaliação da possibilidade de promover execução fiscal dos débitos relativos ao Fundo ou, no caso de sua inviabilidade, a proposição de medida alternativa.

16. Pelo Mem. 246/2012/JR-PR, de 1.11.2012 (fl. 324), o Presidente da Agência reiterou a proposição do Conselheiro Relator constante da letra “d” da Análise nº 225/2012-GCRZ, e também questionou o que segue:

“Não tendo a prestadora efetuado o ressarcimento aos usuários identificados e pertencentes à base de clientes da prestadora, é possível que tais valores sejam remetidos ao FDD, possibilitando assim sua execução? Caso sim, em qual fase processual?”

17. Por meio do Mem. 304/2012-PBCPP/PBCP/SPB-Anatel, de 12.11.2012 (fl. 325), o Superintendente de Serviços Públicos encaminhou a esta Procuradoria os seguintes documentos para juntada aos autos: Manifestação da Oi S.A. (fls. 326/331), e resposta da Agência à citada manifestação (fl. 332).

18. Por fim, à fl. 334 consta o Mem. 30/2013/GPR-Anatel, de 23.1.2013, em que há notícia de decisão do Conselho Diretor, tomada em sua 681ª Reunião, pela conversão do feito em diligência até o retorno dos autos desta Procuradoria, com fundamento no Voto nº 4/2013/JR-PR, de 15.1.2013 (fls. 335/336).

19. É o relatório. Passa-se ao opinativo.

II FUNDAMENTAÇÃO

II.(a) Introdução

20. A consulta jurídica formulada a esta Procuradoria abrange vários aspectos relativos à forma como deve se dar a reparação aos usuários prejudicados pela atuação de qualquer das prestadoras de serviços de telecomunicações. Por esse motivo, e no intuito de tentar responder aos questionamentos de forma didática, este opinativo abordará os seguintes pontos:

a) Destinação de valores devidos por prestadora, a título de medida reparatória, ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD, quando impossível a identificação dos usuários prejudicados;

b) Valores a serem ressarcidos a usuários identificados e pertencentes à base de clientes da prestadora, mas esta se recusa a efetuar o reembolso. Possibilidade de destinação desses valores ao FDD? E

propositura de execução fiscal? Outras medidas administrativas possíveis?

c) Destinação dos valores de ressarcimento correspondentes aos usuários identificados, mas não localizados, ou que não mais integrem a base de clientes da prestadora. Execução fiscal? Outra medida alternativa?

II.(b) Destinação de valores devidos por prestadora de serviços de telecomunicações, a título de medida reparatória, ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD, quando impossível a identificação dos usuários prejudicados

21. Esta Procuradoria já se manifestou diversas vezes no sentido de que, quando for impossível ou inviável a identificação dos usuários prejudicados, os valores devidos a estes, a título de medida reparatória, devem ser revertidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, nos Termos do Parecer nº 219/2010/LBC/PGF/PFE-Anatel (cópia anexa).

22. A título de exemplo, colacionam-se a seguir alguns trechos do Parecer nº 936/2011/ICL/PGF/PFE-Anatel, a fim de serem utilizados como fundamento deste opinativo, conforme permissão conferida pelo art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784, de 1999. Confira-se:

56. Na hipótese de impossibilidade de devolução dos valores ao usuário lesado, o quantum atinente à reparação deverá ser revertido ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, conforme reiteradas manifestações desta Procuradoria, uma vez que a impossibilidade de devolução ao usuário lesado não impede a reparação do dano ao consumidor¹.

¹ Nesse sentido, as considerações de Elton Venturi: *Com efeito, torna-se imprescindível que se bem entenda a peculiaridade da defesa dos direitos metaindividuais, em contraposição àquela reservada aos direitos individuais. É que ao aludir-se à reparação de danos coletivos ou difusos, não se cuida de reparar o dano sofrido por alguém individualmente considerado, tal como ocorre no mais das vezes por intermédio das ações indenizatórias [...] movidas por aqueles que se julgam afetados diretamente em seu patrimônio, em virtude da violação de um direito cuja titularidade indiscutivelmente lhe “pertence”. Cuida-se, sim, de intentar-se uma forma de “reconstituição do bem lesado”, através da condenação do responsável à adoção de medidas práticas para tanto, ou, como de regra ocorre, ao pagamento de uma quantia em dinheiro que servirá, senão para conseguir-se o retorno ao “status quo ante”, ao menos a amortização dos prejuízos genericamente produzidos. [...] Assim é porque a reparação dos “danos produzidos”, que se intenta por intermédio das ações coletivas, requer especial e peculiar mensuração, uma vez que o dano globalmente causado pode ser considerável, mas de pouca ou nenhuma importância o prejuízo sofrido por cada consumidor lesado.* (VENTURI, Elton.

