

Número do Acórdão:

ACÓRDÃO 2121/2017 - PLENÁRIO

Relator:

BRUNO DANTAS

Processo:

022.280/2016-2

Tipo de processo:

REPRESENTAÇÃO (REPR)

Data da sessão:

27/09/2017

Número da ata:

39/2017

Interessado / Responsável / Recorrente:

3. Interessado: Telefônica Brasil S/A (CNPJ 02.558.157/0001-62).

Entidade:

Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Representante do Ministério Público:

Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.

Unidade Técnica:

Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM).

Representante Legal:

8.1. Melyssa Lima Fonseca (CPF 036.452.301-81), Mauro Porto (OAB/DF 12.878) e Rodolfo de Lima Gropen (OAB/MG 53.069), representando Telefônica Brasil S/A.

8.2. Mariana Félix Gonçalves de Mateus (CPF 014.317.451-70), Luiz Batista Gomes dos Santos Pereira (CPF 083.129.957-65), Varlone Batista Sampaio (CPF 699.097.171-15) e Daniel Andrade Fonseca (CPF 012.126.326-64), representando

Agência Nacional de Telecomunicações.

Assunto:

Representação acerca de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

Sumário:

REPRESENTAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. DEFINIÇÃO DE REGRAS PARA AJUSTE DE CONDUTA DE OPERADORAS. CONVERSÃO DE PASSIVO DE MULTAS DE RESPONSABILIDADE DE ENTE REGULADO EM INVESTIMENTOS DIRETOS (COMPROMISSOS ADICIONAIS). CONHECIMENTO. EXAME DE CLÁUSULAS DE TAC APROVADO PELO CONSELHO DIRETOR. CÁLCULO DE VALOR DE REFERÊNCIA. IMPROPRIEDADES PARCIALMENTE AFASTADAS. IRREGULARIDADES E RISCOS IDENTIFICADOS E MANTIDOS. INDEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. OITIVAS. CIÊNCIA. MONITORAMENTO. RELATÓRIO

Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de tomada de representação da SeinfraCOM acerca de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) .

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, e considerá-la parcialmente procedente;

9.2. indeferir o pedido de medida cautelar, ante o não atendimento dos requisitos previstos no art. 276, *caput*, do Regimento Interno do TCU;

9.3. dar ciência à Anatel de que:

9.3.1. este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, desde que atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitivas contidas neste acórdão e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU;

9.3.2. não existe, de modo geral, impedimento à pactuação de TAC pela Anatel, visto que os atos da agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam

da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam objetos de deliberação expressa e específica em sentido contrário;

9.3.3. tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a

celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento;

9.4. determinar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, com relação a todos os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) a serem assinados pela agência, inclusive os já aprovados pelo Conselho Diretor, que:

9.4.1. somente prove em definitivo termos de ajustamento de conduta após analisar previamente a admissibilidade de cada Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) a ser incluído no TAC e o impacto causado por cada um deles nas condições e nos valores que compõem o instrumento, em atenção aos arts. 7º, 9º, 13, incisos II, VI e VII, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) , ao art. 40 da Lei 9.472/1997 (LGT) , e ao art. 2º, *caput* e inciso VII, da Lei 9.784/1999, que dispõe sobre o princípio da motivação como exigência de indicação de pressupostos de fato e de direito que determinam decisões em atos da Administração Pública (seção II.1.2 do voto condutor deste acórdão) ;

9.4.2. estabeleça, em atenção ao interesse público e com fundamento nos arts. 3º, 13, incisos I, III e V, 15, incisos III e IV, 16 e 17 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) , se ainda não o tiver feito, cláusulas com pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC, mediante metas intermediárias para cada indicador e/ou índice utilizado para mensuração do Índice Geral da Qualidade (IGQ) , com a previsão de aplicação de sanções por descumprimentos dessas metas parciais e em caso de retrocessos persistentes, não transitórios, em relação aos patamares verificados quando da celebração do instrumento, a fim de prevenir o risco de mascaramento de resultados de indicadores negativos com positivos, na média (seção III.4 do voto condutor deste acórdão) ;

9.4.3. garanta que a soma das sanções aplicáveis à operadora em casos de descumprimento de cada compromisso adicional do TAC, incluindo as multas

o descumprimento de cada compromisso adicional do TAC, incluindo as multas diárias e a execução do Valor de Referência do item, seja superior ao montante previsto de investimentos para aquele item, sendo superior inclusive ao investimento previsto antes da aplicação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos previsto no art. 19, §§ 2º e 3º da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) , quando for adotado, em razão de a situação atual permitir uma possível falta de efetividade do TAC decorrente de sistema de incentivos econômicos possivelmente desequilibrado, em atenção aos princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) e nos arts 19 e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) , bem como as finalidades dos arts. 3º, 15, incisos III e IV, 16, 17 e 18 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) (seções VI.1 e VII.2.2 do voto condutor deste acórdão) ;

9.4.4. estabeleça, em cada minuta definitiva de TAC a ser aprovada ou no respectivo Manual de Acompanhamento e Fiscalização, todas as condições iniciais necessárias para o devido acompanhamento dos compromissos previstos no acordo e para garantir a segurança jurídica do TAC, em atenção aos arts. 13, incisos I a VII, e 24, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) , e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) , contendo necessariamente, salvo limitação técnica devidamente justificada (seção VII.2.1 do voto condutor deste acórdão) :

9.4.4.1. a relação final de processos administrativos (Pado) incluídos no TAC;

9.4.4.2. a situação atualizada de cada compromisso a ser firmado, com o detalhamento da condição qualitativa e quantitativa de cada uma das metas previstas, no momento da assinatura do TAC;

9.4.4.3. as metas e os marcos temporais de avaliação de cada um dos compromissos previstos, com o maior nível de objetividade e de detalhamento possível;

9.4.5. delimite clara e previamente o objeto dos TAC que firmar, por meio de obrigações e projetos definidos em seus aspectos essenciais, específicos e suficientemente completos, vedando-se a alteração unilateral por parte da operadora quanto ao objeto do ajustamento de conduta e dos compromissos adicionais, sem prejuízo de alterações bilaterais e consensuais, devidamente

instruídas sob os aspectos técnicos e legais por parte da Anatel, nos termos dos arts. 13, incisos I, II, III e VII, 17 e 18, com seus respectivos incisos e parágrafos, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) , e à luz dos princípios administrativos da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, eficiência, moralidade e segurança jurídica (seção VII.1.3 do voto condutor deste acórdão) ;

9.4.6. em atenção à decisão do Conselho Diretor da Anatel nos termos da Análise nº 68/2017, não admita como compromissos adicionais em TAC as ações, atividades e investimentos que já tenham sido realizados pelas operadoras ou que estejam em andamento no momento da assinatura do instrumento, com vistas a garantir o interesse público do ajuste e a sua efetividade (seção VII.3.6 do voto condutor deste acórdão) ;

9.4.7. no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, realize os ajustes previstos nas determinações anteriores nos TAC que já foram aprovados na agência, submetendo as minutas ajustadas a nova aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel, nos termos do art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) , e dos princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) , c/c o art. 19 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção VII.2 do voto condutor deste acórdão) ;

9.4.8. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, as medidas que pretende adotar para assegurar que os projetos executivos relativos aos compromissos em cada município, e conseqüentemente sua execução, sejam representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para cálculo do VPL (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão) ;

9.4.9. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, a devida motivação e os critérios utilizados para fundamentar o patamar de descontos concedidos com base no art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) (seção VII.3.4 do voto condutor deste acórdão) ;

9.4.10. abstenha-se de liberar as garantias relativas ao Editais de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, 1/2007-SPV-Anatel, 2/2012/SPV-Anatel e outros cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, até a comprovação do efetivo adimplemento do compromisso original ou de nova obrigação comutada no âmbito de TAC a ser possivelmente firmado com a Telefônica Brasil S/A, ou até nova deliberação do TCU a respeito (seção VII.1.2 do voto condutor deste acórdão) ;

9.4.11. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, as razões de fato e de direito que levaram à conclusão de viabilidade de liberação da garantia prevista no Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel ao transacionar as obrigações correspondentes no TAC, ao contrário da previsão de manutenção das garantias relativas aos Editais de Licitação 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel (seção VII.1.2 do voto condutor deste acórdão) ;

9.5. realizar a oitiva da Anatel, com base no art. 250, inciso V, do Regimento Interno/TCU, para que se manifeste sobre os seguintes tópicos, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação:

9.5.1. incidência, ou não, do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, previsto no Ato-Anatel 50.004/2016, no cálculo do montante dos compromissos adicionais previsto para o TAC da Telefônica Brasil S/A, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 36-50, e seção IV.1 do voto condutor deste acórdão) ;

9.5.2. tratamento a ser conferido à infraestrutura de telecomunicações que pode vir a ser implementada com recursos de TAC, em termos de prazos e condições de compartilhamento, levando-se em conta o que prevê a Lei 13.116/2015 e o Decreto 7.175/2010, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 235-262, e seção IV.3 do voto condutor deste acórdão) ;

9.5.3. esclarecimento quanto à interpretação do inciso II do art. 26 do RTAC, a fim de demonstrar se indica o teto (valor máximo) ou o piso (valor mínimo) da multa diária que deve ser aplicada à operadora que incidir em mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 437-464, e seção

VI.3 do voto condutor desta deliberação) ;

9.5.4. em relação ao Ato-Anatel 50.004/2016, esclarecimento sobre de que forma os critérios nele definidos atenderão às diretrizes estabelecidas no art. 22 do RTAC,

especialmente em relação ao atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e à redução das desigualdades regionais (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão) ;

9.5.5. em relação ao caso concreto do TAC da Telefônica Brasil S/A, no que tange aos projetos que compõem seus compromissos adicionais, esclarecimento sobre: i) a forma prevista para atendimento ao art. 22 do RTAC por meio de compromissos adicionais, especialmente em relação às diretrizes previstas nos incisos I e II desse dispositivo (“*atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações*” e “*redução das diferenças regionais*”, respectivamente) , conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 312-319, e seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão) ; e ii) a relação entre a escolha da tecnologia *fiber to the home* (FTTH) , internet de altíssima velocidade e possivelmente de custo mais alto para o usuário final, e as diretrizes de políticas setoriais afetas à massificação do acesso à banda larga, além das diretrizes anteriormente mencionadas;

9.5.6. esclarecimento sobre a possibilidade de prejuízo às características fundamentais do TAC previstas no art. 786 do Código de Processo Civil (certeza, liquidez e exigibilidade) em razão da previsão de processo apuratório com vistas à emissão de certificado de descumprimento (RTAC, arts. 27 e 31) , conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 69-79, e seção VI.4 do voto condutor desta deliberação) ;

9.5.7. esclarecimento sobre eventuais mecanismos que a agência pretende adotar para garantir que o valor de referência de cada item dos compromissos do TAC (ajustamento de conduta e compromissos adicionais) efetivamente seja proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público no TAC e corresponda ao real ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento (seções VI.1 e VII.2.2 do voto condutor deste acórdão e item 9.4.4

deste acórdão) ;

9.6. recomendar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que avalie a conveniência e oportunidade de:

9.6.1. aperfeiçoar a Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) de forma a prever participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação de TAC, não somente ao final, mediante estabelecimento de pontos de controle ao longo do processo para a análise e decisão do referido colegiado antes da submissão da minuta definitiva de TAC à Procuradoria da Anatel, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção II.2 do voto condutor deste acórdão) ;

9.6.2. solicitar às operadoras o plano de investimento dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas de cada TAC admitido e em andamento na agência, incluindo seu cronograma e previsão de gastos, para que seja avaliada a efetividade e o adequado incentivo econômico ao cumprimento do ajuste por meio das multas previstas para cada compromisso face ao volume de recursos a ser gasto para executá-lo, e que passe a utilizar esses dados como mecanismo de controle e acompanhamento do andamento das atividades previstas em TAC, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção V.1 do voto condutor deste acórdão) ;

9.6.3. na análise de cada TAC, inclusive aqueles cuja minuta já foi aprovada pelo Conselho Diretor, avaliar o impacto do instrumento no cenário atual de competição dos serviços de telecomunicações nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais, com vistas a mitigar o risco de que as ações resultantes de TAC, a exemplo da concessão de benefícios diretos a usuários das regiões atendidas e os investimentos a serem feitos naquelas localidades, impactem negativamente o ambiente concorrencial nessas regiões, nos termos do disposto nos arts. 2º, inciso III, 19, inciso XIX, e 70 da Lei 9.472/1997 (LGT) , c/c o art. 159, inciso I, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) (seção IV.3 do voto condutor deste acórdão) ;

9.6.4. estabelecer sistemática de credenciamento e certificação prévia da lista de empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, compromissos e investimentos pactuados em TAC, ou, no mínimo, definir critérios e requisitos que deverão ser atendidos por essas empresas, de forma a reduzir risco de conflito de interesses em prejuízo à veracidade e fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras (seção V.3.1 do voto condutor deste acórdão) ;

9.6.5. avaliar, ao final da vigência do primeiro TAC que for concluído, a relação custo-benefício do instrumento em relação à arrecadação direta das multas aplicadas, de modo a aferir se a troca traz reais benefícios ao interesse público e, eventualmente, aprimorar o instrumento (seção X do voto condutor deste acórdão) ;

9.6.6. na revisão do conteúdo do Ato-Anatel 50.004/2016, submeter a nova versão à consulta pública, com vistas a colher manifestações do poder público, dos usuários e do setor, tendo em vista seu cunho regulatório, pois tal proceder pode contribuir para aprimorar as decisões da agência, em especial no que tange à aderência das decisões ao interesse público e à política setorial (seção IV.2 do voto condutor deste acórdão) ;

9.7. determinar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação as medidas adotadas em relação a cada recomendação contida no item 9.6 cuja implementação seja considerada conveniente e oportuna, e, para recomendação cuja implementação não seja considerada conveniente ou oportuna, a justificativa da decisão;

9.8. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que, nestes autos ou em processo apartado, inicie imediata fiscalização sobre a equação econômico-financeira dos compromissos adicionais contidos na negociação do TAC objeto desta representação, considerando suas premissas, motivações, e fundamentos, requisitando à Anatel as informações que sejam necessárias para a realização dessa análise (seção VII.3.5 do voto condutor deste acórdão) ;

9.9. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que, no momento oportuno, realize ação de controle específica para acompanhar as medidas a serem adotadas pela Anatel no decorrer de suas atividades de fiscalização e controle sobre os termos de

ajustamento de conduta que celebrar, considerando o contexto dos demais TAC em negociação no âmbito da agência, e em especial o atual cenário de restrição orçamentária e de pessoal vivenciado pela agência, requisitando da Anatel informações semestrais sobre a execução dos ajustes (seção X do voto condutor deste acórdão) ;

9.10. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que autue processos de acompanhamento para os próximos TAC que a Anatel venha a celebrar (seção X do voto condutor deste acórdão) ;

9.11. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) que realize ação de controle com vistas a avaliar a política nacional de banda larga, considerando os impactos sobre a competitividade e o desenvolvimento regional;

9.12. deixar assente que o Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF) é parte integrante do TAC e, como tal, deve se sujeitar às normas que disciplinam o rito de exame técnico e jurídico a ser realizado no âmbito da Anatel (seção V.3.4 do voto condutor deste acórdão) ;

9.13. dar ciência à Anatel sobre o seu dever legal de tornar pública a motivação para seus atos administrativos, inclusive com relação à aplicação de níveis variáveis de descontos com fundamento no arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) , em relação a todos os TAC que firmar;

9.14. indeferir o pedido de ingresso da empresa TIM Celular S/A como interessada, ante o não atendimento dos requisitos previstos nos arts. 144, § 2º, e 146, do Regimento Interno do TCU;

9.15. no que tange à classificação das peças 45, 102, 128 e 137 quanto à confidencialidade:

9.15.1. determinar à Anatel que, no prazo de 15 (quinze) dias da ciência desta deliberação, avalie se os documentos enquadram-se nas hipóteses do art. 23 da Lei 12.527/2011 e encaminhe a este Tribunal, se for o caso, as informações referentes ao grau e prazo do sigilo desses documentos (art. 24 da Lei 12.527/2011) , bem como a lista daqueles que podem ter acesso a eles;

9.15.2. uma vez recebidas essas informações, determinar à Secretaria de

Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que submeta a este Relator a proposta de classificação da informação, nos termos do art. 28 da Lei 12.527/2011;

9.15.3. considerar sigilosas as peças 45, 102, 128 e 137 destes autos, com fundamento nos arts. 4º, § 2º, e 5º, § 4º, da Resolução-TCU 254/2013 c/c o art. 39, parágrafo único, da Lei 9.472/1997 (LGT) , até que o assunto seja apreciado por este Relator;

9.16. encaminhar cópia desta deliberação à Agência Nacional de Telecomunicações, à Telefônica Brasil S/A, à TIM Celular S/A, ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados, e à Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado Federal;

9.17. encaminhar cópia desta deliberação à Procuradoria da República no Rio de Janeiro, do Ministério Público Federal, tendo em vista seu interesse no objeto deste processo, conforme solicitação autuada no TC 003.252/2017-5, referente ao Procedimento Preparatório 1.30.001.004957/2016-04;

9.18. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que monitore o cumprimento desta deliberação, manifestando-se, especificamente quanto ao possível TAC a ser firmado com a Telefônica Brasil S/A, acerca do integral atendimento aos condicionantes prévios de celebração objeto das determinações do item 9.4 deste acórdão.