57. Nesse caso, a quantia paga deverá, obrigatoriamente, ser destinada ao FDD – Fundo Federal de Reparação de Direitos Difusos, regido pela Lei n.º 9.008/1995, nos termos do Parecer n.º 219/2010/LBC/PGF/PFE-Anatel (cópia em anexo).

58. A reparação, nessa hipótese, será efetivada indiretamente, por meio da aplicação dos recursos arrecadados pelo FDD na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionado com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas de defesa do consumidor (art. 1º, § 3º, Lei n.º 9.008/1995).

59. Por fim, é importante deixar claro que a proteção ao consumidor nos casos de danos a interesses difusos e coletivos será tanto mais eficaz quanto mais a atuação da Agência for articulada com a ação de órgãos e de entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, obrigação que, aliás, encontra-se prevista no art. 19, do Decreto n.º 2.338/1997.

23. Nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei n.º 9.008, de 1995, o FDD, criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao *consumidor*, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

24. A imposição de reversão desses valores a esse Fundo se trata, na verdade, de medida onerosa substitutiva, passível de ser aplicada pela Agência – em razão de seu poder de determinar o cumprimento de sua própria regulamentação – naquelas situações em que for impossível ou inviável a reparação diretamente aos usuários prejudicados pela atuação da prestadora de serviços de telecomunicações.

25. É o que se infere do disposto nos arts. 3º, inc. XII, e 19, inc. XVIII, da LGT, e no art. 5º, *caput*, do Decreto n.º 2.181, de 1997, *verbis*:

LGT

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, vol. 15, jul./set. 1995, p. 79 e ss.).

[...]

XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

[...]

XVIII - reprimir infrações dos direitos dos usuários;

Decreto nº 2.181, de 1997

Art. 5º Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo.

Parágrafo único. Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pela Secretaria Nacional do Consumidor, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor - CNPDC, levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica. (Redação dada pelo Decreto nº 7.738, de 2012).

26. Portanto, se a Anatel tem atribuição legal para aplicar penalidades às prestadoras por infração aos direitos dos usuários e, da mesma forma, tem o dever de determinar às empresas infratoras a reparação integral dos prejuízos sofridos por seus usuários – sejam eles identificáveis ou não –, depreende-se que é inerente à competência da Agência a legitimidade para constituir o crédito devido ao FDD – no caso de usuários não identificáveis –, bem como para promover a correspondente execução fiscal.

27. Realmente, tratando-se de usuários não identificáveis, compete à Anatel ordenar às empresas infratoras o recolhimento ao FDD dos valores equivalentes às reparações. Tais valores são constituídos pela Anatel como créditos do FDD e, em função disso, devem ser por ela cobrados das prestadoras. Nesse contexto, resta concluir que tais créditos do FDD estão inseridos no conceito de Dívida Ativa da Fazenda Pública, considerado, nos termos do art. 2º, §1º, da Lei nº 6.830, de 1980², qualquer valor cuja cobrança esteja atribuída, *in casu*, a uma autarquia vinculada à União.

28. Ademais, vale destacar que o Regulamento da Anatel, aprovado por meio do Decreto nº 2.338/1997, prevê que incumbe à Anatel compor conflitos de interesses que envolvam direitos dos usuários de serviços de telecomunicações. Nesse sentido, vejam-se o art. 16, XIX, e o art. 19 do Regulamento:

Art.16. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, e especialmente:

[...]

XIX - atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses, observado o art. 19;

Art. 19. A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº. 9.472, de 1997.

2 Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - *Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.* [Grifo nosso].

Parágrafo único. A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

29. A partir da competência da Anatel para *atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações* e compondo ou arbitrando conflitos de interesses que envolvam direitos desses, conclui-se que a Agência tem competência para determinar a reparação a usuários por danos causados pelas prestadoras de serviços de telecomunicações, uma obrigação constante do arcabouço normativo aplicável ao setor regulado.

30. Em caso de infração à regulamentação de serviços de telecomunicações que tenha causado dano a consumidores, como ocorre, por exemplo, nos casos de cobrança indevida, surge para a Anatel, conforme lhe foi atribuída pela legislação ordinária e pelo referido Decreto, o dever de determinar à prestadora infratora a reparação do dano ao consumidor lesado.

31. Não fosse assim, diante de uma infração a direito do usuário ou de um conflito entre usuário e prestadora, em razão de uma cobrança indevida, a Anatel apenas aplicaria uma sanção à prestadora, o que corresponderia à consequência jurídica do mero descumprimento de uma norma imposta pelo Poder Regulador ao agente econômico regulado.

32. Por outro lado, nessa hipótese ficaria claro que os direitos dos usuários especificamente lesados pela atuação ilegal da prestadora não teriam sido devidamente reparados, cabendo a eles buscar a reparação na via judicial, quando considerassem viável e economicamente interessante o ajuizamento de uma ação. Em suma, a atuação da Anatel não atingiria o fim de proteger os direitos do usuário previsto no art. 19, XVIII, da LGT, e tampouco resolveria o litígio entre o consumidor e a prestadora, embora o art. 16, XIX, do Regulamento da Agência, tenha conferido essa competência, de forma expressa e específica, à Anatel.

33. Dessa forma, estando a Anatel autorizada a adotar as medidas necessárias à concretização de seus objetivos legais, consoante anotado no *caput* do art. 19 da LGT, cumpre à Agência determinar a reparação integral dos usuários lesados em seus direitos pelas prestadoras.

Ressalte-se, portanto, que a Anatel assim procede em decorrência de um poder-dever próprio, atribuído por lei.

34. De fato, é preciso que a Anatel garanta a tutela específica almejada pelo ordenamento jurídico, qual seja, a efetiva reparação ao usuário lesado. E tal medida é adotada, por sua vez, justamente por meio de determinações com obrigações de fazer, o que inclui (i) as ordens de reparação dos usuários identificáveis e (ii) as determinações de recolhimento ao FDD, uma vez que os valores de reparação referentes aos usuários não identificáveis passam a constituir créditos do referido Fundo público.

35. Assim, considerando especialmente que: (a) o art. 16, XIX, do Decreto nº 2.338/97 previu, ao mesmo tempo, que (i) as lesões a direitos de usuários dos serviços de telecomunicações devem ser reprimidas; e (ii) os conflitos entre usuários e prestadoras devem ser dirimidos pela Agência; e (b) o art. 19 da LGT prescreveu à Anatel o poder-dever de adotar todas as medidas necessárias para a consecução de seus objetivos legais, a única forma de interpretar esse dispositivo com coerência é admitir que, nessas situações, a Anatel tem competência para aplicar sanções e determinar a reparação aos usuários pelos danos sofridos. O valor de tal reparação, nos casos de usuários não identificáveis, possui natureza jurídica de crédito do Fundo de Direitos Difusos, e, em caso de não recolhimento, deve ser normalmente inscrito em Dívida Ativa e posteriormente cobrado mediante ajuizamento de execução fiscal, tal como se procede quando da cobrança de créditos integrantes de outros Fundos públicos, como, por exemplo, Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações e Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL.

36. A legitimação ativa da Anatel para figurar em eventual execução fiscal que tenha por objeto crédito devido ao FDD advém dos mesmos dispositivos legais que a permitiram ordenar a reparação dos usuários identificáveis ou o recolhimento dos créditos devidos ao FDD.

37. Portanto, se após determinação da Agência para a prestadora recolher ao FDD a quantia relativa ao ressarcimento a usuários que não possam ser identificados, o pagamento não for efetivado, caberá à Anatel a constituição do crédito e a correspondente cobrança, por meio de inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal.

38. Ademais, registre-se que a própria Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos – CGCOB da PGF possui entendimento de que a pessoa jurídica que tem competência para constituir o crédito também tem competência para cobrá-lo, por meio de inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal. Essa foi a premissa utilizada no momento da elaboração, por exemplo, da Nota CGCOB/DIGEVAT nº 319/2009, em que se consignou a competência da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL para inscrição em dívida ativa e execução fiscal dos créditos inadimplidos decorrentes de suas atribuições fiscalizatórias e regulatórias (constituídos com base nessas competências)³. Vale lembrar, apenas, que a inscrição em dívida ativa dos créditos das autarquias e, no caso presente, da Anatel, bem como a execução judicial dos débitos, a cargo dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal – PGF, passaram a ser centralizadas nas Procuradorias Federais não especializadas, Procuradorias Federais nos Estados, Procuradorias Regionais Federais e Procuradorias Seccionais Federais, nos termos dos arts. 22 da Lei nº 11.457/2007, 10, §§ 11 e 12, da Lei nº 10.480/2002 e art. 2º da Portaria nº 267, de 16/03/2009, da Procuradoria-Geral Federal.

39. E, relativamente à inscrição no CADIN, esta Procuradoria Federal Especializada vem adotando o entendimento⁴ de que as restrições cadastrais aos devedores de créditos da Anatel somente

3 Nota CGCOB/DIGEVAT nº 319/2009:

“Tendo em conta esses contornos normativos, que conferem expressas atribuições fiscalizatórias e regulatórias à ANEEL, existem fundamentos aptos a justificar, em caso de inadimplemento de quaisquer parcelas dos recursos componentes da CDE, a inscrição em dívida ativa e a execução fiscal dos créditos delas resultantes, sob amparo do regime legal previsto na Lei nº 10.522/2002, independentemente da destinação dos recursos. [...]”