Quórum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro e Bruno Dantas (Relator).

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

Relatório:

Trata-se de Representação formulada pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações (SeinfraAeroTelecom), atual

Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações (SeinfraAeroTelecom) , atual Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) , em face de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) .

2. Por registrar as principais ocorrências havidas no andamento deste processo até o momento, resumindo os fundamentos das peças acostadas aos autos, adoto como relatório, com os ajustes de forma necessários e mantidos os destaques originais, a instrução da secretaria responsável pela análise do processo (peça 139) , que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peças 140-141) :

“HISTÓRICO

2. No segundo semestre de 2015, o TCU realizou uma auditoria operacional, conforme processo TC 023.133/2015-5, com o objetivo avaliar a atuação da Anatel na garantia e melhoria da qualidade da prestação dos serviços de telefonia móvel no Brasil. Nesse processo, foram solicitados à Anatel diversos documentos, incluído as cópias dos processos administrativos sobre os TACs a serem firmados sobre o tema.

3. Nesses documentos foram verificados indícios de irregularidades na atuação da Anatel, que motivaram, em novembro de 2015, a abertura de representação no TCU que resultou em medida cautelar impedindo que fosse assinado o TAC de qualidade da empresa Oi (TC 033.413/2015-0, peça 10) . A medida ainda se encontra vigente, conforme Acórdão 2.572/2016-TCU-Plenário, que sobrestou a apreciação de mérito do processo devido ao pedido de recuperação judicial do grupo Oi.

4. Ocorre que, por meio dos documentos obtidos na referida representação, de notícias na mídia e de documentos públicos obtidos no próprio sistema eletrônico de processos da Anatel (SEI) , verificou-se que estão em tramitação na Anatel diversos outros TACs, referentes a outros temas e outras operadoras, que apresentam também os indícios de irregularidades constatados no TAC da Oi.

5. Diante desses dados, a unidade técnica do TCU formulou, em 28/7/2016 (peça 18) , representação sobre o tema, propondo que fosse determinado cautelarmente à Anatel que se abstinhasse de assinar TACs, de forma geral, até que fossem avaliadas pelo Tribunal as possíveis irregularidades encontradas.

6. Por meio de despacho do dia 3/8/2016 (peça 22) , o ministro relator da matéria

decidiu conhecer da representação e, previamente à adoção da medida cautelar, determinou que a Anatel se manifestasse sobre as irregularidades apontadas pela unidade técnica do Tribunal.

7. Em 15/8/2016, a Anatel respondeu aos questionamentos por meio do Ofício 60/2016/SEI/AUD-Anatel (peça 25) . As respostas e os dados apresentados pela agência foram preliminarmente avaliados pela área técnica do TCU (peça 28) , que concluiu que ainda se fazia necessário solicitar informações complementares à agência, com vistas a trazer maior transparência ao mérito. Assim, foi realizada nova diligência junto à Anatel no dia 31/10/2016 (peça 30) .

8. A agência apresentou parte dos dados e das informações complementares solicitadas pelo TCU, avaliados na presente instrução, por intermédio dos Ofícios 85/2016/SEI/AUD-Anatel, de 17/11/2016 (peça 34) , e 270/2016/SEI/PR-Anatel, de 21/11/2016 (peça 35) . Alegando tratar-se de grande volume de informações e documentos a serem entregues, a agência solicitou prorrogação de prazo de quinze dias e entregou os dados requeridos em 30/11/2016, por intermédio do Ofício 88/2016/SEI/AUD-Anatel (peça 36) .

9. Entretanto, apesar de constarem no pedido de diligência, nem todos os documentos solicitados à Anatel foram entregues ao TCU, especialmente aqueles que fundamentaram e embasaram a análise da agência sobre o TAC do Grupo Telefônica/Vivo. Por isso, foram expedidas outras duas diligências à agência, em 8/12/2016 e em 27/1/2017 (peças 39 e 59) , respondidas pela Anatel entre 20/12/2016 e 14/2/2017 (peças 45 - 47, 62, 63, 66-70) .

10. A unidade técnica do Tribunal, ao avaliar as respostas encaminhadas pela Anatel, verificou que a agência não encaminhou todos os elementos e dados solicitados, sendo necessária uma quarta diligência, realizada dia 10/3/2017 (peça 73) , que propôs:

‘ (...) reiterar solicitação à Anatel que encaminhe todos os arquivos base necessários para permitir uma análise completa do chamado cenário de referência do modelo com respeito ao cálculo do VPL do TAC da Telefônica, uma vez que, mesmo após duas diligências requerendo o envio dessas planilhas, em 8/12/2016 e em 27/1/2017 (peças 39 e 59) , a agência não atendeu à solicitação integralmente (peças 45-47, 62-63, 66-70) .’

11. Após pedir prorrogação de prazo à quarta diligência realizada à Anatel

11. Após pedir prorrogação de prazo a quarta diligência realizada, a Anatel apresentou resposta (peças 80 a 84) em 27/3/2017, encaminhando alguns dos dados solicitados, e, por fim, pedindo o sobrestamento do presente processo de representação, pedido esse que será analisado em seção específica da presente instrução.

12. Em 28/4/2017, a Anatel encaminhou um novo estudo de VPL, totalmente diferente de tudo que vinha sendo apresentado no âmbito desse processo, e manifestou sua desistência do pedido de sobrestamento, o que também será analisado na presente instrução. Além disso, mesmo sem o momento processual da tramitação da presente representação no TCU permitir que a agência tivesse acesso ao conteúdo da minuta de instrução de mérito da unidade técnica, o Conselho Diretor da agência aprovou, em 27/4/2017, algumas alterações pontuais que corrigiram algumas irregularidades que ainda serão tratadas nesta instrução, mas que eram objeto de propostas de determinação em minuta de mérito anterior ao recebimento desse ofício da Anatel.

13. Deve ser registrado que, conforme informações encaminhadas pela agência, até dezembro de 2016, estavam em tramitação na Anatel um total de 37 pedidos de celebração de TAC, abrangendo inúmeros processos administrativos da agência, podendo chegar ao valor de R\$ 9,1 bilhões (peça 25, mídia anexa 'Anexo I – Relação de processos TAC'), conforme Tabela 1.

Tabela 1 – Total de multas estimadas e aplicadas nos TACs em andamento na Anatel*

Empresas com TACs em andamento na Anatel	Valor Multas Estimadas	Valor Multas aplicadas	Valor Total
Algar / CTBC	R\$ 33.327.083,72	R\$ 17.780.962,28	R\$ 51.108.046,00
Claro	R\$ 377.139.051,05	R\$ 2.203.224,27	R\$ 379.342.275,32
Local Int	R\$ 6.690,80	R\$ -	R\$ 6.690,80
Oi	R\$ 4.659.873.285,43	R\$ 1.914.368.035,03	R\$ 6.574.241.320,46

Sercomtel	R\$ 2.369.094,06	R\$ 12.563.320,78	R\$ 14.932.414,84
Telefônica **	R\$ 1.210.520.183,27	R\$ 560.109.684,98	R\$ 1.770.629.868,25
Tim	R\$ 377.131.126,87	R\$ 14.048.472,58	R\$ 391.179.599,45
TOTAL	R\$ 6.660.366.515,20	R\$ 2.521.073.699,92	R\$ 9.181.440.215,12

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados presentes na peça 25, mídia anexa arquivo 'Anexo I - Relação de processos TAC (0733991) '

* A previsão de multas acima foi elaborada utilizando-se os dados encaminhados pela Anatel em agosto de 2016, de forma que esse montante deve aumentar com a atualização dos valores e a inclusão de novos processos em cada TAC.

**Como exemplo, cita-se o TAC da empresa Telefônica que em agosto de 2016 era de R\$ 1,7 bilhão e atualmente se encontra em R\$ 2,8 bilhões.

14. Assim, diante da alta relevância, alto risco e alta materialidade dos TACs em tramitação na Anatel e daqueles que poderão ser posteriormente instaurados, passa-se a analisar o mérito da matéria.

EXAME TÉCNICO

15. A presente instrução aborda a análise de diversos macrotemas divididos nas seguintes seções:

- a) aspectos teóricos do instrumento TAC na doutrina, na legislação vigente e no regulamento de TACs da Anatel;
- b) irregularidades na negociação dos TACs no âmbito da Anatel;
- c) irregularidades nos dispositivos de ajustamento de conduta aplicáveis a todos os TACs;
- d) irregularidades nos dispositivos dos compromissos adicionais aplicáveis a todos os TACS;

- e) irregularidades e deficiências no acompanhamento e fiscalização dos TACs pela Anatel;
- f) irregularidades no procedimento de declaração de descumprimento do TAC e na execução das multas e do valor de referência do TAC;
- g) irregularidades e dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões nos dispositivos da minuta de TAC da operadora Telefônica;
- h) análise do pedido de sobrestamento e do seu posterior pedido de desistência feitos pela Anatel em um intervalo de trinta dias;
- i) ilegalidades e dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões identificados na atuação do Conselho Diretor da Anatel nos processos de aprovação do ato de desconto dos compromissos adicionais de todos os TACs e de aprovação do TAC da Telefônica.

I. ASPECTOS TEÓRICOS DO INSTRUMENTO TAC NA DOCTRINA, NA LEGISLAÇÃO VIGENTE E NO REGULAMENTO DE TACS DA ANATEL

I.1. Definição e características jurídicas do TAC

16. O instrumento Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) está previsto no § 6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985.

17. Carvalho Filho define TAC da seguinte forma (2001, p. 4) :

‘Podemos, pois, conceituar o dito compromisso como sendo o **ato jurídico** pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua **conduta ofende interesse difuso ou coletivo**, assume o **compromisso de eliminar a ofensa** através da **adequação de seu comportamento** às exigências legais.’ (sem grifos no original)

18. De acordo com Neto (2003) , um Termo de Ajustamento de Conduta consiste em um acordo entre partes que visam a impedir a continuidade de uma situação irregular na prestação de determinado serviço, em que os normativos e os regulamentos vigentes não estão sendo respeitados.

19. Assim, trata-se de ato jurídico complexo, característico da Administração Pública, consensual e praticado entre a Administração e o administrado, com o objetivo de substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta

primariamente exigível por outra conduta secundariamente negociável, com a finalidade de possibilitar um melhor atendimento do interesse público (NETO, 2003) .

20. Dito de outra forma, o termo de ajustamento é instrumento negocial que pode ser firmado por diversos órgãos e entidades legitimados pela Lei da Ação Civil

Pública, como as autarquias, incluindo as agências reguladoras, conforme inciso IV do seu art. 5º.

21. No caso do setor de telecomunicações, os Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) a serem firmados entre as prestadoras e a Anatel englobam todos os tipos de multas aplicadas pela agência reguladora, incluindo infrações ao contrato de concessão de telefonia fixa, aos regulamentos técnicos direcionados às concessionárias e/ou às autorizatárias de todos os serviços de telecomunicações e aos normativos relativos aos direitos dos usuários.

22. De acordo com a alínea 'c' do art. 2º e o art. 3º da Lei 5.070/1966, todas as multas da Anatel que forem arrecadadas devem ser destinadas aos seguintes fundos públicos setoriais: Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) e Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) . Assim, os valores transacionados nos TACs da Anatel correspondem a receitas da União que seriam destinadas às políticas do setor como um todo, mas que serão direcionadas para investimentos transacionados com as próprias prestadora, não raro após anos de cometimento de infrações.

23. Essa é outra razão para a alta relevância atribuída ao processo de negociação e acompanhamento dos TACs na Anatel, uma vez que o interesse público na celebração do TAC somente será justificado se efetivamente houver: a proposição de investimentos que tragam benefícios significativos aos usuários; um controle tempestivo da realização desses compromissos; e um sancionamento efetivo e tempestivo no caso de descumprimentos.

24. Ou seja, pelo princípio da supremacia do interesse público, o TAC não poderá ser firmado se os benefícios privados da prestadora, seja por deixar de quitar as multas aplicadas, seja pelos investimentos adicionais em rede que serão incorporados ao seu ativo, forem superiores ao benefício coletivo da sociedade.

25. Essa mesma posição é defendida por Pinho e Cabral (2011, p. 79) :

‘Como é cediço, é **vedada a prática de concessões** no bojo do termo de

ajustamento, pois este **instrumento não se destina a proteger terceiro que não está agindo em consonância com as exigências legais.**

Convém ressaltar, ainda, que o **compromisso não pode implicar na renúncia a direitos**, pois como já dissemos, sendo os mesmos **pertencentes à coletividade**, torna-se evidente o caráter de indisponibilidade dos mesmos.

Frisamos, uma vez mais, que **pequenas concessões relativas à forma e ao prazo** para cumprimento das obrigações fixadas no termo, parecem-nos **perfeitamente possíveis**, posto que não implicam em transação acerca do direito material controvertido, mas em **pequenos benefícios** que, não só em **nada comprometem a indisponibilidade do direito** em questão, como **ainda viabilizam a formação do ajuste** e, conseqüentemente, a **reparação dos danos ocorridos e a tutela do interesse coletivo.**' (sem grifos no original)

26. No âmbito da Anatel, foi elaborado regulamento específico para disciplinar diversos aspectos, procedimentos e critérios da elaboração, acompanhamento e sanção dos TACs a serem firmados com prestadoras de serviços de telecomunicações, o Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (RTAC) , Resolução-Anatel 629/2013 (peça 101) .

27. Segundo os incisos I e II do art. 13 do RTAC, o TAC da Anatel divide-se em duas partes principais: ajuste de conduta irregular e compromissos adicionais.

28. A seção do ajuste de conduta corresponde à obrigação da prestadora de corrigir todas as condutas que infringiram a legislação e a regulamentação da agência e de reparar todos os usuários atingidos por essas condutas, além de prevenir que a prestadora não continuará cometendo novas infrações desse tipo durante e após a vigência do TAC.

29. Destaca-se que o ajuste das condutas infringidas é uma obrigação legal e regulamentar das operadoras, sendo que o TAC abre a possibilidade de haver um ajuste gradual para atingir o cumprimento integral de todas as metas e regulamentações da Anatel.

30. Assim, não seria necessário exigir que as empresas detalhassem quais serão os projetos e as ações que serão adotadas para alcançar esse estágio de pleno cumprimento dos normativos vigentes. Entretanto, tanto no art. 17 do RTAC quanto

nos votos que conduziram à aprovação de minutas de TAC no Conselho Diretor (peça 93) , a Anatel optou por exigir que as prestadoras apresentem esse detalhamento para fins de acompanhamento e sanção no âmbito do TAC, conforme art. 17 do regulamento.

31. Essa opção não invalida a necessidade de a agência verificar e exigir, durante a vigência do TAC, o cumprimento de todos os normativos, ainda que de forma gradual, incluindo aqueles referentes aos dispositivos infringidos e sancionados nos Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pados) incluídos no TAC.

32. A outra seção dos TACs da Anatel são os compromissos adicionais, que, conforme art. 18 do RTAC, devem implicar benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço, com a execução de projetos de investimentos ou com a concessão temporária de benefícios diretos aos usuários.

33. Ressalte-se que não se podem confundir os projetos referentes ao ajustamento obrigatório de conduta irregular com os investimentos dos compromissos adicionais pactuados com a prestadora no âmbito do TAC. Cessar conduta irregular e não reincidir é um dever legal de toda prestadora e deve ser cumprido independentemente da existência, ou não, de TAC firmado com a agência. Já os compromissos adicionais são definidos por ocasião da proposta de celebração de TAC e possuem a finalidade de garantir o atendimento do interesse público.

34. Também cabe registrar que, de acordo com os arts. 2º, 3º e 6º, inciso VI, todos do próprio RTAC, o uso do TAC na atuação da agência configura-se como uma exceção, uma vez que o procedimento usual é fiscalizar as prestadoras e sancioná-las pelos seus descumprimentos da regulamentação vigente. Essa negociação, que permite trocar a arrecadação das multas ao Erário por compromissos de investimento da empresa e o ajuste da conduta indevida, requer uma motivação demonstrando a presença do interesse público na aceitação desta troca.

35. Como descrito pelo Conselheiro Igor de Freitas, na sua análise da minuta de TAC da Telefônica (peça 93, p. 20) :

‘4.2.8.3. Como é sabido, o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta **(TAC)** é um instrumento jurídico que autoriza, excepcionalmente, nos casos expressamente autorizados por lei, os órgãos públicos legitimados a **negociar a solução de conflitos** com a finalidade de criar as condições necessárias para a

SOLUÇÃO DE COMPROMISSOS com a finalidade de criar as condições necessárias para a regularização de condutas ou para evitar a prática de condutas irregulares pelos infratores.’ (sem grifos no original)

36. Entretanto, nos primeiros casos em tramitação na Anatel, observa-se que

predomina uma opção por incluir um número elevado de processos, abrangendo as mais diversas temáticas, em um mesmo processo de TAC, resultando em valores totais da ordem de bilhões de reais. Tal conduta pode dificultar tanto o processo de negociação e definição dos investimentos quanto o necessário acompanhamento e eventual sanção no âmbito dos TACs.