Diante desse quadro normativo, não se afigura justificável o argumento expendido às folhas 12 do parecer da PFEANEEL, no sentido de que às multas se aplica o disposto no art. 24 da Resolução nº 63/2004, objetivando afastar a regência da Lei nº 11.941/2009, quando a própria resolução submete o crédito à inscrição em dívida ativa e à execução fiscal, e as demais medidas que, por via de consequência, lhes são inerentes. Além disso, pelos termos da própria legislação citada, as obrigações que canalizam recursos para as diversas contas e fundos sob regulação da ANEEL são passíveis de inadimplemento e, por isso, há que se cogitar necessariamente de mecanismos de cobrança em âmbito extrajudicial e judicial, encontrando-se na linha de desdobramento a inscrição em dívida ativa e a execução fiscal. Não parece sustentável, em razão da ausência de vinculação estrita dos recursos com o patrimônio da ANEEL, que se conceba outra forma de fazê-lo, senão pela via da Lei nº 10.522/2002, quando presentes os requisitos, o que atrai a competência das respectivas unidades da Procuradoria-Geral Federal, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.480/2002 e do art. 1º, parágrafo único, e art. 2º da Portaria nº 267/2009, de seguinte teor: [...]”

4 Nesse sentido, os Pareceres nºs 134/2010/BSA/PGF/PFE-Anatel, 825/2010/BSA/PGF/PFE-Anatel e 601/2012/IGP/PGF/PFE-Anatel.

devem ser implementadas após a constituição definitiva dos créditos. E a competência para a inscrição em cadastro de devedores de créditos da Anatel é do gestor do crédito, nos termos do art. 1º da Portaria Conjunta nº 25, de 7.1.2010, do Conselho Diretor da Anatel e da Procuradoria-Geral Federal, e do art. 3º, incisos VIII e IX, da Portaria nº 889, de 11 de outubro de 2011, do Presidente da Anatel, que assim dispõem, *verbis*:

Portaria Conjunta nº 25, de 7.1.2010

Art. 1º Os processos administrativos relativos a créditos de titularidade da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, uma vez finalizados os procedimentos de constituição creditícia e incluídos os nomes dos devedores no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN, por parte de cada área gestora do crédito da Agência, deverão ser remetidos aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal, da respectiva unidade da Federação, indicados no Anexo I, para fins de distribuição, análise e inscrição em dívida ativa.

Parágrafo único. Os processos serão encaminhados pela respectiva área gestora do crédito da ANATEL, mediante o registro de sua tramitação no sistema de Controle de Rastreamento de Documentos e Processos - SICAP, e serão recebidos pela Procuradoria Regional Federal - PRF ou Procuradoria Federal no Estado - PF, conforme o caso, que passará a ser responsável pela guarda, manutenção e integridade dos respectivos autos até sua devida restituição à autarquia, nos termos desta Portaria.

Portaria nº 889, de 11 de outubro de 2011

Art. 3º Compete ao Gestor de Créditos:

[...]

VIII – a verificação prévia dos registros de devedores inadimplentes, para fins de confirmação de liquidez e certeza do crédito, com vistas à inscrição no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados no Setor Público (Cadin);

IX – o encaminhamento de processos administrativos à Procuradoria Geral Federal para fins de inscrição em dívida ativa e cobrança judicial dos valores devidos à Agência.

40. Desse modo, quando impossível a identificação dos usuários prejudicados, deve a Anatel determinar à prestadora o recolhimento dos valores ao FDD, constituindo-os. Caso não sejam assim recolhidos pela prestadora devedora, caberá à Agência a inscrição no CADIN e, por meio dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal, a propositura de execução fiscal dos créditos correspondentes.

II.(c) Valores a serem ressarcidos a usuários identificados e pertencentes à base de clientes da prestadora, mas esta se recusa a efetuar o reembolso. Possibilidade de destinação desses valores ao FDD? E propositura de execução fiscal? Outras medidas administrativas possíveis?

41. Este tópico trata dos valores a serem ressarcidos a usuários que ainda integrem a base de clientes da prestadora infratora. Nesse caso, os consumidores são plenamente identificados e localizados, de modo que cabe à prestadora promover a reparação mediante devolução do valor correspondente na fatura seguinte ou outro meio indicado pelo usuário.

42. A título de exemplo, tem-se o art. 98 do Regulamento do STFC, anexo à Resolução nº 426, de 2005, que aduz que “a *devolução de valores cobrados indevidamente, deve ocorrer no próximo documento de cobrança ou outro meio indicado pelo usuário*”. E, segundo seu parágrafo único, o pagamento de quantia cobrada indevidamente do usuário gera para ele o direito à devolução de valor igual ao dobro do que pagou em excesso.

43. Contudo, caso a prestadora não promova a reparação dos usuários que ainda constam de sua base de clientes, tais valores não podem ser destinados ao FDD, uma vez que os usuários são determinados, localizados e conhecidos pela prestadora.

44. Nesse ponto, vale dizer que a obrigação de promover a reparação individualizada não pode ser desprovida de poder coercitivo. Se a empresa devedora não cumpre a obrigação de ressarcir os usuários, a Agência pode adotar medida cautelar de natureza gravosa apta a desestimular a resistência da prestadora em reparar os usuários, cominando, inclusive,

multa-diária em caso de descumprimento, nos termos do Parecer nº 240/2013/JCB/PFE-Anatel/PGF/AGU.

45. A obrigação de devolver em dobro o valor pago em excesso, acrescido de correção monetária e juros moratórios, decorre diretamente da lei. A obrigação primária da empresa é efetuar a cobrança em valor adequado ao previsto na regulamentação. Ao infringir essa obrigação, surge, então, a obrigação sucessiva, cuja fonte direta é a lei, tornando a empresa responsável pela devolução em dobro do excesso pago, acrescido de correção monetária e juros legais.

46. Vale salientar que a atuação da Agência deve sempre se pautar pela proteção ao consumidor, buscando tomar medidas que assegurem, de forma eficaz, tanto a repressão da conduta infratora – com o fim de desestimular novas infrações – como, também, a reparação aos usuários individual e coletivamente considerados.

47. O mecanismo recomendado - medida cautelar - se trata de instrumento previsto na Lei n.º 9.784, de 1999 (art. 45), na LGT (art. 175, parágrafo único), no Código de Defesa do Consumidor (art. 56, parágrafo único) e no Regimento Interno da Anatel - RIA (art. 72, parágrafo único).

48. Tem por finalidade assegurar maior eficácia às decisões da Agência nos casos em que eventual demora processual inviabilize a reparação efetiva, a reconstituição do bem lesado ou, mesmo, o resultado útil do processo. Veja-se, a esse respeito, o que dispõem a Lei n.º 9.784, de 1999 (LPA), a LGT e o RIA:

LPA

"Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado."

LGT

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

RIA

"Art. 72. Nenhuma sanção administrativa será aplicada, a pessoa física ou jurídica, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento administrativo instaurado para apurar eventual infração a leis, regulamentos, normas, contratos, atos e termos de autorização.

Parágrafo único. No curso do procedimento ou, em caso de risco iminente, antes dele, a Agência poderá, motivadamente, adotar medidas cautelares estritamente indispensáveis para evitar a lesão, sem a prévia manifestação do interessado." (Grifo nosso).

49. Como se pode ver, a medida cautelar pode ser imposta tanto antes como, também, no curso de procedimento administrativo. Desse modo, na hipótese de os usuários não terem sido ressarcidos, a adoção de medida cautelar se justificará.

50. Demonstra-se, assim, como forma de atribuir celeridade e eficácia à atividade sancionadora da Anatel, plenamente justificada a adoção de medida cautelar na hipótese ventilada, de modo a se determinar à prestadora autuada que proceda à imediata reparação dos usuários.

51. Portanto, tendo em vista serem os créditos devidos a usuários identificados e ainda pertencentes à base de clientes da prestadora (localizados, portanto), não cabe à Anatel determinar a destinação desses valores ao FDD, nem promover a execução fiscal. A solução é a adoção de medidas cautelares que determinem a efetiva reparação aos usuários lesados, com a possibilidade, inclusive, de cominação de multa diária, em caso de eventual descumprimento.

II.(d) Destinação dos valores de ressarcimento correspondentes aos usuários identificados, mas não localizados, ou que não mais integrem a base de clientes da prestadora. Execução fiscal? Outra medida alternativa?

52. Trata-se aqui da situação em que, embora seja possível a identificação dos usuários prejudicados pela falha na execução do serviço fornecido pela prestadora de serviços de telecomunicações, sua localização apenas seria encontrada em diligências realizadas pela prestadora. Ou seja, a Agência não tem integral acesso a esses dados.

53. Entretanto, a prestadora, na intenção de se eximir do pagamento de valores cobrados indevidamente dos usuários, também não demonstra interesse em determinar e/ou localizar os usuários prejudicados. Mas essa conduta não pode servir de subterfúgio para a empresa de telecomunicações se esquivar do cumprimento da medida reparatória onerosa.