37. Conforme já abordado ao longo de outros trabalhos do TCU, como por exemplo na auditoria sobre a qualidade da telefonia móvel apreciada no Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, a assunção de compromissos por parte das operadoras, como na proposta de TACs, também pode ser um instrumento adequado e eficaz para melhorar a qualidade da prestação dos serviços de telecomunicações.

38. Contudo, é fundamental que a execução desse instrumento seja acompanhada e fiscalizada corretamente e tempestivamente pela Anatel, além de não sofrer sucessivas alterações de metodologias de aferição das metas durante sua vigência e resultar em sanções efetivas e tempestivas para as empresas que descumprirem os compromissos firmados. Tais conflitos jurídicos e a baixa fiscalização da Anatel foram observados em outros casos, como no Plano de Melhoria de Qualidade da telefonia móvel e no acompanhamento dos condicionantes da fusão entre Brasil Telecom e Oi, analisados respectivamente nos Acórdãos 2.333/2016-TCU-Plenário e 2468/2010-TCU-Plenário, sendo o último objeto do acompanhamento no âmbito do TC 006.246/2012-5, pendente de julgamento.

39. As condições pactuadas devem ser objetivas e precisas o suficiente para evitar a diversidade de interpretações no cumprimento, na fiscalização e na eventual aplicação de sanção na vigência do TAC, tanto por parte da agência quanto das prestadoras e de outros agentes, como o Ministério Público Federal, que poderá executar o TAC firmado pela Anatel conforme defende Mazzilli (2008, p. 336) . Isso também é recomendado pelo Procurador do MPF Gavronski como uma boa prática para qualquer TAC a ser celebrado (2006, p. 122-123) :

‘O art. 21 da Resolução n. 87/2006 estabelece que o **compromisso de ajustamento de conduta deverá conter**: o nome e qualificação do responsável, a

descrição das obrigações assumidas, o prazo para cumprimento das obrigações os fundamentos de fato e de direito e a previsão de multa cominatória no caso de descumprimento.

Dois outros cuidados são relevantes:

- todas as **obrigações discriminadas de forma clara, específica e objetiva**, inclusive quanto ao tempo e modo de cumprimento, porquanto, **como título executivo, o compromisso deve ser líquido e certo para ser exigível;**
- **formas de fiscalização e/ou acompanhamento do seu cumprimento** (envio de relatórios, realização de vistorias periódicas a cargo do Ministério Público ou de quem ele indicar etc.) .’ (sem grifos no original)

40. Cabe ressaltar que a regulamentação do TAC no âmbito da Anatel traz outra peculiaridade que pode afetar a efetividade do instrumento e dificultar o eventual sancionamento necessário em caso de descumprimento.

41. Ao contrário do que ocorre com outras agências reguladoras, o RTAC estabelece que todos os processos sancionatórios que deram origem ao TAC serão arquivados após a assinatura do termo de ajustamento. Isso significa que eventuais descumprimentos parciais ou totais dos TACs não implicarão o retorno da tramitação dos Pados antigos, sendo a prestadora sujeita somente às multas previstas no próprio RTAC, o que pode se configurar um estímulo ao descumprimento e um benefício ilegal às operadoras se não houver um processo célere de execução por parte da agência.

42. Esse tipo de atuação, com maior negociação da Anatel com os entes regulados, demanda ainda maior atenção da agência e maior esforço de fiscalização e acompanhamento para garantir sua efetividade. Caso contrário, corre-se o risco de as empresas comprometerem-se a cumprir metas, mas não as executarem integralmente na prática, à revelia da Anatel, que não será capaz de identificar e sancionar tempestivamente as operadoras.

43. Ao optar por tal instrumento, a agência deve estabelecer as condições necessárias para ter razoável segurança de que será capaz de acompanhar e fiscalizar de forma adequada esses acordos, bem como que adotará, de forma tempestiva e efetiva, as ações sancionatórias previstas no instrumento.

44. A principal sanção dos TACs é a execução judicial dos valores de multas

previstos em seu texto, seguindo os procedimentos legais definidos no Código de Processo Civil (MAZZILLI, 2008, p. 333) . No caso da Anatel, conforme art. 14 do RTAC, o valor a ser executado é definido como o chamado Valor de Referência (VR) , composto pela soma de todas as multas aplicadas e estimadas referentes aos processos sancionatórios incluídos no TAC.

45. Essa preocupação com a clareza e a objetividade da previsão das sanções no TAC foi, inclusive, manifestada pelo Procurador do MPF Alexandre Gavronski em sua contribuição durante a consulta pública que resultou no RTAC (peça 107, p. 3) :

‘3) A regulamentação [da Anatel] é tímida ao tratar do descumprimento do TAC, encerrando-se na emissão de um Certificado de Descumprimento do TAC, quando ele se trata de título executivo, e, portanto, sujeito à execução;

4) a regulamentação [da Anatel] parece desconsiderar que o TAC é título executivo previsto na Lei da Ação Civil Pública e, por isso, se submete ao seu regramento.

À luz dessas preocupações tenho algumas críticas/sugestões/propostas específicas:

1) a regulamentação do TAC proposta pela ANATEL, desconsiderando que ele próprio é um **título executivo que deve prever cominações** (art. 5º, §6º, LACP) , disciplina as sanções com a terminologia ‘será aplicada multa’, como se a incidência da multa dependesse de decisão do Conselho. **A multa do TAC deve integrar o próprio título executivo e tem finalidade cominatória**, ou seja, assegurar o cumprimento. **Não deve depender de nenhuma nova decisão**. Assim, da regulamentação é importante que conste redação bem diversa, algo do tipo: ‘Deverá constar como cláusula obrigatória do TAC a previsão de multa cominatória equivalente a ...’. E não ‘Será aplicada multa: ...’ (grifos diferentes do original) ’

46. Conforme será abordado ao longo da presente instrução, em seção específica, tais problemas de previsão de sanções do TAC persistem no regulamento vigente e nos textos das minutas já analisadas pelo Conselho Diretor.

47. Destaca-se que vários autores, como Menezes (2011) , defendem que os TACs firmados por um legitimado podem ser executados por qualquer outro legitimado interessado, em especial o Ministério Público. Nas palavras de Mazzilli (2008, p.

332, 336) :

‘[...] Em suma, diante de seu **caráter de garantia mínima, qualquer co-legitimado poderá discordar do compromisso e propor a ação judicial** cabível. Ou mesmo **tentar obter um compromisso de ajustamento mais abrangente** que o já existente.

Se qualquer co-legitimado à ação civil pública ou coletiva não aceitar o compromisso de ajustamento tomado por um dos órgãos públicos legitimados, poderá desconsiderá-lo e buscar os remédios jurisdicionais cabíveis. [...] **se um outro órgão público legitimado tomar um compromisso de ajustamento**, isso **não obstará a que o Ministério Público ajuíze a ação civil pública**, caso entenda **insuficiente a solução obtida no compromisso**.

[...]

O título executivo firmado no **compromisso de ajustamento de conduta pode ser executado** por qualquer co-legitimado ativo à ação civil pública, e **não somente pelo órgão público que o tomou**. (sem grifos no original) ’

48. Conforme esse entendimento, os TACs firmados pela Anatel também poderão ser executados pelo MPF em caso de descumprimento total ou parcial. Por essa razão, é fundamental que haja transparência quanto a todos os TACs firmados pela agência e seu estágio de cumprimento, para assegurar que a sociedade e os demais legitimados a propor execução do TAC possam saber tempestivamente sobre o grau de cumprimento das metas e compromissos pactuados em cada respectivo TAC.

I.2. Fases de tramitação do TAC na Anatel

49. De acordo com o Regulamento de TAC da agência, Resolução-Anatel 629/2013, de 16/12/2013, a sequência de fases de tramitação prevista para o instrumento pode ser resumida em:

- a) apresentação de requerimento de celebração de TAC por parte da prestadora, listando todos os processos administrativos sancionatórios que deseja incluir na negociação (art. 4º do regulamento) ;
- b) agência analisa o requerimento, verificando a presença do interesse público em celebrar o acordo, no prazo máximo de trinta dias (arts. 6º e 7º do regulamento) ;

celebrar o acordo, no prazo máximo de trinta dias (arts. 6º e 7º do regulamento) ;

c) Anatel admite o requerimento, suspendendo a tramitação dos respectivos processos sancionatórios da prestadora até a aprovação final do TAC pelo Conselho Diretor. Duração limitada ao prazo máximo de quatorze meses (art. 8º do

regulamento) ;

d) a prestadora apresenta sua proposta de prazos e projetos de investimento para a correção das irregularidades e a execução de compromissos adicionais;

e) fase de negociação entre Anatel e prestadora, na qual são discutidos todos os termos e condições do TAC, incluindo os projetos e compromissos de investimentos. Duração máxima de 420 dias para os pedidos protocolados até 120 dias após a publicação do regulamento, e 240 dias para os demais casos (arts. 9º, *caput* e § 1º, e 38 do regulamento) ;

f) área técnica da agência redige minuta de TAC;

g) PFE analisa essa minuta e emite seu parecer, no prazo máximo de sessenta dias (art. 9º, § 2º, do regulamento) ;

h) área técnica adequa a minuta conforme as recomendações da Procuradoria ou justifica seu eventual entendimento de desnecessidade de proceder qualquer alteração. Em seguida, envia sua proposta final para o Conselho Diretor;

i) o Conselho Diretor da Anatel analisa a minuta de TAC e aprova o instrumento, efetuando, ou não, alguma modificação nos termos propostos pela área técnica (art. 11, *caput*, do regulamento) ;

j) a prestadora é notificada para manifestar, em até trinta dias, se deseja firmar o TAC nos termos aprovados pelo Conselho Diretor. Também deve pagar 10% do valor das multas aplicadas pela Anatel no âmbito dos processos admitidos no TAC, com exceção dos requerimentos de TAC protocolados até 120 dias após a publicação do Regulamento (arts. 11, § 1º, e 38, inciso IV, do regulamento) ;

k) o TAC é assinado entre a Anatel e a prestadora, com vigência máxima de quatro anos (arts. 12 e 13, inciso VIII, do regulamento) ;

l) todos os processos sancionatórios abrangidos pelo TAC são arquivados (art. 11, § 3º, do regulamento) ;

m) a Anatel fiscaliza e acompanha o cumprimento do TAC ao longo de toda sua vigência;

n) após o prazo final da vigência do TAC, a Anatel inicia a apuração do grau de cumprimento do TAC e da eventual necessidade de aplicar alguma sanção;

o) a Anatel, constatando o cumprimento do TAC, emitirá o Certificado de Cumprimento, e, caso constatar o descumprimento do TAC, emitirá o Certificado de Descumprimento do TAC.

50. Essas fases de tramitação, com seus respectivos prazos máximos conforme o regulamento da Anatel, estão graficamente representadas na figura 1.

Figura 1 – Fases previstas para o processo de celebração de um TAC, conforme Resolução-Anatel 629/2013

Fonte: elaboração própria com base no Regulamento de TAC da Anatel, Resolução-Anatel 629/2013 (peça 101) .

51. Cabe esclarecer que o Regulamento do TAC não determina que todos os instrumentos desse tipo sejam analisados ou aprovados em nenhum momento pelo TCU, o que de fato nem é possível, pois as resoluções da Anatel não possuem competência legal para demandar a atuação do Tribunal. Além disso, é notório que o TCU não é instância revisora ou recursal das decisões da agência.

52. Isso posto, recorda-se que a assinatura da minuta do TAC de qualidade e universalização da operadora Oi foi objeto de medida cautelar impedindo sua realização, expedida no âmbito de processo de representação TC 033.413/2015-0, sobrestado a pedido da prestadora devido ao início da sua recuperação judicial, e que, no caso da outra minuta de TAC já aprovada pela Anatel, com o grupo Telefônica, foi feito um alerta à agência por ocasião da decisão por oitiva no âmbito do presente processo.

53. Desde então, a única minuta de TAC aprovada pelo Conselho Diretor foi o TAC da Telefônica, inclusive tendo sido incluída nessa decisão a necessidade de submissão da minuta ao TCU (peça 95, p. 2) :

‘Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Conselho Diretor da Anatel, por maioria de quatro votos, nos termos da Análise nº

Conselho Diretor da Anatel, por maioria de quatro votos, nos termos da Análise n° 108/2016/SEI/IF (SEI n° 0920798) , integrante deste acórdão:

a) **aprovar a presente proposta de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta**, nos termos da minuta constante do Anexo I a referida Análise (SEI n°

0935173) ;

b) **submeter a presente proposta de TAC à apreciação do Tribunal de Contas da União – TCU**, no âmbito da auditoria operacional da Tomada de Contas n° 022.280/2016-2, imediatamente após deliberação deste Colegiado da presente matéria;’ (sem grifos no original)

54. Assim, ao longo da presente instrução, **serão avaliados aspectos gerais e irregularidades que perpassam a discussão e tramitação de todos os TACs da agência**, além de serem analisados alguns pontos em desacordo com a legislação e a regulamentação vigente identificados no caso concreto da minuta de termo de ajustamento da Telefônica.

55. Ressalta-se que a atuação do TCU, no seu papel constitucional de controle externo, se destina a fiscalizar as ações conduzidas pela Anatel mediante a definição de um escopo de trabalho, um universo e uma amostra a serem examinados com relação aos procedimentos da agência. Dessa forma, **não se pretende, na presente avaliação, atestar a aprovação, ou não, pelo TCU dos processos de TAC**, e sim verificar se há irregularidades e fragilidades **nos pontos avaliados pelo Tribunal** quanto a um determinado processo executado pelo órgão regulador.

II. IRREGULARIDADES NA NEGOCIAÇÃO DOS TACS NO ÂMBITO DA ANATEL

56. O Regulamento de TAC estabeleceu prazos definidos tanto para as fases de negociação entre a Anatel e a prestadora, quanto para a fase de análise e decisão da agência. O art. 38, inciso II, do RTAC estipula o prazo máximo de 420 dias de duração para a negociação entre a Comissão de Negociação da agência e a respectiva operadora, no caso dos requerimentos de celebração de TAC apresentados nos primeiros 120 dias de vigência do regulamento. Contudo foram identificadas irregularidades nos trâmites dessa negociação, especialmente no período em que os processos estavam em análise pelo Conselho Diretor.

II.1. Inclusão de processos nos TACs após o fim do prazo limite regulamentar e

após a aprovação final do próprio TAC pelo Conselho Diretor

II.1.1. Isenção irregular do pagamento de 10% das multas aplicadas antes da celebração de TACs

57. Na instrução inicial da presente representação, já havia sido destacada a importância de serem respeitados os prazos previstos no regulamento de TAC para inclusão de processos no âmbito da negociação. O RTAC definiu condições e prazos mais favoráveis às empresas somente para os requerimentos de celebração de TAC que fossem apresentados no período de transição, a saber, em até 120 dias contados de 16/12/2013, data de início de vigência do regulamento.

58. Entre essas condições mais favoráveis, está a isenção do pagamento, previsto no art. 5º, § 2º, do Regulamento de TAC, de 10% do valor correspondente às multas aplicadas nos processos incluídos no TAC, e a própria extensão dos prazos de tramitação do TAC e a suspensão dos processos sancionatórios admitidos na negociação do termo.

59. Registre-se que as empresas têm encaminhado sucessivos requerimentos à Anatel para incluir outros processos no âmbito dos TACs já em tramitação, mesmo após o prazo limite de 120 dias estabelecido pelo RTAC. Por sua vez, em várias ocasiões na fase de negociação, a área técnica da agência tem aceitado incluir tais processos, sem fazer uma análise, seguida de eventual cobrança, do enquadramento de cada processo na obrigação de pagar 10% do valor das multas aplicadas antes da celebração do TAC, de acordo com a data de pedido de inclusão dos processos. Uma das justificativas, alegada em resposta a questionamento da Procuradoria especializada junto à Anatel (PFE) sobre esse aspecto, é de que estes requerimentos seriam tão somente 'aditamentos' do pedido original 'para efeitos de negociação' (peça 2, p. 6-7) .

60. Após questionamentos do TCU, a Anatel tem demonstrado maior preocupação com esse aspecto, como se pode constatar na análise do Conselheiro Relator da aprovação da minuta de TAC da Telefônica (peça 93, p.11-12) :

'4.2.6.8. Verificou-se, ademais, a **inaplicabilidade da regra** prevista no § 2º do art. 5º do RTAC, que estabelece como **condição para a celebração do Termo o pagamento de 10%** (dez por cento) do valor correspondente às **multas aplicadas nos processos** administrativos a que se refere o TAC, em virtude da **inexistência**

de requerimento de celebração de TAC apresentado após dia 17/4/2014, data em que se encerra o período de transição estabelecido no art. 38 do RTAC:’ (sem grifos no original)

61. No caso concreto do TAC da operadora Telefônica, verificou-se que, em resposta à diligência feita pelo TCU, a Anatel afirmou que os processos sancionatórios (Pados) cujo requerimento de inclusão no TAC foram apresentados pela prestadora em data posterior ao período de transição previsto no regulamento não entraram na exceção definida no art. 38, inciso IV, do RTAC, que determina que ‘não será devido o pagamento de 10% (dez por cento) do valor correspondente às multas aplicadas nos processos administrativos a que se refere o TAC’ (peça 47, p. 7) .