54. Diante disso, surge a celeuma: os valores devidos a esses usuários não identificados, ou que não constem mais na base de clientes da operadora (não localizados), podem ser executados diretamente pela Agência em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – FDD?

55. Primeiramente, analisemos a hipótese de propositura de execução fiscal desse crédito. A cobrança indevida dos usuários pela prestadora de telecomunicações constitui, por si só, infração sujeita à aplicação de sanções. Se, por exemplo, for aplicada multa a essa empresa, a Anatel será a titular do valor correspondente, permitindo-lhe, assim, a constituição desse crédito e a sua execução.

56. No entanto, o dever de reparar os usuários subsiste para a prestadora. Enquanto forem identificados e localizados, a Anatel deve determinar a devolução desses créditos aos próprios consumidores. Por outro lado, como já ressaltado em diversas manifestações desta Procuradoria, se não forem identificados ou localizados, deve a Anatel constituir definitivamente tais valores e determinar o seu recolhimento ao FDD, a fim de promover a reparação difusa dos consumidores, conforme dispõe a lei de criação desse Fundo – Lei nº 9.008, de 1995.

57. De fato, a localização dos usuários que não pertencem mais à base de clientes da prestadora pode apresentar dificuldades. Porém, essa situação não pode servir de motivo para o enriquecimento ilícito da prestadora.

58. É preciso, então, criar um procedimento padrão que busque a reparação dos usuários identificados que não mais integram a base de clientes da prestadora, na tentativa de superar as dificuldades na localização desses consumidores cobrados indevidamente. Acaso as medidas adotadas nesse procedimento sejam infrutíferas, na tentativa de devolução dos valores ao usuário individualizado, aí se torna possível considerar tais valores como créditos do FDD, passando a se determinar o recolhimento desses valores ao mencionado Fundo. Afinal, como já

dito, a prestadora não pode se enriquecer indevidamente à custa do consumidor lesado. Em outras palavras, a não localização de um usuário identificado não é justificativa para deixar de promover a reparação ao consumidor, ainda que seja por meio dos objetivos legais do Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

59. Nessa última situação (tentativa infrutífera de devolução individualizada, após adoção do procedimento a seguir sugerido), cabe à Anatel determinar o recolhimento ao FDD pela prestadora. Se ela não recolher, caberá a propositura de execução fiscal, como já mencionado anteriormente.

60. A adoção do procedimento aqui sugerido pode resolver a situação ora colocada, viabilizando a devolução individualizada dos créditos devidos aos usuários prejudicados e, na hipótese de isso não ser comprovado, caracterizar esses usuários como indeterminados e, como consequência, possibilitar a destinação desses valores devidos ao FDD.

61. O procedimento contemplaria uma tentativa de notificação ao usuário e a disponibilização dos créditos em sistema informatizado, mediante simples consulta e solicitação de recebimento, durante prazo razoável, e ao qual se daria ampla publicidade. Inverter-se-ia, assim, a lógica da busca pela localização, possibilitando-se que o próprio usuário prejudicado se faça localizar, apresentando-se à prestadora, ou melhor, a um simples sistema informatizado de fácil acesso que permita a solicitação eletrônica do recebimento do montante devido.

62. No caso das empresas de telecomunicações, estas disponibilizariam em seus sítios da internet, na página inicial, em local de fácil visualização, campo para os usuários consultarem, com a inserção de seu nome e/ou CPF, por exemplo, a existência de créditos devidos em razão da cobrança indevida feita pelas correspondentes prestadoras.

63. A solução delineada tem como norte sistemas informatizados utilizados por outros órgãos públicos para consulta, pelos usuários, de créditos disponibilizados em seu nome. Como exemplo, cite-se o êxito dos programas “Nota Fiscal Paulista” e “Nota Fiscal Paulistana”, nos quais qualquer pessoa, com o número do seu CPF, pode consultar a existência de créditos em seu nome, referentes a devolução de parte dos tributos pagos às respectivas entidades federativas.

64. Para esse sistema ter efetiva procura pelos usuários prejudicados, a prestadora se encarregaria de promover a publicidade necessária a respeito da existência desse mecanismo de consulta. Constatado o crédito em favor do usuário consulente, este informaria em campo próprio seus dados bancários para depósito pela prestadora.

65. Além da publicidade que as prestadoras deverão promover sobre a criação desse sistema, elas também deverão ser obrigadas a realizar a notificação dos usuários, por exemplo, nos endereços constantes da sua base cadastral. Tal notificação terá de informar acerca da existência de créditos em seu favor, bem como a respeito do sistema informatizado para fins de consulta e solicitação eletrônica dos valores especificados.

66. Com relação ao prazo durante o qual o crédito deverá permanecer disponível para consulta e solicitação, recomenda-se o lapso de 1 (um) ano. Assim, após o transcurso desse período de efetiva disponibilização dos valores ao consumidor, sem que ele se manifeste no sentido de ser ressarcido pela cobrança indevida, esse usuário passará a ser considerado indeterminado, já que não localizado, e o valor correspondente deverá ser destinado ao FDD.

67. Tal regramento, aliás, consubstancia exata analogia ao procedimento adotado pelo art. 100 do Código de Defesa do Consumidor, que confere prazo de 1 (um) ano para os consumidores interessados se habilitarem individualmente para receber valores que lhes são devidos no bojo de ação judicial de natureza coletiva, ao final do qual o montante não resgatado é destinado ao FDD. Veja-se a redação do referido art. 100, *verbis*:

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

68. E com a destinação desses valores ao FDD, no caso de não haver pagamento espontâneo pelas prestadoras, caberá à Agência a propositura de execução fiscal dos créditos correspondentes, como dito.

69. Justifica-se esse procedimento pela necessidade de se estabelecer mecanismos sob responsabilidade das prestadoras para ressarcimento

dos usuários prejudicados pela cobrança indevida de valores referentes a serviços de telecomunicações. Naqueles casos em que, mesmo adotando-se o procedimento sugerido, essa devolução não seja possível de ser realizada individualmente para cada consumidor prejudicado, os valores correlatos seriam revertidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, evitando-se, desse modo, a perpetuação do locupletamento indevido das citadas empresas.

70. Do ponto de vista estritamente jurídico, a sistemática sugerida pode ser adotada imediatamente pela Agência no momento da prolação de suas decisões nos casos concretos. Contudo, é recomendável a edição de regulamento pela Anatel com a normatização e detalhamento dos pontos, a fim de conferir transparência, estabilidade e segurança jurídica à questão.

71. Além disso, tendo em vista se tratar de determinação que contém obrigação de fazer, deve ser fixado prazo para o seu cumprimento. Sem um limite temporal, a providência determinada pela Agência pode cair no vazio, ficando à mercê da boa vontade da empresa autuada.

72. Essa nova sistemática sugerida evitará a continuidade e a consolidação da lesão aos direitos dos usuários e garantirá o resultado útil do processo. A demora processual mantém contínuo o desrespeito ao direito do usuário, situação essa que beneficia diretamente a prestadora. Ademais, a falta de uma resposta satisfatória por parte da Agência permite que a empresa continue a desrespeitar obrigações regulamentares em hipóteses semelhantes, postergando o ajuste da sua conduta aos preceitos legais e regulamentares.

73. Em razão de uma sistemática semelhante, ao menos em sua essência, já estar contemplada na proposta do Regulamento de Atendimento, Cobrança e Oferta a Consumidores de Serviços de Telecomunicações, no bojo da consulta pública nº 41/2013 (18/03 a 17/04), maiores detalhes sobre tal procedimento serão comentados na manifestação desta Procuradoria no bojo do processo administrativo relativo à edição do mencionado Regulamento.

III CONCLUSÃO

74. Diante do exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União – AGU, exara as seguintes conclusões:

- a) Esta Procuradoria já se manifestou diversas vezes no sentido de que, quando for impossível ou inviável a identificação dos usuários prejudicados, os valores devidos a estes, a título de medida reparatória, devem ser revertidos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, nos Termos do Parecer nº 219/2010/LBC/PGF/PFE-Anatel (cópia anexa);
- b) Se compete à Anatel adotar todas as medidas necessárias para reprimir infrações dos direitos dos usuários, e estes têm direito à reparação dos danos sofridos assegurado pela Lei Geral de Telecomunicações, é inerente à competência da Agência a legitimidade para constituir o crédito devido ao FDD, bem como para promover a correspondente execução fiscal;
- c) Desse modo, se os valores destinados ao FDD não forem depositados pela prestadora devedora, caberá à Agência, por meio dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal, a propositura de execução fiscal dos créditos correspondentes;
- d) No caso de usuários lesados que continuam integrando a base de clientes da prestadora infratora, tendo em vista que tais usuários podem ser facilmente identificados e localizados, cabe à prestadora infratora promover a reparação mediante devolução na fatura seguinte ou outro meio indicado pelo usuário. A título de exemplo, o art. 98 do RSTFC aduz que a devolução do valor em dobro ao pago indevidamente pelo consumidor deve ser realizada no próximo documento de cobrança, ou por outro meio indicado por ele. No caso de recusa a efetuar o reembolso, a conduta mais adequada da Agência é a imposição de medida cautelar de natureza gravosa apta a desestimular a resistência da prestadora em reparar os usuários;
- e) Por outro lado, no caso de o usuário prejudicado estar identificado, mas não mais integrar a base de clientes da prestadora, sua localização, para fins de devolução individualizada, pode encontrar dificuldades. Contudo, o fato de o usuário não ser mais cliente da prestadora não afasta o seu dever de ressarcir ao consumidor o valor pago em excesso, e em dobro, pois ele (usuário) pode indicar outro meio para ressarcimento do seu crédito como, por exemplo, depósito em conta bancária;
- f) É preciso, então, criar um procedimento padrão que busque a reparação dos usuários identificados que não mais integram a base