62. Diante disso, a área técnica da Anatel afirmou que caberá à empresa o pagamento do percentual previsto no regulamento para os pados inseridos após meados de abril de 2014, fim do período de transição do RTAC, totalizando R\$ 580.145,94 (peça 47, p. 7) .

63. Embora nesse caso concreto a área técnica da agência tenha se manifestado no sentido de cobrar da operadora o montante de 10% das multas, ressalta-se que tal posicionamento ainda não foi ratificado pelo Conselho Diretor da Anatel, visto que o parecer da área técnica ainda está sob análise do Conselho. Assim, não há nenhuma garantia ou decisão formal pelo órgão máximo da agência de que o valor será, de fato, cobrado da Telefônica, o que representa um risco de dano ao Erário, caso o montante não seja cobrado.

64. Soma-se a esse risco, o fato de que, em análises de outras negociações de TAC, a Anatel já se posicionou de maneira contrária, sendo favorável à aplicação do desconto dado a Pados inseridos depois do prazo de transição.

65. Como exemplo, cita-se o caso do TAC de qualidade e universalização da empresa Oi, em que a análise preliminar realizada no seu respectivo processo administrativo, TC 033.413/2015-0, verificou-se a aplicação do desconto mesmo em processos cuja requisição de inserção no TAC foi feita após o prazo limite.

66. Nesse caso, a análise preliminar feita pelo TCU identificou diversas correspondências com esse teor enviadas pela operadora à Anatel após o seu prazo do regulamento de 29/4/2015. A agência recebeu e considerou em sua análise propostas recebidas após o processo administrativo ter concluído seu trâmite nas

propostas recebidas após o processo administrativo ter concluído seu trâmite nas áreas técnicas e na Procuradoria da Anatel, sendo que a última requisição deste tipo pela empresa foi em 18/5/2016 (peça 7) , sendo admitida no TAC. Registre-se que a minuta final do referido TAC foi aprovada pelo Conselho Diretor da agência no dia seguinte, em 19/5/2016.

67. Casos semelhantes foram constatados também pela Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE) ao se manifestar nas negociações de TAC com outras operadoras, como no TAC da empresa Sercomtel (peça 88, p. 16) , e no da empresa Algar (peça 109, p. 18 a 20) .

68. Dessa forma, ainda que a Anatel tenha decidido pela cobrança do percentual no caso concreto do TAC da operadora Telefônica, constatou-se ser necessário que tal entendimento seja aplicado às situações semelhantes presentes nos demais TACs promovidos pela agência.

69. Assim, propõe-se determinar à Anatel que, nos processos de negociação e aprovação de TAC conduzidos pela agência, se abstenha de aplicar a regra prevista no art. 38, inciso IV, do Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (RTAC) , Resolução-Anatel 629/2013, aos **processos sancionatórios cuja inclusão no TAC tenha sido feita posteriormente ao período de transição previsto no regulamento, seja por requerimento da prestadora ou por inclusão de ofício pela própria agência, de forma que a esses processos seja devido o pagamento de 10% do valor correspondente às multas aplicadas**, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 38, inciso IV, da Resolução-Anatel 629/2013.

II.1.2. Ausência de análise da área técnica da Anatel acerca da existência de interesse público na inclusão de Pados no TAC

70. Ao avaliar o regulamento, verifica-se que, de acordo com o art. 4º do RTAC, a celebração de um TAC poderá ser proposta, a qualquer tempo, de ofício pela Anatel. Isto é, o RTAC permite à agência dar início a um processo de TAC, mas mesmo nesse caso exige que haja uma análise da área técnica acerca da existência de interesse público na inclusão de cada Pado no TAC, conforme art. 7º do RTAC.

71. Entretanto, o Acórdão-Anatel 422, de 17/11/2016, que aprovou o termo da empresa Telefônica, o Conselho Diretor da Anatel (CD) definiu (peça 95, p. 2) :

‘Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do

Conselho Diretor da Anatel, por maioria de quatro votos, nos termos da Análise nº 108/2016/SEI/IF (SEI nº 0920798) , integrante deste acórdão:

(...)

i) admitir de ofício a inclusão de todos os processos atualmente em trâmite que apurem, no todo ou em parte, as mesmas condutas incluídas nos processos tratados na referida Análise.’ (sem grifos no original)

72. Dessa forma, verifica-se que, já na etapa de aprovação do TAC da empresa Telefônica, o **CD decidiu por incluir de ofício qualquer processo administrativo da prestadora que estivesse em andamento na agência e que estivesse relacionado aos temas analisados no âmbito do TAC, sem que haja uma análise de admissibilidade pela área técnica** da Anatel de cada processo, no caso concreto, como foi feito com os processos inclusos no TAC da Telefônica até então. Registre-se que, em 27/4/2017, o Conselho Diretor manifestou novamente seu entendimento de que o Acórdão-Anatel 422/2016 autorizou a inclusão de novos processos de ofício até a data de assinatura do TAC (peças 125, p. 21-22; 130) .

73. Além disso, é necessário destacar que houve uma sobreposição de atividades da agência que deveriam ser executadas pela Anatel em momentos distintos, visto que o TAC foi aprovado pelo Conselho Diretor sem que houvesse uma análise e conhecimento de todos os processos nele inclusos, os valores e os compromissos de investimentos atrelados a eles.

74. É importante ressaltar também que o fato de o próprio Conselho Diretor da Anatel decidir incluir no TAC, de ofício, processos que nem a própria prestadora apresentou requisição de inclusão no termo, permite que haja um possível prejuízo à legitimidade do TAC, visto que o instrumento de termo de ajustamento de conduta tem um caráter negocial e é fundamentado em um processo de discussão e alinhamento das suas condições com a empresa, algo que não ocorre quando o CD decide incluir processos de ofício a um TAC depois do término da fase de negociação com a prestadora, como foi feito no Acórdão-Anatel 422, de 17/11/2016, do TAC da Telefônica.

75. Diante dos dados apresentados, propõe-se determinar à Anatel que somente aprove termos de ajustamento de conduta após analisar, anteriormente à aprovação, a admissibilidade de cada processo a ser incluído no TAC e o impacto

causado por cada um deles nas condições e nos valores que compõem o acordo de ajustamento de conduta, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 7º e 9º da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e com o previsto no art. 2º, *caput* e inciso VII, da Lei 9.784/1999, que dispõe sobre o princípio da motivação como exigência de indicação de pressupostos de fato e de direito que determinam decisões em atos da Administração Pública.

76. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

II.2. Alteração substancial das metas e dos compromissos do TAC diretamente pelo Conselho Diretor, em desacordo com o regulamento de TACs da Anatel

77. Conforme abordado na instrução inicial da presente representação (peça 18, p. 4-5), o Regulamento de TAC estabeleceu prazos definidos tanto para as fases de negociação entre a Anatel e a prestadora, quanto para as fases de análise e decisão da agência. O art. 38, inciso II, do RTAC estipula o prazo máximo de 420 dias de duração para a negociação entre a Comissão de Negociação da agência e a respectiva operadora, no caso dos requerimentos de celebração de TAC apresentados nos primeiros 120 dias de vigência do regulamento.

78. Entretanto, a Anatel tem aceitado reiteradamente que as operadoras apresentem novas propostas, tanto de correção de conduta quanto de projetos de investimentos para compromissos adicionais, após o prazo máximo definido pelo RTAC. Mesmo após ser alertada pela PFE, a agência teria continuado a receber e analisar essas propostas, prolongando a fase de negociação de um mesmo TAC em desacordo com a regulamentação vigente. Registre-se que não há nenhum impedimento normativo para que fossem instaurados outros processos de TAC abrangendo somente novos pedidos, desde que houvesse interesse público.

79. Tanto na análise do TAC da Oi quanto no TAC da Telefônica, há evidências de que, **durante o período em que os processos de TAC estavam em tramitação no Conselho Diretor, as operadoras continuaram a propor novos projetos de investimento e novas condições para correção das condutas infringidas, alterando substancialmente os termos recebidos e analisados pela Comissão de Negociação pelo período regulamentar de 420 dias**

de negociação pelo período regulamentar de 420 dias.

80. No caso da Oi, a última correspondência encaminhada é datada de 18/5/2016 (peça 7) , um dia antes da aprovação final da minuta de TAC pelo Conselho Diretor da Anatel, em 19/5/2016 (peça 18, p. 5) . No caso da Telefônica, a última proposta

de correção de conduta e projetos adicionais foi entregue na agência em 25/10/2016 (peças 91, p. 1; 92) , isto é, dois dias antes de sua minuta de TAC ser aprovada pelo colegiado da Anatel, em 27/10/2016 (peça 95, p. 1) .

81. Na ocasião da instrução inicial, já havia sido destacada a importância de ser respeitado tal limite, pois não é viável que seja permitido às prestadoras continuarem apresentando novas propostas de projetos de investimentos e de adoção de medidas de correção de irregularidades indefinidamente. Não se pode perder de vista, ainda, que a aceitação de novas propostas durante a fase de tramitação no Conselho Diretor priva tanto a área técnica quanto a Procuradoria da agência de exercerem seu dever regulamentar de analisar e opinar sobre os termos propostos pela operadora, além de deturpar a finalidade da existência de uma comissão de negociação (peça 18, p. 5) :

‘25. No caso do **TAC de qualidade e universalização da Oi**, análise preliminar realizada no seu respectivo processo administrativo, encaminhado ao TCU no âmbito do TC 033.413/2015-0, identificou diversas correspondências deste teor enviadas pela operadora à Anatel após o seu **prazo limite de 29/4/2015**.

26. Além das cartas enviadas pela Oi em junho e julho de 2015, assinaladas pela PFE em seu parecer de outubro de 2015 (TC 033.413/2015-0, peça 1, p. 20) , a agência recebeu e considerou em sua análise propostas recebidas após o processo administrativo ter concluído seu trâmite nas áreas técnicas e na Procuradoria da Anatel, sendo a **última correspondência deste tipo datada de 18/5/2016** (peça 7) . Registre-se que a minuta final deste TAC foi aprovada pelo Conselho Diretor da agência no dia seguinte, em 19/5/2016.

27. Tal indício de descumprimento de prazo regulamentar também foi identificado na tramitação dos processos administrativos referentes **aos TACs da Telefônica sobre os temas de qualidade e universalização**. Nestes casos concretos, novamente a PFE apontou tal indício de inconformidade em seus pareceres sobre as minutas dos respectivos termos de ajustamento (peça 8, p. 73; peça 1, p. 45) . Contudo, **apesar de estar evidenciado que as cartas da prestadora propunham**

alterações substanciais nos termos e condições dos TACs, a **área técnica da agência respondeu que tais manifestações da operadora seriam meras complementações das propostas originais** (peça 2, p. 6) e que tal dilação de prazo já fora objeto de análise e confirmação pelo Conselho Diretor ao aprovar a minuta de TAC da Oi (peça 9, p. 7) :

3.46. É de se reforçar novamente que as **manifestações apresentadas após transcorrido o prazo** dos arts. 9º, §1º, e 38, III, **não constituem ‘novas propostas’, mas, sim, complementações dos requerimentos originais** que, dada sua fórmula simples, não dispensam **maior detalhamento a ser apresentado** até sua análise final pela Comissão de Negociação, ou **mesmo no âmbito do Conselho Diretor.**

3.47. As **considerações acima expostas** pela Comissão de Negociação em face do Parecer do ilustre órgão jurídico **foram objeto de apreciação pelo Conselho Diretor**, nos autos do Processo 53500.015408/2015, que cuidou da **proposta de TAC do Grupo Oi relativo aos temas Universalização e Ampliação do Acesso e Universalização.** A presente questão permeia a maioria dos processos negociais em curso na Agência atualmente e, quanto ao tema, o **Conselho Diretor se pronunciou favoravelmente à tese defendida por esta Comissão de Negociação**, consoante se extrai da Análise 250/2015/RZ, de 27/11/2015, da lavra do Conselheiro Relator e referendada pelo Voto 2/2016/SEI/IF, de 27/05/2016. (...) (destaques inseridos)

28. A **necessidade de cumprimento do prazo** estabelecido pelo regulamento não é meramente uma questão formal, pois **pode influir inclusive na conduta de negociação da operadora** e na **aderência das suas propostas com o interesse público.** Além disso, enfraquece o papel da Procuradoria da agência atribuído pelo art. 9º, §2º, do RTAC, que prevê a submissão da análise final das propostas da empresa após o término da negociação pela área técnica da Anatel, uma vez que novas propostas podem ser discutidas e aceitas após a passagem do processo administrativo pela PFE, que assim não teria a oportunidade de se pronunciar sobre essas novas propostas.

29. Conforme já apontado na instrução inicial da representação TC 033.413/215-0, entende-se que (peça 5, p. 9) :

(...) o **cumprimento dos prazos de negociação** previstos no regulamento é fundamental para possibilitar alcançar o objetivo do instrumento TAC, pois, além de

incentivar a prestadora a apresentar propostas mais aderentes ao interesse público, a existência de um prazo efetivo para o fim das negociações também **induz a apresentação de propostas mais factíveis e adequadas por parte das prestadoras**. Adicionalmente, a **postura de negociação e tratamento da Anatel com uma prestadora serve de exemplo para as outras empresas e ainda pode configurar precedente na tramitação de outras propostas de TAC** no âmbito da agência (peça 1, p. 12-15) . (destaques inseridos)

30. Considerando a **materialidade e a relevância das propostas de celebração de TACs** em andamento na Anatel, e que **tal entendimento está sendo aplicado sucessivamente em todos os termos de ajuste de conduta analisados pela agência**, há o risco de que os demais TACs em andamento também sejam afetados por essa possível irregularidade da Anatel, identificada em três TACs, que é considerar, nas fases de análise e elaboração da minuta de TAC, propostas enviadas pelas operadoras fora do prazo máximo de negociação de 420 dias previsto no art. 38, inciso III, do Regulamento do TAC.' (sem grifos no original)

82. Permitir que novas propostas das operadoras sejam entregues após um período de negociação superior a um ano e dois meses, alterando-se significativamente a proposta já analisada em outras instâncias, na maioria dos casos acarreta a invalidação e o desperdício do esforço dedicado pelos servidores integrantes da Comissão de Negociação e da Procuradoria na análise e na discussão para adequação das propostas originais. Assim, a prática atenta não só contra o regulamento do TAC, como também aos princípios da eficiência, do interesse público, da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, sendo os três últimos previstos no art. 38 da LGT.

83. Como são aceitas novas propostas de projetos e compromissos e são incluídos novos Pados na fase de discussão da minuta de TAC no Conselho Diretor, é necessário que diversos itens do TAC sejam atualizados e verificados pela área técnica da agência antes da sua assinatura.

84. Entretanto, nos casos analisados na presente representação, verificou-se que, ainda que o respectivo processo administrativo tenha sido reencaminhado às áreas técnicas da agência para que calculem e analisem todos os pontos faltantes do TAC, essa etapa ocorreu somente após a aprovação da minuta de TAC, já com as inclusões feitas pelo CD.

85. Como evidência, citam-se os dados encaminhados em resposta à diligência

85. Como evidência, citam-se os dados encaminhados em resposta a diligência (peça 45, mídia anexa arquivo 'Anexo II – SEI 1055215') . A Anatel afirmou que, após a deliberação e aprovação pelo Conselho Diretor da agência, já foram admitidos e incluídos no TAC da empresa Telefônica 29 processos administrativos, que se referem a um montante de R\$ 511 milhões somando-se o valor estimado e o aplicado em multas, de acordo com a decisão do Conselho Diretor.

86. Além disso, em 27/4/2017, o Conselho Diretor manifestou novamente seu entendimento de que o Acórdão-Anatel 422/2016 autorizou a inclusão de novos processos de ofício até a data de assinatura do TAC (peça 125, p. 21-22) . Com isso, o CD determinou que a área técnica continue incluindo novos processos e atualizando o valor total do TAC e de seu cronograma de metas e compromissos até a assinatura do TAC (peças 125, p. 21-22; 131) .

87. Dado que a nova minuta aprovada pelo Conselho Diretor não passou pela análise completa da área técnica e da PFE previamente à aprovação do termo, verifica-se a existência de várias fragilidades, como: a incerteza quanto à adequação e à veracidade das informações apresentadas pelas operadoras sobre a situação inicial dos projetos; a ausência de uma relação de todos os Pados que são tratados no âmbito do TAC; a indefinição quanto aos valores de multas de descumprimento aplicáveis para cada projeto e cada ação de correção de conduta prometidos pela operadora; chegando até a indefinição quanto ao próprio valor financeiro do TAC que será firmado.

88. A importância e a necessidade de a atuação do conselheiro relator do TAC ser feita somente em conjunto com área técnica e seus subsídios, e não de forma independente dela, pôde ser verificada inclusive no processo de negociação de TAC de outros órgãos que atuam nesse sentido, como por exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) .

89. O regulamento de TAC do Cade prevê duas situações para o processo de negociação do termo. A primeira é quando o processo sancionatório ainda se encontra na área técnica do órgão (e não no Tribunal) , em que será criada comissão técnica para realizar a negociação e concluir a proposta de TAC que, depois de finalizada, deverá ser incluída pelo presidente do Tribunal, em caráter de urgência, na pauta de julgamento do Cade, conforme previsão em regulamento, Resolução Cade 15, 25/5/2016, art. 181, §4º. Nessa situação, verifica-se a importância da análise por parte da área técnica e da sua proposta, que é incluída em caráter de

urgência para julgamento.

90. A segunda situação prevista no regulamento se refere aos processos administrativos que, na aprovação do regulamento, já tinham sido remetidos ao Tribunal, sob posse de um conselheiro relator da matéria. Nesse caso específico é que fica clara a diferença de tratativa dada pela Anatel e por outros órgãos como o Cade.

91. Enquanto a Anatel alega que o Conselho Diretor da agência, por ser hierarquicamente superior à área técnica do órgão regulador (peça 25, p. 3) , pode promover alterações na proposta de TAC independentemente da área técnica, o Cade previu em regulamento (art. 182 da Resolução Cade 15/2016) que, mesmo o processo estando sob responsabilidade do conselheiro relator, este só poderá promover a negociação do TAC e alterações como o apoio da comissão técnica de negociação.

92. Verifica-se que, embora haja hierarquia entre o Tribunal e a área técnica do Cade, o regulamento enfatiza a importância dos subsídios e da opinião da área técnica do órgão ao decidir as condições de negociação do TAC, independentemente de quem seja o responsável por atuar no processo administrativo naquele momento, diferentemente do que defende a Anatel.

93. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que:

a) em caso de alteração relevante pelo Conselho Diretor da proposta da minuta de TAC encaminhada pela comissão de negociação com relação às metas, projetos, compromissos, cronogramas, condições de execução ou fiscalização, valores, condutas a serem corrigidas ou processos abrangidos pelo TAC, afetando significativamente as condições do acordo firmado na comissão, remeta a minuta final novamente à área técnica e à PFE-Anatel para nova análise, por a situação atual estar em desacordo com a obrigação legal de garantir que a Procuradoria exerça sua competência e dever de analisar a minuta de TAC, nos termos do § 2º, art. 9º do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013, e de garantir que as decisões da Anatel sejam baseadas em informações técnicas, com fundamento em dados reais e atualizados (não apenas estimados) , garantindo a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

b) após a realização dos ajustes propostos na deliberação da presente representação, encaminhe a versão atualizada da minuta de TAC a ser firmado com a Telefônica para a análise e manifestação da Procuradoria Federal Especializada na Anatel (PFE-Anatel) , em razão de a situação atual estar em desacordo com o § 2º, art. 9º do Regulamento de TAC, no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997, e o *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

94. Além disso, propõe-se recomendar à Anatel alterar o regulamento de TAC de forma a prever uma participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação do TAC, estabelecendo outros pontos de controle ao longo do processo para a análise e decisão do Conselho Diretor antes da submissão da minuta de TAC à Procuradoria da Anatel, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

95. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

III. IRREGULARIDADES NOS DISPOSITIVOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA APLICÁVEIS A TODOS OS TACS

96. Na presente seção do relatório serão avaliadas as condições e premissas determinadas pela Anatel para definir os compromissos presentes nos TACs que se referem especificamente ao ajustamento de condutas irregulares que originaram os processos sancionatórios e multas que resultaram na assinatura dos TACs.

III.1. Fragilidades nas repactuações dos TACs devido às alterações nos modelos de gestão da qualidade e da universalização

97. Estão em andamento na Anatel negociações de assinatura de TACs que se referem a diversos temas, como direitos e garantias dos usuários (DGU) , qualidade, fiscalização, entre outros (peça 25, mídia anexa ‘Anexo I – Relação de processos TAC’) . Dentre os principais acordos a serem negociados estão aqueles relacionados aos temas de qualidade dos serviços e de universalização do serviço em regime

público. Inclusive, a agência já aprovou, embora não tenha ainda assinado, os TACs de ambos os temas pertencentes a duas das principais operadoras do país (processo Anatel 53500.015408/2015-04 e seus processos anexos, e processos 53500.019039/2015-11 e 53500.900077/2016-82) .

98. Ocorre que estão em andamento na Anatel e no setor de telecomunicações ações com o objetivo de revisar os regulamentos e modelos que regem tanto o tema de qualidade dos serviços quanto o de universalização do serviço de telefonia fixa, único prestado em regime público. Considerando que são temas objetos de TAC, entende-se ser necessário compreender melhor as discussões em andamento.

III.1.1. Fragilidades nas alterações nos TACs referentes à reavaliação do modelo de gestão da qualidade dos serviços de telecomunicações

99. Sobre o tema de gestão da qualidade dos serviços, a Anatel está conduzindo uma reavaliação do modelo de gestão da qualidade de serviços de telecomunicações, por meio do processo Anatel 53500.006207/2015-16, que está prevista no Plano Operacional da agência de 2015 e 2016 e na agenda regulatória desse período (peça 86, p. 35) .

100. O referido trabalho tem como principal objetivo ‘a reavaliação do arcabouço normativo afeto à qualidade dos diversos serviços de telecomunicações, avaliando a viabilidade de concentrar esforços em um número reduzido de indicadores estratégicos que melhor atendam aos anseios dos usuários destes serviços e ao mesmo tempo minimizem os custos administrativos e operacionais aplicáveis à Anatel e às prestadoras’ (peça 86, p. 35) .

101. Conforme apontado pela Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, ao avaliar a proposta de revisão do modelo (peça 87) , estão previstas algumas mudanças que alteram significativamente a forma de acompanhamento realizada pela agência sobre a qualidade dos serviços. Como exemplo, citam-se algumas mudanças:

a) migração de um rol exaustivo de parâmetros para a concentração em apenas alguns indicadores (peça 87, p. 6) ;

b) unificação dos regramentos de gestão de qualidade de cada serviço (peça 87, p. 6) ;

c) transferência da coleta de indicadores de qualidade para uma entidade terceirizada, algo que era responsabilidade da área técnica da Anatel (peça 87, p. 7) ;

d) alteração do processo de penalização das empresas em caso de descumprimento das metas estipuladas (peça 87, p. 7) ;

e) criação de um índice único de monitoramento da qualidade, chamado Índice Geral da Qualidade (IGQ) , que será melhor avaliado nas próximas seções do presente relatório; entre outras.

102. Ressalta-se que a criação e adoção do referido IGQ possui impactos significativos nos TACs, resultando em diversas irregularidades e prejuízos à eficiência da atuação da Anatel em seu papel de órgão regulador, conforme será avaliado com mais detalhes na seção III.2 do presente relatório.

103. Assim, **verifica-se que o escopo do trabalho em andamento na Anatel consiste em alterar substancialmente a forma como a qualidade dos serviços é controlada, incluindo alteração ou anulação dos indicadores e das metas que serviram como base para os processos de multas que culminaram nos TACs, chamados procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações (Pado) .**

104. Considerando-se que os TACs de qualidade estão todos baseados em ajustes de condutas definidas como irregulares, segundo o regulamento vigente atualmente, incluindo os parâmetros técnicos e indicadores das metas, verifica-se que a revisão integral do modelo de gestão da qualidade, em andamento na Anatel, **pode prejudicar significativamente as ações, os resultados e a efetividade dos TACs.**

105. Em reuniões com a área técnica da Anatel, foi mencionado que, na revisão do modelo, a agência pretende também alterar as localidades em que há a obrigação de serem fornecidos serviços com padrões mínimos específicos de qualidade, retirando a exigência de atingimento de meta de indicadores em algumas regiões do país, o que pode prejudicar ainda mais o escopo das ações previstas nos TACs.

106. É importante ressaltar que, somando os processos de negociação de TAC referentes à qualidade de serviços em discussão na Anatel, trata-se de um montante correspondente a aproximadamente R\$ 1,16 bilhão (peça 25, mídia anexa 'Anexo I – Relação de processos TAC') .

107. Isso implica que parte das obrigações estabelecidas nos TACs, consubstanciadas em investimentos por parte das empresas para o alcance de metas que têm como paradigma o ainda vigente regulamento, podem deixar de fazer sentido frente ao novo regulamento.

108. Assim, propõe-se determinar à Anatel que, diante da concretização das alterações previstas na revisão de normativos da Anatel durante a vigência do TAC, no prazo de 120 dias após a publicação do novo normativo, redistribua em novos compromissos ou estabeleça na forma de pagamento direto o valor relativo aos compromissos de ajustamento de conduta incluídos nos TACs cujo objeto, ações e obrigações forem reduzidas ou prejudicadas pela revisão do normativo, garantindo, assim, a existência de mecanismos de compensação que garantam o interesse público do acordo, uma vez que poderá não ser possível exigir a correção das condutas infringidas nos Pados com a nova regulamentação, prejudicando assim o interesse público do TAC, contrariando os arts. 2º e 15 da Resolução-Anatel 629/2013 e o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

109. Ressalta-se que demais aspectos relacionados aos TACs que tratam do tema de qualidade dos serviços de telecomunicações serão analisados na seção III.2 da presente instrução.

III.1.2. Fragilidades nas alterações nos TACs referentes às alterações das metas de universalização e do modelo regulatório do setor de telecomunicações

110. Com relação ao tema de universalização, estão em andamento ações focadas em reavaliar o modelo de prestação dos serviços de telecomunicações, não apenas na Anatel, mas também no Poder Legislativo. Primeiramente, é importante compreender a relação entre o modelo de prestação dos serviços e o tema de universalização incluído nos TACs.

111. Atualmente, no setor de telecomunicações, existe somente um serviço prestado em regime público, que é a telefonia fixa. Nesse regime, o prestador do serviço é concessionário do serviço e deve cumprir metas e obrigações impostas pelo ente público, como, por exemplo, atender o maior número de localidades em que haja a demanda, sendo esses os chamados compromissos de universalização. Os demais serviços são regidos pelo regime privado, em que a prestação do serviço é livre, sendo necessária somente autorização para prestá-lo, e não possui obrigações de universalização.

112. O ajustamento de conduta dos TACs que tratam do tema de universalização se refere justamente ao descumprimento, pelas concessionárias de telefonia fixa, das metas e dos compromissos de universalização do serviço vinculadas à concessão, estabelecidos no Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) . Dessa forma, alterações no modelo de prestação do serviço podem impactar diretamente nas metas e condições do TAC de universalização.

113. Assim, são necessários mecanismos que garantam que mudanças no plano de universalização, incluindo a redução de obrigações ou até mesmo a anulação das suas metas, não prejudiquem o TAC e o interesse público que motivou a assinatura do acordo.

114. Ressalta-se que, embora possíveis alterações regulamentares possam afetar ou até anular as metas dos compromissos de ajustamento de conduta do TAC, o valor correspondente a essas ações não pode ser anulado ou considerado como cumprido no TAC, visto que se estaria prejudicando o interesse público do termo, dado que o poder público abdicou de recursos públicos já previstos em multas aplicadas ao concessionário somente sob a motivação de que esses recursos seriam aplicados em investimentos e ações que beneficiassem a sociedade e preservassem o interesse público.

115. O mesmo raciocínio e preocupações podem ser aplicados a mudanças promovidas pela Anatel referentes à forma de cálculo e aos valores das multas aplicadas às infrações.

116. O Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel (RASA) , aprovado pela Resolução-Anatel 589/2012, substituiu o regulamento de sanções então vigente, Resolução-Anatel 344/2003, e estabeleceu a padronização das metodologias de cálculo do valor base de multas no âmbito da agência.

117. Ao dispor sobre a sua própria aplicação, o regulamento determinou que suas alterações não se aplicariam aos processos que já tiveram decisão em primeira instância, porém definiu que a única exceção a essa regra era se a sanção prevista não atendesse aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sempre avaliados no contexto do caso concreto e da época da aplicação da multa (art. 39, § 3º, do RASA) .

118. Diante dessa exceção, constatou-se que estão em curso na Anatel ações que

usufruem do dispositivo citado para reduzir drasticamente o valor de multas aplicadas antes da nova metodologia, como, por exemplo, redução de uma multa de R\$ 8,8 milhões (TC 010.431/2017-9, peça 2, p. 21) para R\$ 727 mil (TC 010.431/2017-9, peça 4, p. 6) e de uma multa de R\$ 66,4 milhões para R\$ 11,3 milhões (TC 010.431/2017-9, peça 6, p. 2, 6) .

119. Ressalta-se que o processo referente à multa de R\$ 8,8 milhões está incluído em umas das negociações da respectiva empresa para celebração de TAC com a Anatel. Essa inclusão, por si só, já representa uma falha na atuação da agência. Isso porque, em um acordo cujo fundamento base para a admissão seja o interesse público em trocar multas por investimentos e benefícios à sociedade, estão sendo acordados investimentos e ações a serem executados pelo celebrante do TAC cujo montante de dispêndio, com a redução das multas, deixará de existir e não será exigível da operadora.

120. A legalidade e compatibilidade da atuação da Anatel sobre o recálculo de multas anteriores ao RASA já é objeto de análise do TCU em outro processo de representação (TC 010.431/2017-9) . Entretanto, diante dos dados apresentados, fica claro que as decisões da Anatel em reduzir o valor das multas aplicadas no passado impactam diretamente os TACs em andamento na agência.

121. A alteração nos valores das multas fragiliza os acordos negociados e os aprovados, reduzem ou até mesmo anulam os investimentos e benefícios que seriam obtidos dos TACs, trazem insegurança jurídica ao processo como um todo, sendo passível inclusive de questionamentos judiciais posteriores, e resultam novamente em uma clara falta de interesse público em celebrar tais termos se as condições serão alteradas significativamente após a assinatura.

122. Ainda que, desconsiderando o prejuízo ao interesse público, a Anatel resolva dar continuidade à assinatura de TACs, entende-se que, caso a agência altere posteriormente a metodologia de cálculo das multas, resultando em uma redução do seu valor, essa alteração não deve afetar o valor de referência do TAC. Isso porque o TAC é resultado de um acordo cuja premissa básica é a troca de multas já exigíveis por ações e compromissos de investimentos que beneficiam a sociedade.

123. A alteração posterior das condições que embasam o TAC, como a redução dos valores das multas, não apenas prejudica o interesse público, visto que os compromissos de investimentos acordados inicialmente poderiam

visto que os compromissos de investimentos acordados inicialmente poderiam ser reduzidos ao longo do tempo, mas também prejudica a segurança jurídica do acordo, um instrumento resultado de negociação entre as partes, porém restrito às condições que garantam o interesse público.

124. Dessa forma, propõe-se determinar à Anatel que, para qualquer TAC celebrado pela agência, se abstenha de recalcular o valor de qualquer multa aplicada que esteja abarcada no respectivo TAC com outra metodologia que não seja aquela vigente no momento da aplicação, em razão do disposto nos arts. 2º, 6º, inciso VII, e 15 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e em consonância com os princípios da segurança jurídica e do interesse público previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

125. Entende-se ser importante compreender o histórico das ações focadas em reavaliar o modelo de prestação dos serviços de telecomunicações e os mecanismos de acompanhamento e controle da Anatel, conforme já relatado pela unidade técnica do TCU no processo TC 015.409/2016-3, que resultou no Acórdão 3.076/2016-TCU-Plenário.

III.1.2.1. Cenário de alteração das metas de universalização das concessões de telefonia fixa

126. A discussão sobre esse tema teve início durante o processo de revisão quinquenal dos contratos de concessão e do Plano Geral de Metas para a Universalização (PGMU) do serviço de telefonia fixa, doravante denominada de revisão quinquenal, em que os novos instrumentos passariam a valer durante os anos de 2016 a 2020, sendo o prazo vigente para a conclusão da revisão previsto para 31/12/2016, conforme Resolução-Anatel 664, de 29/4/2016 (peça 33) .

127. Nos referidos processos de revisão, o processo 53500.022263/2013 e apenas (revisão do PGMU) , e o processo 53500.013266/2013 (revisão dos contratos de concessão do STFC, modalidades Local, LDN e LDI) ainda não concluídos, foram colhidas manifestações de diferentes atores como a sociedade, por meio de consultas públicas, e a própria Procuradoria da Anatel (TC 015.409/2016-3, peça 55, p. 58 a 88) .

128. Ressalta-se que as propostas de revisão da Anatel, naquele momento, mesmo sendo relevantes, não visavam à promoção de uma alteração no modelo de prestação dos serviços de telecomunicações, tampouco uma profunda revisão da

prestação dos serviços de telecomunicações, tampouco uma profunda revisão da concessão do STFC.

129. Em 25/9/2015, foi publicada a Portaria-MC 4.420/2015 no DOU, do então Ministério das Comunicações, que criou um Grupo de Trabalho (GT) composto de

membros daquele ministério e da Anatel. Dentre os objetivos desse GT, destaca-se o item que prevê ‘realizar estudos quanto às perspectivas de evolução das concessões de telefonia fixa no País, considerando a importância de estimular o desenvolvimento da infraestrutura de suporte à banda larga no Brasil’.

130. Destacam-se entre os motivadores da Portaria-MC 4.420/2015, os seguintes transcritos (TC 015.409/2016-3, peça 55, p. 58 a 88) :

‘CONSIDERANDO a importância de **examinar o arcabouço normativo das telecomunicações à luz da evolução tecnológica e da crescente relevância da banda larga frente à telefonia fixa;**

CONSIDERANDO a pertinência de **debater diferentes alternativas e cenários regulatórios referentes ao setor de telecomunicações, de modo a promover a segurança jurídica e a estabilidade de regras necessárias à manutenção de estímulos à realização de investimentos em redes de telecomunicações que suportam serviços de banda larga, (...) (sem grifos no original) ’**

131. Após a realização de uma consulta pública e diversas reuniões setoriais, o GT publicou, em 6/4/2016, o documento intitulado ‘Alternativas para a revisão do modelo de prestação de serviços e telecomunicações – Relatório Final do Grupo de Trabalho entre o Ministério das Comunicações e a Anatel’ que, em suma: (i) apresentou premissas para a revisão do atual modelo de exploração dos serviços de telecomunicações no Brasil; (ii) descartou algumas alternativas apresentadas ao longo do debate; e (iii) apresentou alternativas que seriam aderentes àquelas premissas (TC 015.409/2016-3, peça 55, p. 58 a 88) .

132. Em 11/4/2016, o então Ministério das Comunicações publicou no DOU a Portaria-MC 1.455/2016, de 8/4/2016, estabelecendo diretrizes para atuação da Anatel na elaboração de proposta de revisão do atual modelo de prestação de serviços de telecomunicações.

133. Conforme citado no TC 015.409/2016-3, estando a revisão quinquenal já em andamento desde 2013, é importante registrar que o Conselho Diretor da Anatel,

por intermédio da Portaria-Anatel 1.003, de 11/12/2015, aprovou a Agenda Regulatória da autarquia para o ciclo 2015-2016, incluindo as seguintes ações regulatórias: a) reavaliação do regime e escopo dos serviços de telecomunicações e b) revisão dos contratos de concessão da telefonia fixa.

134. Sobre essas ações, o parecer da unidade técnica do TCU relatou (TC 015.409/2016-3, peça 55, p. 58 a 88) :

‘A primeira ação consiste na reavaliação do modelo regulatório brasileiro de prestação de serviços de telecomunicações, baseado nos regimes público e privado, considerando, entre outros aspectos, as melhores práticas internacionais sobre o tema, a essencialidade dos diversos serviços de telecomunicações, **os modelos de outorga (concessão, autorização e permissão) , a reversibilidade dos bens, a continuidade, a universalização e os regimes de estabelecimento de preços.** A segunda, trata-se propriamente da revisão dos modelos de contratos de concessão do STFC, anexos à Resolução-Anatel 552, de 10 de dezembro de 2010.

A primeira ação traduziu-se no Projeto Estratégico ‘Reavaliação do regime e escopo dos serviços de telecomunicações’, constante do Plano Operacional 2015-2016 (peça 31, p. 17) e contou com o apoio de consultoria especializada (...) .’ (sem grifos no original)

135. Embora o processo ainda permaneça em andamento na Anatel, é importante destacar que os membros do Conselho Diretor da agência já se manifestaram e propuseram alterações no modelo de prestação dos serviços de telecomunicações. Para se ter uma ideia da amplitude das alterações em discussão, citam-se os seguintes exemplos:

a) proposta do Conselheiro Igor de Freitas: propõe limitar a concessão de telefonia fixa (STFC) apenas às áreas em que a oferta de serviços de telefonia ainda for monopolista no chamado ‘mercado de voz’, ou seja, em áreas desprovidas de acessos individuais de telefonia fixa ou de cobertura da telefonia móvel (SMP) . A proposta seria implantada com a alteração do Plano Geral de Outorgas (PGO) e do PGMU, além de um ajuste nos contratos de concessão, vinculado à nova redação do PGO;

b) proposta do Conselheiro Rodrigo Zerbone: prevê a criação de um novo serviço convergente, chamado de Serviço Convergente de Telecomunicações (SCT)

convergente, chamado de serviço convergente de telecomunicações (STFC), sucedâneo dos quatro principais serviços de telecomunicações, sendo eles telefonia fixa, móvel, TV por assinatura e banda larga. Durante o período de transição, os contratos de concessões, com todos os seus instrumentos (bens reversíveis, controle tarifário, PGMU etc.) seriam preservados. A adaptação ao novo serviço ocorreria mediante a concordância com certas regras e a assunção de determinados compromissos de transição previamente definidos entre os atuais concessionários do STFC e a Anatel, além da necessidade de consolidação das outorgas dos serviços que seriam sucedidos pelo serviço convergente em um único instrumento.

136. Além das análises feitas no âmbito da Anatel e citadas acima, ainda foram propostas outras três alternativas de alterações do modelo de telecomunicações pelo Grupo de Trabalho estabelecido na portaria do então Ministério das Comunicações, citada anteriormente.

137. A discussão sobre a alteração do modelo também está sendo conduzida no âmbito do Poder Legislativo desde o exercício de 2016, visto que o projeto de lei da Câmara dos Deputados 3.453/2015, apresentado em 28/10/2015, tinha como objetivo alterar significativamente o modelo de prestação dos serviços de telecomunicações, modificando alguns artigos da LGT. Após ter sido aprovado na Câmara em 29/11/2016, o projeto encontra-se em tramitação no Senado Federal (acessado em 6/12/2016 e disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025543> e <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127688>).

138. Diante de todo o histórico apresentado e das propostas sugeridas pelos diversos atores do setor, constata-se que já existia, ao longo de 2016, uma significativa probabilidade de que o modelo de prestação dos serviços do setor de telecomunicações fosse alterado, impactando na possibilidade de que sejam feitas outras modificações na regulamentação de diversos aspectos dos serviços existentes.

III.1.2.2. Ausência de interesse público em celebrar TACs diante das alterações das metas de universalização resultantes do novo modelo de telecomunicações

139. Conforme relatado anteriormente, os TACs de universalização preveem como conduta a ser ajustada o cumprimento das metas de universalização vinculadas à

conduta a ser ajustada o cumprimento das metas de universalização vinculadas a concessão da telefonia fixa, estabelecidas pela Anatel em instrumentos como o Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) .

140. Se ocorrerem, de fato, as mudanças que estão sendo propostas por diversos

atores do setor, **há a possibilidade de o TAC ser prejudicado pela alteração da regulamentação em que foi construído, visto que passa a ser provável a anulação do regulamento que estabelecia a obrigação de cumprimento das metas de universalização utilizadas como base para a sua assinatura, podendo assim beneficiar a operadora e prejudicar o interesse público que fundamentou a assinatura do TAC.**

141. É importante ressaltar que, somando os processos de negociação de TAC referentes à universalização do serviço de telefonia fixa em discussão na Anatel, trata-se de um montante correspondente à aproximadamente R\$ 554 milhões (peça 25, mídia anexa 'Anexo I – Relação de processos TAC') .

142. As mudanças previstas na revisão do modelo preveem a extinção da concessão do serviço de telefonia fixa. Isso significa que a obrigação de universalização do serviço deixará de existir, deixando de ser exigível das operadoras e anulando as metas de universalização as quais as prestadoras estavam obrigadas a cumprir.

143. Assim, diferentemente do que se observou na alteração do modelo de gestão da qualidade, em que se prevê a alteração dos indicadores e metas de qualidade, e não a anulação do controle e da atuação da Anatel sobre a qualidade em si, no caso dos TACs que tratam da universalização o que será prejudicado será o próprio objeto do acordo, que deixará de ser exigível. Ocorre, portanto, a perda tanto do objeto do TAC como do interesse público na celebração do acordo.

144. Nesse caso, não apenas não haverá conduta a ser corrigida, prejudicando os compromissos de ajustamento de conduta do TAC, quanto a atuação da Anatel ao tentar compensar essas alterações no TAC será prejudicada, visto que não serão cabíveis novas exigências e ações que visem trazer benefícios de universalização do serviço à sociedade, fundamento esse que embasou a própria assinatura do TAC e seu interesse público.

145. Nesse caso, restaria somente a possibilidade de a Anatel exigir diretamente a parcela do valor de referência do TAC correspondente às obrigações de

parcela do valor de referência do TAC correspondente às obrigações de universalização, algo que já poderia ser feito em momento anterior e sem a assinatura do TAC, prejudicando a eficiência e efetividade da atuação da Anatel e do acordo, de forma geral.

146. É necessário lembrar que a única razão pela qual o poder público, ao assinar o TAC, aceitou abdicar dos recursos públicos das multas já exigíveis imediatamente das operadoras e atrasar em quatro anos o recebimento desses valores, ainda que em forma de investimentos, ao assinar o TAC foi o fato de que o acordo promoveria o ajuste da conduta infringida, bem como ações e investimentos por parte das operadoras que trariam benefícios à sociedade e aos consumidores.

147. Assim, se com as alterações do modelo de telecomunicações a universalização deixará de existir, conforme previsto nas modificações propostas tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Legislativo, não se verifica a existência de interesse público na celebração de TACs que tratem desse tema e suas metas. Isso porque as alterações prejudicarão ou anularão os compromissos de ajustamento de conduta a serem acordados, impedirão a atuação efetiva da Anatel sobre o objeto do TAC, inviabilizarão os benefícios à sociedade previstos e, ainda, resultarão em um maior interesse público em simplesmente cobrar as multas de universalização diretamente das operadoras do que assinar um acordo de ajustamento de conduta inapropriado e insustentável, visto que será composto por ações cuja exigibilidade será questionada e anulada posteriormente.

148. Nessas condições, verificou-se que os TACs cujo objeto seja as multas referentes a universalização do serviço de telefonia fixa restam prejudicados dado que não há interesse público na celebração desses acordos, dado que as alterações previstas tanto no novo Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) quanto na revisão do modelo de telecomunicações prejudicarão os compromissos de ajustamento de conduta desses TACs, reduzindo-os ou até mesmo os anulando, o que resulta em benefícios às operadoras e causa danos ao Erário.

149. É fundamental destacar que a própria Procuradoria Especializada junto à Anatel já tinha se manifestado sobre essa preocupação no processo que analisava o TAC da empresa Oi (TC 033.413/2015-0, peça 5, p. 2 e 3), no processo do TAC de universalização da empresa Telefônica (peça 1, p. 18) e no processo de TAC da empresa Sercomtel, por meio do Parecer 399/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU (peça 88), em que afirmou:

‘318. Antes de adentrar no conteúdo de cada um dos compromissos de ajustamento de conduta relativos à Universalização, **ponto importantíssimo a ser observado é que, tendo em vista que o novo Plano Geral de Metas para a Universalização do Serviço Telefônico Fixo Comutado Prestado no Regime Público – PGMU está em vias de ser editado, com alterações de metas, algumas sendo extintas, outras alteradas para serem mais ou menos ‘intensas’, deve ser ponderado se realmente há interesse público na celebração do TAC relativamente a essas metas.**

319. Com efeito, **não se poderá exigir da prestadora o cumprimento de metas antigas após a vigência do novo PGMU, sobretudo se algumas dessas metas forem extintas, ou substancialmente alteradas de acordo com a nova realidade do País.** Desse modo, **é necessário que se pondere sobre a existência de interesse público em substituir o pagamento de multas pelo descumprimento de metas constantes** dos Planos Gerais de Metas para Universalização anteriores (PGMU I, PGMU II e PGMU III) por obrigações constantes no novo PGMU IV que podem se tornar menos ‘intensas’.

320. Além disso, **convém notar que o valor referente às correspondentes multas aplicadas e estimadas comporia o Valor de Referência do TAC, sendo que eventualmente não haveria conduta a ser ajustada pela prestadora por conta da extinção de metas ou, em alguns casos, haveria metas mais simples de serem atingidas.** Ainda na mesma trilha ilustrativa, as metas constantes de novo PGMU editado após a celebração de TAC deverão ser cumpridas nos termos das novas disposições regulatórias, e o inadimplemento delas pela prestadora estará sujeito à aplicação de sanções de acordo com o Regulamento de Sanções. **De um TAC celebrado em tais condições restaria eficaz apenas a parte relacionada aos correspondentes compromissos adicionais.**

321. Desse modo, ressalta-se a necessidade de análise do interesse público em celebração de TAC com estabelecimento de compromissos relativos a metas de PGMU que estejam em processo de alteração regulamentar.’ (sem grifos no original)

150. Observa-se que a PFE ressalta que não está clara a existência de interesse público em assinar os termos partindo do princípio de que as metas de universalização, definidas pelo PGMU, serão alteradas no novo plano.

151. A PFE destaca exatamente o que já havia sido apontado anteriormente na presente seção do relatório com relação ao fato de que alterações significativas nas regras e metas posteriores à assinatura dos TACs podem beneficiar as operadoras e causar dano ao erário, visto que há grande probabilidade de se substituir o

pagamento de multas, em um montante de aproximadamente R\$ 1,17 bilhão, por ações que serão reduzidas ou até anuladas devido a alterações no regulamento.

152. É importante ressaltar que o parecer da Procuradoria se restringiu a analisar o andamento dos processos referentes à universalização somente com relação à edição do novo PGMU, citando o possível impacto que isso poderia ter no TACs. Não foi considerada nessa análise a mudança do modelo de prestação dos serviços de telecomunicações em andamento no setor, que poderá alterar de forma ainda mais significativa as metas, obrigações e competências das prestadoras como um todo, prejudicando ainda mais o TAC, conforme demonstrado anteriormente.

153. Considerando o posicionamento da PFE quanto à edição do novo PGMU e seus impactos nas negociações de TAC, ao analisar a revisão do modelo de prestação dos serviços de telecomunicações, constata-se que há a ausência do interesse público na assinatura desses acordos antes que as premissas e critérios que os fundamentem estejam, de fato, consolidados.

154. Ao tratar dessas possíveis alterações regulamentares, a Anatel afirmou, por meio de resposta à oitiva (peça 25, p. 2) :

‘3.12. Já especificamente quanto a possíveis alterações relacionadas às atuais metas de universalização, foram feitas no Informe nº 25/2016/SEI/COUN3/COUN/SCO as seguintes ponderações, em linha com as premissas de atuação da Agência acima referidas:

Acerca da avaliação do interesse público na inclusão das condutas relativas ao PGMU, esta Comissão de Negociação entende que ele se encontra presente, sendo que a iminência da alteração daquele normativo apenas difere da possibilidade de alteração de outras normas por já haver previsão concreta do tempo de sua ocorrência, que vem a ser atualmente, o mês de dezembro de 2016.

Nesse sentido, a ponderação de firmar-se um TAC sobre as regras vigentes sempre comporta – em maior ou menor grau – a variável de sua mutação. Para tratar disso, há no instrumento disposições que preveem hipótese geral de alteração

regulamentar e suas consequências para o TAC. **Nota-se que o próprio Órgão Consultivo concorda com a regularidade e a utilidade dessas Cláusulas propondo apenas que lhes sejam feitos ajustes.**

(...)

Avançando, é de se pontuar que tal alteração do PGMU tampouco afeta o interesse público na celebração de TAC tendo por objeto as condutas que o afrontam. Ora, os procedimentos incluídos na negociação do TAC revelam, conforme consta das fichas de cada conduta, que a Prestadora possui diversas práticas em desconformidade com os preceitos de universalização que abrangem até mesmo um passivo de atendimentos a serem realizados.

(...)

3.14. Longe de eximir as compromissárias da realização de qualquer meta ou de ‘cancelar multas’ ou parcela do Valor de Referência do TAC, as Cláusulas devem resultar: a) repactuação, que implica em ajuste sopesado pelo interesse público (que pode resultar na adaptação de metas) ; ou b) na exigência concomitante do cumprimento de novas obrigações e dos compromissos assumidos no TAC. Nesse contexto, descabe qualquer cogitação a respeito de eventual e possível dano ao erário. (...)’ (sem grifos no original)

155. Inicialmente, a Anatel reafirma que as alterações das metas de universalização se tratam de algo iminente. Em seguida a agência alega que não há insegurança jurídica ou possíveis irregularidades no TAC, mesmo considerando as alterações em andamento das metas, visto que a assinatura de um termo usando as regras vigentes sempre comporta, em maior ou menor grau, a variável de sua mutação.

156. Entende-se que tal argumentação não deve prosperar. Sabe-se que, de fato, é necessário que no TAC haja uma certa flexibilidade de se alterar ou repactuar algum compromisso específico que possa ter sido alterado no decorrer do prazo de vigência do termo, conforme já defendeu a própria PFE (peça 88, p. 42) e conforme as minutas de TAC já analisadas no presente processo, negociadas com as empresas Oi e Telefônica, por exemplo.

157. Entretanto, entende-se que há uma significativa diferença entre realizar um ajuste de parte do termo ou repactuar um compromisso específico e realizar a repactuação das condições do TAC como um todo, alterando a essência do escopo do termo e todas as metas e compromissos nele existentes.

do termo e todas as metas e compromissos nele existentes.

158. É importante lembrar que as mudanças previstas para ocorrerem em breve no modelo de prestação dos serviços consistem em alterações da estrutura normativa e conceitual do tema inseridos nos TACs de

universalização, de maneira que, após a conclusão das mudanças de modelo, as condições dos termos serão extintas juntamente com as suas metas.

159. Dessa forma, não apenas os TACs e suas metas e compromissos serão enfraquecidos ou integralmente prejudicados diante das mudanças regulamentares e de gestão da Anatel sobre o tema neles incluído, como haverá um risco significativo de que as alterações das condições do TAC gerem conflitos, inclusive judiciais, entre a Anatel e as operadoras – conflitos esses quanto às condições estabelecidas na repactuação dos acordos ou à cobrança direta do valor de referência do TAC. Além disso, pode-se gerar questionamentos pelos demais atores do setor quanto à compatibilidade das novas condições estabelecidas com o interesse público, abalando-se a segurança jurídica dos acordos originais.

160. Dada a ausência de interesse público na assinatura de TACs de universalização em face das incertezas do cenário atual, propõe-se determinar à Anatel que se abstenha de incluir nos TACs quaisquer Pados relativos ao tema de universalização, considerando que está prevista a extinção das obrigações relativas ao tema na revisão do modelo de telecomunicações, conduzida tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo, e também pela própria agência em sua proposta de revisão do PGMU para o próximo quinquênio, o que acarretaria na perda de objeto de parcela significativa dos compromissos de correção de conduta, tendo em vista o disposto nos arts. 2º, 6º, inciso VII, e 15 da Resolução-Anatel 629/2013, e os princípios do interesse público, da segurança jurídica e da eficiência, previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

161. Alternativamente, caso não seja acolhida a proposta anterior de que não há interesse público em firmar um TAC tratando de obrigações que serão extintas antes do término do referido acordo, propõe-se determinar à Anatel que, diante da concretização das alterações previstas nas obrigações de universalização, redistribua o valor relativo aos Pados de universalização incluídos nos TACs para novos projetos de compromissos adicionais, ou ampliação dos já existentes, uma vez que não será possível exigir a correção das condutas infringidas nos Pados,

considerando o disposto nos arts. 2º, 6º, inciso VII, e 15 da Resolução-Anatel 629/2013, e o princípio do interesse público, previsto no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

162. Em resposta à diligência, a Anatel alegou novamente que as futuras alterações da regulamentação ensejarão a repactuação dos termos do TAC e serão tratadas como uma 'nova negociação', pode modificar não somente os 'próprios compromissos firmados' como também 'as multas e a distribuição do Valor de Referência entre os compromissos firmados' (peça 34, p. 3) .

163. Ao simplesmente afirmar que alterações na regulamentação ensejariam nova negociação, sem estabelecer critérios mínimos a serem respeitados nesse processo para manter a segurança jurídica do acordo original, a Anatel não deixa claro quais mecanismos serão utilizados para garantir a fidedignidade e legitimidade do TAC, preservando o interesse público do acordo.

164. Lembra-se que o TAC já se trata de uma medida de exceção da Administração Pública para resolver irregularidades na prestação dos serviços. Ou seja, já se trata de um esforço adicional do poder público em abdicar da cobrança imediata de multas das operadoras, que são beneficiadas com o acordo, para tentar resolver um problema que traz prejuízos à sociedade.

165. Assim, **tentar prorrogar a vigência de um TAC após a sua assinatura consistiria em uma grave irregularidade, visto que, além de mudar as condições do acordo inicial, trazendo insegurança jurídica ao processo, a prorrogação do TAC prejudicaria os resultados esperados e ainda beneficiaria as operadoras em detrimento dos interesses da sociedade, prejudicando o interesse público do TAC.**

166. Ressalta-se que situação semelhante já foi identificada na atuação da Anatel nos Planos de Melhoria da Qualidade (PMQ) pactuados entre a agência e as operadoras, conforme melhor detalhado nas seções 5.5.1 a 5.5.4 do relatório da auditoria realizada sobre a atuação da Anatel sobre a qualidade dos serviços de telecomunicações (TC 023.133/2015-5, peça 175) .

167. Na auditoria, constatou-se que, ao invés de seguir com os planos acordados inicialmente e aplicar as penalidades neles previstas, a Anatel optou por repactuar as metas originais, passando a chamar os referidos planos de 'processos de acompanhamento' (PAC) promovendo a prorrogação indevida dos prazos

acompanhamento (FAC) , promovendo a prorrogação indevida dos prazos estabelecidos originalmente nos planos de melhoria, prejudicando assim a efetividade e inviabilizando os resultados esperados.

168. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que, caso seja necessária a repactuação das condições de TACs já assinados devido a alterações regulamentares posteriores, se abstenha de prorrogar a vigência dos TACs assinados e de fazer qualquer alteração no prazo de vigência dos acordos em andamento que possa provocar atrasos nos resultados esperados com os termos assinados, em atenção aos princípios do interesse público, da legalidade e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013, c/c o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997, e o art. 37 da Constituição Federal.

III.2. Irregularidade na criação e na exigência nos TACs de um Índice Geral de Qualidade (IGQ) , inexistente na regulamentação vigente

169. A Anatel acompanha a qualidade dos serviços de telecomunicações por meio do monitoramento de indicadores de desempenho operacional das prestadoras. Sobre esse tema, a Anatel em seu sítio apresenta as seguintes informações (acessado em 7/11/2016 e disponível em <http://www.anatel.gov.br/dados/index.php/controle-de-qualidade>) :

Cada indicador possui uma meta associada, que deve ser alcançada pela prestadora do serviço mensalmente, em cada área geográfica definida na regulamentação dentro da sua Área de Atuação.

Os indicadores, bem como seus respectivos métodos de coleta, cálculo e demais requisitos de qualidade, estão definidos em regulamentação específica editada pela Anatel, em conformidade com a legislação e após consulta pública à sociedade. Os indicadores para o SCM, SMP e STFC estão estabelecidos nos Regulamentos de Gestão da Qualidade, anexos, respectivamente, à Resolução nº 574/2011, à Resolução nº 575/2011 e à Resolução nº 605/2012. Já os indicadores para o STVA estão estabelecidos no Plano Geral de Metas da Qualidade, anexo à Resolução nº 411/2005.

(...)

Visando aferir o correto emprego dos dispositivos regulamentares quanto à coleta, o cálculo e o envio das informações solicitadas, **a Anatel realiza procedimentos**

fiscalizatórios sistemáticos e periódicos nas prestadoras.

Para os casos em que se verificam indícios de desempenho ou conduta diferente da estabelecida na regulamentação, a Anatel instaura Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) em desfavor da prestadora. (...) Quando cabíveis, as sanções são aplicadas observando o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA) , aprovado pela Resolução nº 589/2012, e podem ser: advertência, multa, suspensão temporária, obrigação de fazer, caducidade ou declaração de inidoneidade. (sem grifos no original)

170. Diante das informações apresentadas, verifica-se que a Anatel já possui indicadores de medição da qualidade dos serviços definidos em regulamentação e já possui rotina de fiscalização sistemática dos resultados apresentados por eles.

171. Estão em andamento na agência negociações de TACs que se referem ao macro tema de qualidade dos serviços, em que os Pados inseridos no âmbito dessas discussões se referem ao descumprimento dos indicadores citados acima por parte das operadoras.

172. Avaliando-se primeiramente o processo de TAC da operadora Oi referente à qualidade dos serviços, sendo esse o primeiro processo sobre o referido tema a ser aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel, verificou-se que a proposta final da Comissão de Negociação da área técnica da Anatel (TC 033.413/2015-0, peça 17, p. 29) , de 6/11/2015, apresentou os compromissos de ajuste de condutas por meio de diversas fichas que listavam o indicador de qualidade infringido, a respectiva meta a ser cumprida e de que forma (TC 033.413/2015-0, peça 31) .

173. Assim, a proposta de TAC apresentada tomava como base o atingimento gradual das metas dos indicadores de qualidade previstos nos regulamentos da Anatel, os mesmos que originaram os processos sancionatórios que motivaram a assinatura do termo.

174. Entretanto, essas condições foram alteradas pelo voto vencedor que embasou a aprovação do TAC, o Voto Anatel 2/2015/SEI/IF, que apresentou as seguintes afirmativas (peça 28, p. 6) :

3.23.12. A partir da análise dessas informações, verifiquei a possibilidade de acompanhamento e aferição do ajustamento de todos os indicadores de

qualidade por meio desse índice, simplificando muito a atividade de certificação do cumprimento do TAC, sem perda de informações ou qualquer outro prejuízo, pois a compromissária continuaria com a obrigação de coleta, cálculo, consolidação e envio mensal à Agência nos termos regulamentares.

3.23.14. Portanto, se conseguimos facilitar o trabalho sem qualquer perda, entendo que essa forma de avaliação é plenamente justificável e efetiva, pois reduz o custo regulatório, **razão pela qual proponho que o acompanhamento e aferição seja realizado por meio da consideração do Percentual de Indicadores com Cumprimento de Metas da Operadora, baseado no IGQO, em substituição à proposta original de acompanhamento individualizado e pulverizado dos indicadores. Proponho, todavia, a denominação de IGQ – Índice Geral da Qualidade.** (sem grifos no original)

175. O voto segue explicando que, na reformulação da proposta, foi verificado que a Anatel utiliza em um dos seus relatórios (Relatório de Indicadores de Desempenho Operacional) o indicador chamado 'Índice Geral de Qualidade Operacional' (IGQO) em todos os serviços monitorados pela agência e sugere que seja criado um novo índice a partir do IGQO, que será submetido a alguns ajustes, resultando no chamado de 'Índice Geral da Qualidade' (IGQ) . O voto propõe, então, que passe a ser adotado esse indicador novo como o instrumento de ajuste de conduta do TAC, ainda que se trate de um indicador não regulamentado e não seja previsto nos normativos da Anatel.

176. Entretanto, apesar de o voto citar que o IGQO foi utilizado em um dos relatórios da agência para avaliar todos os serviços de telecomunicações, é importante destacar que, ao regulamentar a qualidade dos serviços e seus indicadores, a Anatel definiu a existência e aplicação do referido indicador (IGQO) somente para o serviço de telefonia fixa, conforme Resolução-Anatel 605/2012, não estando regulamentada nem prevista a aplicação de tal índice para os demais serviços, cuja qualidade foi normatizada pelas Resoluções Anatel 574/201, 575/2011 e 411/2005.

177. Registre-se que, na minuta de TAC da prestadora Telefônica, aprovada em 27/10/2016 pelo Conselho Diretor, foi inserida a mesma previsão de utilização do IGQ em substituição dos demais indicadores, como ajuste de conduta para os descumprimentos da regulamentação da qualidade da telefonia móvel e fixa (peça 93, p. 27-28) .

178. Ocorre que a nova proposta de ajuste de conduta da qualidade dos serviços, aprovada pelo Conselho Diretor da Anatel e resultante da reformulação da proposta anterior estabelecida na comissão de negociação, apresenta inconsistências e irregularidades que serão tratadas a seguir.

179. Conforme já citado anteriormente, o IGQO consiste em um indicador previsto em regulamento somente para o serviço de telefonia fixa, chamado de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) , conforme Regulamento de Gestão da Qualidade do STFC, Resolução-Anatel 605/2012. Não há previsão normativa para a aplicação desse indicador para nenhum dos demais serviços de telecomunicações, que possuem regulamentos e indicadores próprios de gestão da qualidade, assim como o STFC.

180. Além de aparentar inadequada a proposta apresentada no voto, por utilizar como parâmetro de qualidade para todos os serviços um indicador que somente é aplicável a um dos serviços, segundo a regulamentação da própria agência, a sua legitimidade também pode ser questionada, por defender a ideia de se criar, especificamente para o TAC, um novo indicador a partir de ajustes e adaptações de outro indicador existente, sem que sejam seguidos os trâmites processuais de atos normativos da Anatel e sem que haja transparência no processo.

181. Ao se avaliar o processo de TAC de qualidade dos serviços da empresa Telefônica, o segundo processo sobre o referido tema aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel, em 27/10/2016, verificou-se que novamente foi aprovado como índice de referência do TAC de qualidade o chamado IGQ, um indicador não regulamentado pela agência em seus normativos vigentes (peças 93, p. 27-28; 96, p. 4) .

182. Assim, ainda que a Anatel tenha escolhido reproduzir tal indicador para os demais serviços em seus relatórios gerenciais, **entende-se ser inadequado a agência optar, em uma negociação com a relevância e a materialidade dos TACs, independentemente da empresa requerente, por trocar o acompanhamento de ajuste de conduta baseado em indicadores regulamentados por um indicador novo, criado por meio do voto vencedor que aprovou o TAC, não normatizado e que utiliza como base para a sua criação outro indicador não aplicável a todos os serviços.**

183. Caso a agência entenda ser necessária a criação de novos indicadores de

medição da qualidade dos serviços, não sendo apropriados ou sendo insuficientes os indicadores já regulamentados, entende-se ser necessário que a Anatel submeta nova proposta de regulamentação, que siga os procedimentos normativos previstos no capítulo V do Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013, visto que se trata de atos de caráter normativo que devem passar pelos mecanismos de controle formais do órgão, garantindo transparência e legitimidade ao processo.

184. A opção adotada pela agência de fazer o acompanhamento, e eventualmente aplicar sanções, das ações previstas no TAC por meio de um indicador criado na própria proposta de TAC, rejeitando os indicadores já regulamentados na agência e que motivaram as multas que culminaram na assinatura do acordo, apresenta irregularidades e fere o princípio da transparência conforme pontos descritos a seguir:

a) a troca de indicadores não permite verificar o ajuste de condutas, princípio básico do TAC, dado que gera incomparabilidade entre as condutas irregulares que geraram as infrações, e conseqüentemente o TAC, e a conduta acompanhada pela Anatel após o acordo. Isso porque os indicadores e as metas tomados como base serão diferentes entre os dois momentos de observação, inviabilizando a constatação, ou não, de ajustamento da conduta originalmente irregular.

b) a Anatel passa a regulamentar o monitoramento do TAC por meio de instrumento inadequado e de baixa publicidade, dado que será criado um indicador novo para os serviços de telecomunicações por meio do voto de conselheiro em processo específico e da minuta de um acordo celebrado somente entre a Anatel e a empresa prestadora dos serviços. Nesse caso, constata-se que a agência está regulamentando por um documento interno, presente somente em processo administrativo específico do TAC e acessível apenas às partes envolvidas, algo que, além de prejudicar a transparência e a legitimidade da atuação da Anatel e de seus atos, ainda vai de encontro com o Regimento Interno da agência. O normativo prevê, para os atos de caráter normativo (como a criação de indicadores de qualidade dos serviços), documentos ou matéria de interesse relevante, a realização de Consulta Pública pela agência, assim como foi feito com os indicadores previstos nos regulamentos e presentes na proposta original de TAC da área técnica da Anatel.

185. Com relação ao cálculo proposto para o IGQ, conforme citado anteriormente, a análise do voto relator define que o indicador está baseado na definição do Índice

Geral de Qualidade Operacional (IGQO) , calculado da seguinte forma (peça 93, p. 27, do presente processo e peça 28, p. 6-9, do TC 033.413/2015-0) :

'4.2.10.21. Esse índice – utilizado de forma semelhante para todos os serviços – está baseado na definição do Índice Geral de Qualidade Operacional – IGQO

previsto no art. 35 do Regulamento de Gestão da Qualidade (RGQ) do STFC, aprovado pela Resolução nº 605, de 26/12/2012, que assim dispõe:

Art. 35. O Índice Geral de Qualidade Operacional – IGQO é calculado percentualmente para cada modalidade considerando os indicadores de qualidade operacional de desempenho de rede, de reação do usuário e os de atendimento ao usuário.

Parágrafo único. Para fins de cálculo do IGQO considera-se:

I – Representação matemática:

$$\text{IGQO} = (A/B) \times 100$$

Onde:

A: Quantidade de indicadores que cumpriram a meta no período avaliado

B: Quantidade de indicadores no período avaliado.' (sem grifos no original)

186. Assim, ao se avaliar a forma de cálculo do IGQ, verifica-se que o índice é obtido somente calculando-se o percentual simples de quantos indicadores avaliados cumpriram suas metas sobre o total de indicadores que foram avaliados em determinado período.

187. Uma irregularidade observada na metodologia definida pela Anatel consiste no fato de que, ao ser considerado somente o percentual geral de cumprimento dos indicadores, ignora-se o atingimento da meta e, conseqüentemente, o ajuste de conduta, de cada indicador existente no regulamento e que motivou as multas que resultaram na assinatura dos TACs. Ressalta-se que o TAC é justamente um acordo cuja base é um ajuste de condutas com o objetivo da empresa reparar o que está em desacordo com a regulamentação vigente.

188. Não apenas o IGQ desconsidera o desempenho de cada indicador específico de qualidade dos serviços, dado que a Anatel passaria a acompanhar um índice

genérico, como não leva em consideração a melhoria de desempenho da qualidade dos serviços em si, visto que a metodologia de cálculo escolhida é incapaz de avaliar a evolução temporal dos vários aspectos que compõem a qualidade dos serviços e que seriam refletidos por meio dos indicadores regulamentados pela agência, conforme proposto pela Comissão de Negociação da área técnica da Anatel.

189. Exemplificando, suponha-se que existam três indicadores que compõem o IGQ, chamados A, B e C, com os desempenhos conforme tabela abaixo:

Tabela 2 – Exemplo do cálculo do IGQ com três indicadores em um período de tempo

Indicador	A	B	C	D	IGQ
Meta	> 80	> 70	> 60	> 50	
ano 1	75	60	85	60	50%*
ano 2	30	20	100	100	50%*

Fonte: Elaboração própria.

* Correspondentes a 2/4, dado que foram cumpridos apenas 2 indicadores entre os quatro observados

190. Na tabela, foram apresentados quatro indicadores com metas distintas e com resultados medidos em dois períodos diferentes, ano 1 e ano 2. Observa-se que o indicador A e o indicador B não atingiram a meta em nenhuma das avaliações e que tiveram significativa piora no seu desempenho no segundo ano. Já os indicadores C e D sempre atingiram a meta e houve ainda melhoria de seu resultado na segunda medição.

191. Observa-se que, mesmo se tratando de duas situações com resultados completamente diferentes, obteve-se o mesmo IGQ para ambos os anos utilizando a metodologia de cálculo sugerida pela Anatel. Assim, o IGQ não foi capaz de refletir:

a) a permanente situação irregular dos indicadores A e B que, sendo indicadores de qualidade de serviço, teriam como consequência uma má qualidade no serviço

qualidade de serviço, tenham como consequência uma má qualidade no serviço avaliado, algo que vai de encontro ao objetivo do TAC;

b) a involução no desempenho do serviço, dada a piora do desempenho dos indicadores A e B no decorrer do tempo;

c) o bom desempenho recorrente dos indicadores C e D;

d) e a evolução do desempenho dos indicadores C e D com o decorrer do tempo, chegando a atingirem resultados excelentes.

192. Ou seja, o cálculo e o resultado do referido indicador se mostram ineficazes como instrumentos de acompanhamento, controle e avaliação do desempenho da qualidade do serviço medido, além de não refletirem as melhorias, ou não, do desempenho e dos resultados da operadora diante das ações previstas pelo TAC. Ressalta-se, ainda, que a situação anterior pode acontecer considerando por exemplo os indicadores do serviço de banda larga e de telefonia móvel.

193. Além disso, não resta claro qual seria o valor de referência do IGQ considerado adequado pela Anatel e que deveria ser atingido pelas operadoras, visto que não apenas o índice é prejudicado por tentar medir indicadores distintos, como ele não mede claramente a diferença entre as situações, resultando na incomparabilidade entre resultados de anos distintos.

194. A impossibilidade de correlacionar diretamente a melhoria da qualidade do serviço e seus indicadores com o índice IGQ põe em xeque a efetividade da atuação da Anatel, podendo, inclusive, impactar a qualidade do serviço. Levanta-se, assim, o questionamento se há, de fato, interesse público na assinatura de TACs nessas condições, já que o objetivo do acordo é o ajuste da conduta infringida, no caso, justamente o não atendimento de certos indicadores de qualidade. Além disso, acarreta insegurança jurídica no acordo, inclusive para as próprias operadoras, visto que o índice escolhido não reflete as melhorias no serviço e pode não refletir os resultados das ações executadas pelas empresas.

195. Ora, se há um regulamento vigente com indicadores normatizados de qualidade dos serviços, que inclusive serviram de base para as multas que resultaram no TAC, entende-se que essa regulamentação não deve ser ignorada, sendo necessário um gradual cumprimento das suas metas ao longo dos quatro anos, e não deve ser substituída por um novo índice não normatizado e que não ofereça garantias de que será regulamentado futuramente. Essa substituição vai de

ofereça garantias de que será regulamentado futuramente. Essa substituição vai de encontro com os regulamentos de qualidade vigentes, podendo inclusive ser considerada uma irregularidade na atuação da Anatel e de seu Conselho Diretor, que aprovou TACs nessas condições.

196. O referido Voto Anatel 2/2015/SEI/IF que propõe o IGQ ainda afirma (peça 28, p. 6-9, do TC 033.413/2015-0) :

‘3.23.15. Tal proposta facilita, como dito, o acompanhamento da Agência, pois possibilita a aferição do cumprimento total dos indicadores por meio de um único índice ou meta, ao contrário da proposta apresentada pela área técnica e da contraproposta do Conselheiro Relator que apresentam milhares de metas a serem cumpridas ao longo dos 4 (quatro) anos de vigência do TAC, com inúmeras possibilidades de multas, instauração de inúmeros processos e infundáveis recursos, contrariando uma das principais vantagens do ponto de vista do acompanhamento para as áreas da Anatel que é a diminuição do número de processos e rapidez do sancionamento.

3.23.16. Todavia, repiso que essa facilidade de acompanhamento não retiraria o compromisso da compromissária em continuar cumprindo todos os indicadores e enviando na forma prevista na regulamentação. Também não afastaria a necessidade de adoção de medidas para atingir as metas de todos os indicadores ao final do TAC.

3.23.17. A Anatel continuará acompanhando e publicando o Percentual de Indicadores com Cumprimento de Metas da Operadora (IGQ) , ao longo do período de duração do TAC. A compromissária deverá manter, no mínimo, o patamar atual do IGQ durante toda a vigência do TAC.

(...)

3.23.26. Proponho, ainda, que o IGQ seja único, ou seja, consolidado dos IGQs dos serviços abarcados no presente TAC (Móvel, Fixa e TV) ’

197. Diante da análise realizada anteriormente sobre o IGQ, entende-se que as afirmativas acima devem ser avaliadas com mais detalhes.

198. O item 3.23.15 do Voto Anatel 2/2015/SEI/IF alega que a metodologia é importante para simplificar o processo de acompanhamento das obrigações do

TAC. Entretanto, novamente deve-se questionar o interesse público na presente situação, visto que a simplificação do processo resulta na perda de informações essenciais para o acompanhamento do TAC, o que abre espaço para a subjetividade dos resultados e possibilita, inclusive, que o controle feito pela Anatel seja mais brando. Caso a piora dos indicadores não seja demonstrada no IGQ, pode-se gerar benefícios indevidos para as operadoras ou até mesmo prejuízos, caso suas ações de melhoria não estejam corretamente refletidas no índice.

199. A subjetividade da análise dos dados e a imprecisão entre resultados do indicador e a real melhoria da qualidade dos serviços levam ao entendimento de que a assinatura do TAC, nessas condições, traria prejuízos aos usuários dos serviços de telecomunicações, pois a qualidade poderia ser inclusive degradada em relação aos níveis atuais para determinados aspectos, com o agravante de que esses aspectos podem ser aqueles que mais impactam na qualidade do ponto de vista do usuário.

200. O item 3.23.26 sugere que o IGQ seja único para todos os serviços, algo que agrava ainda mais as irregularidades e fragilidades apontadas anteriormente. Isso porque não apenas o IGQ não expressará de forma clara a situação real da qualidade do serviço, não permitindo a evolução dos indicadores de qualidade com o passar do tempo, como não será possível verificar o desempenho individual de cada serviço e distinguir a melhoria, ou piora, de sua qualidade individualmente.

201. Em resposta à diligência, a Anatel alega que a 'composição do IGQ não deixa margem' para que seu resultado distorça a situação atual da qualidade (peça 34, p. 6) , embora o exemplo da tabela 2 da presente instrução demonstre o contrário.

202. A agência ainda afirma que 'essa facilidade de acompanhamento não retiraria o compromisso da compromissária em continuar cumprindo todos os indicadores e enviando na forma prevista na regulamentação' (peça 28, p. 6-9, do TC 033.413/2015-0) , de forma que a agência continuaria a fazer o acompanhamento de 'todos os indicadores na forma atualmente prevista na regulamentação, por indicador, por área de abrangência e por serviço' (peça 34, p. 5) .

203. Diante disso, não fica claro de que forma o processo estaria sendo simplificado, como foi alegado pela referida, visto que a Anatel permaneceria executando as atividades de controle dos indicadores normalmente.

204. Ora, se a agência já executará o acompanhamento de cada indicador infringido

que resultou em multa, não resta justificado porque acompanhar, controlar e definir o TAC com base em outro indicador, de caráter genérico, aplicado a todos os serviços e aspectos da qualidade, desprezando o ajuste daquela conduta específica que originou o TAC.

205. Essa condição ainda prejudica o processo de punição das operadoras em caso de descumprimento dos TACs. Isso porque o índice escolhido como parâmetro de cumprimento do acordo não está relacionado com os indicadores controlados pela agência, de forma que, se esses indicadores não forem cumpridos, não será possível aplicar a penalidade prevista no TAC, já que seu critério de cumprimento e de multas passa a ser o IGQ.

206. A Anatel alega, conforme transcrito anteriormente, que o IGQ otimizaria o acompanhamento do TAC pois reduziria 'as inúmeras possibilidades de multas, instauração de inúmeros processos e infundáveis recursos'. Cabe ressaltar que o TAC consiste em um acordo de ajustamento de condutas irregulares aos regulamentos e normas vigentes. Assim, se a agência entende que esse arcabouço de normativos não está adequado e está onerando a atuação do órgão regulador, não deve utilizar as condições estabelecidas no TAC como forma de compensar essa distorção.

207. O TAC se trata de uma medida excepcional adotada pelo poder público ao abdicar de recursos públicos já exigíveis, resultados de multas aplicadas às prestadoras, por ações que possam trazer benefícios à sociedade. Dessa forma, entende-se que o acompanhamento dessas ações pela agência reguladora deve ser ainda mais rigoroso do que o controle regular feito pelo referido órgão sobre as obrigações das prestadoras.

208. A necessidade de um acompanhamento mais rigoroso se faz ainda mais relevante ao se considerar que, ao abrir mão desses recursos públicos com o TAC, a Anatel prevê o arquivamento dos processos sancionatórios presentes no acordo, de forma que não será possível a agência resgatar ou dar continuidade aos processos sancionatórios nem exigir as respectivas multas caso a prestadora não cumpra o TAC e seus compromissos.

209. Como dito na sessão II.1 do presente relatório, o TAC não deve ser prejudicado devido a necessidades de alterações dos normativos da agência. Antes de assinar TACs e tentar compensar por meio deles as eventuais falhas de seus procedimentos

administrativos, caso existam, a Anatel deve primeiramente aprimorar as normas que regem as condutas e os compromissos das operadoras.

210. No voto que embasa a adoção do IGQ, ainda consta a afirmação de que a 'aferição do cumprimento do IGQ será realizada ao final do TAC como meta única, com base no IGQ do último mês do 4º ano de vigência do TAC' (peça 93, p. 27) . Essa definição agrava as fragilidades dos termos do TAC, visto que a Anatel deixa de avaliar periodicamente o IGQ ao longo do período de vigência do acordo, comprometendo o controle e acompanhamento *pari passu* do desempenho das operadoras e da qualidade dos serviços, bem como a efetividade da multa diária prevista no acordo, visto que, em caso de descumprimento ou atraso, não haverá tempo hábil para a aplicação máxima de tal penalização.

211. Nessas condições, não resta claro como a Anatel vai garantir que a empresa vem cumprindo o termo de ajuste de conduta ao longo do TAC, se somente vai fazer essa aferição no final da vigência do acordo. Além disso, verifica-se que, em caso de não cumprimento dos compromissos de melhoria do indicador, os usuários ficarão quatro anos sem ter um serviço com a qualidade mínima esperada e exigida em regulamentação. Ressalta-se que o objetivo do TAC de qualidade é justamente trazer benefício à sociedade e melhoria na qualidade do serviço.

212. Tendo em vista que essa melhoria só pode ser feita de forma gradual, fica claro que é necessário um acompanhamento pela Anatel também gradual, não deixando que o sucesso do acordo e a efetividade da ação dependam somente da análise de uma única medição feita ao final do TAC, o que prejudicaria a segurança jurídica, o interesse público e a efetividade do acordo.

213. Em resposta à oitiva no presente processo, ao discorrer sobre possíveis repactuações nas metas dos TACs a serem assinados, a Anatel reafirma os pontos analisados anteriormente, originários do Voto Anatel 2/2015/SEI/IF, e ainda alega (peça 25, p. 1) :

'3.8. Concomitantemente, foram estabelecidos compromissos de envio à Agência dos indicadores de qualidade vigentes, durante toda a duração do Ajustamento. Eventuais perdas significativas no desempenho das empresas durante o período de ajustamento ensejarão a apresentação de planos de ação ou mesmo a adoção de outras medidas, a fim de garantir a manutenção do nível de serviço desejado. Ao final do TAC, por sua vez, as prestadoras devem cumprir

integralmente o Índice Geral de Qualidade – IGQ, que será composto pelos indicadores vigentes à época.

3.9. Em síntese, é de se perceber que a associação da meta a ser atingida ao IGQ vem a ser dotada de flexibilidade uma vez que tal índice captura os indicadores de qualidade vigentes em um determinado momento do tempo.'

214. Assim, novamente a agência afirma que os indicadores de qualidade regulamentados continuarão a ser controlados em paralelo ao acompanhamento das ações e resultados dos TACs e que, em caso de piora do seu desempenho, 'ensejarão a apresentação de planos de ação ou adoção de outras medidas'.

215. Ora, repita-se, se a Anatel continuará acompanhando normalmente os indicadores regulamentados, possuindo os dados referentes à sua evolução e à melhoria da qualidade dos serviços, não resta clara a motivação da agência para exigir, no TAC, uma forma de acompanhamento diferenciada e específica da qualidade dos serviços, por meio de indicador não normatizado e que não será monitorado de forma gradual.

216. Diante dessa afirmativa, novamente verifica-se uma possível ineficiência na atuação da Anatel. Além de criar um índice novo (IGQ) para controlar o TAC, permanecendo com o controle recorrente dos indicadores já existentes, a agência alega que, no caso de piora de resultados desses indicadores, determinará outra vez a apresentação de planos de melhoria, o que já é o propósito do próprio TAC vigente. Dessa forma, a Anatel passaria a controlar em paralelo ao TAC um plano de ação de melhoria de indicadores que se referem ao mesmo tema já tratado no acordo, o que vai de encontro com o regulamento de TAC, segundo o qual não cabe a negociação de novo acordo com a Anatel sobre proposta apresentada que possuir o mesmo objeto e abrangência de outro TAC ainda vigente ou sobre proposta apresentada que tiver por objetivo corrigir o descumprimento de outro TAC.

217. Essa situação é incompatível com a proposta do TAC, visto que, por ser tratar de um termo de ajustamento de conduta, o descumprimento dos indicadores de qualidade e dos compromissos de melhoria do serviço, que motivaram a assinatura do TAC, deveria resultar na aplicação direta das multas no âmbito do próprio TAC e na execução extrajudicial do valor de referência do termo, e não no estabelecimento de um novo plano de ação paralelo ao TAC, como prevê a Anatel.

218. Além de a escolha da agência onerar as atividades do próprio órgão regulador, ela representa uma irregularidade significativa, visto que a operadora não poderia ou não deveria apresentar piora nos indicadores do mesmo tema incluído no TAC se o acordo foi elaborado de forma eficiente, alinhada ao seu objetivo final de corrigir essa conduta de descumprimento reiterado dos indicadores de qualidade vigentes.

219. Ressalta-se que o art. 24 do regulamento de TAC estabelece que 'a conduta irregular que se pretende ajustar (...) deverá ser fiscalizada exclusivamente em conformidade com o cronograma de metas e condições estabelecido no respectivo compromisso'. Isso significa que, ainda que a Anatel faça um acompanhamento paralelo dos resultados dos demais indicadores regulamentados, além do IGQ previsto no TAC, e que monitore o desempenho de todos os indicadores, inclusive do IGQ, ao longo dos quatro anos de vigência do acordo, nenhuma ação poderá ser adotada pela agência com relação aos resultados obtidos nesses processos.

220. Isso porque o próprio regulamento prevê que a fiscalização estará restrita exclusivamente ao cronograma e às metas previstas no TAC. Assim, **caso o IGQ seja adotado como parâmetro para aferição das metas, essa fiscalização estará restrita somente à avaliação desse índice (sem os demais indicadores) e, mais grave, somente ao desempenho do indicador verificado no 4º ano de vigência do ajuste, não importando o seu desempenho em todos os outros anos de vigência do TAC. Assim, embora a Anatel afirme que será feito um acompanhamento paralelo ao TAC dos indicadores e que esse será concomitante com a vigência do acordo, tal atuação em nada contribui para o resultado do TAC, visto que a agência não poderá adotar nenhuma ação de melhoria ou de sanção contra a operadora, já que tal metodologia de acompanhamento poderá não corresponder àquela prevista no TAC.**

221. A Anatel novamente enfatiza que 'a associação da meta a ser atingida ao IGQ vem a ser dotada de flexibilidade' e que permite avaliar a qualidade do serviço independentemente dos indicadores a serem considerados, em caso de possível mudança de regulamento. Entretanto, tal afirmativa não deve prosperar, justamente pelo fato de que essa flexibilidade representa um descasamento entre o IGQ e a qualidade, de fato, dos serviços prestados, conforme já evidenciado anteriormente na presente seção desta instrução.

222. Dessa maneira, propõe-se determinar à Anatel que:

a) se abstenha de assinar qualquer TAC envolvendo o