de clientes da prestadora, na tentativa de superar as dificuldades na localização desses consumidores lesados por cobranças indevidas. Acaso as medidas adotadas neste procedimento sejam infrutíferas na tentativa de devolução dos valores ao usuário individualizado, aí se torna possível a determinação de recolhimento desses valores ao FDD. Afinal, como já dito, a prestadora não pode enriquecer-se indevidamente às custas dos consumidores lesados;

- g) O procedimento contemplaria uma tentativa de notificação ao usuário e a disponibilização dos créditos em sistema informatizado, mediante simples consulta e solicitação de recebimento, durante prazo razoável, e ao qual se daria ampla publicidade. Inverter-se-ia, assim, a lógica da busca pela localização, possibilitando-se que o próprio usuário prejudicado se faça localizar, apresentando-se à prestadora, ou melhor, a um simples sistema informatizado de fácil acesso que permita a solicitação eletrônica do recebimento do montante devido;
- h) No caso das empresas de telecomunicações, estas disponibilizariam em seus sítios da internet, na página inicial, em local de fácil visualização, campo para os usuários consultarem, com a inserção de seu nome e/ou CPF, por exemplo, a existência de créditos devidos em razão da cobrança indevida feita pelas correspondentes prestadoras;
- i) Para esse sistema ter efetiva busca pelos usuários prejudicados, a prestadora se encarregaria de promover a publicidade necessária a respeito da existência desse mecanismo de consulta. Constatado o crédito em favor do usuário consulente, este informaria em campo próprio seus dados bancários para depósito pela prestadora;
- j) Além da publicidade que as prestadoras deverão promover sobre a criação desse sistema, elas também deverão ser obrigadas a realizar a notificação dos usuários, por exemplo, nos endereços constantes da sua base cadastral. Tal notificação terá de informar acerca da existência de créditos em seu favor, bem como a respeito do sistema informatizado para fins de consulta e solicitação eletrônica dos valores especificados;
- k) Como relação ao prazo durante o qual o crédito deverá permanecer disponível para consulta e solicitação, recomenda-se o lapso de 1 (um) ano. Assim, após o transcurso desse período de efetiva disponibilização dos valores ao consumidor sem que ele se manifeste

no sentido de ser ressarcido pela cobrança indevida, esse usuário passará a ser considerado indeterminado, uma vez não localizado, e o valor correspondente deverá ser destinado ao FDD, em analogia ao procedimento adotado pelo art. 100 do Código de Defesa do Consumidor;

- l) E com a destinação desses valores ao FDD, no caso de não haver pagamento espontâneo pelas prestadoras, caberá à Agência, por meio dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal, a propositura de execução fiscal dos créditos correspondentes;
- m) Do ponto de vista estritamente jurídico, a sistemática sugerida pode ser adotada imediatamente pela Agência quando da prolação de suas decisões nos casos concretos. Contudo, é recomendável a edição de regulamento próprio com a normatização e detalhamento dos pontos, a fim de conferir transparência, estabilidade e segurança jurídica à questão.

75. É o Parecer. À consideração superior.

Brasília, 2 de abril de 2013.

LEANDRO DE CARVALHO PINTO

Procurador Federal

Matrícula Siape nº 1635600

DESPACHO Nº 860/2013/PFE/ANATEL/PGF/AGU - SICAP: 201390061072.

- I. De acordo com o Parecer.
- II. Encaminhem-se os autos para a análise e aprovação do Procurador-Geral.

Brasília, 2 de abril de 2013.

Marina Georgia de Oliveira e Nascimento
Procuradora Federal
Gerente de Procedimentos Regulatórios
Matrícula Siape nº 1585369

Igor Guimarães Pereira
Procurador Federal
Gerente de Procedimentos Fiscais
Matrícula Siape nº 1585319

Paulo Firmeza Soares
Procurador Federal
Assessor Especial do Procurador-Geral
Matrícula Siape nº 1585319

DESPACHO Nº /2013/VCT/PFE/ANATEL/PGF/AGU - SICAP: _____.

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

Brasília, de abril de 2013.

Victor Epitácio Cravo Teixeira
Procurador-Geral
SICAP: 201390061075

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares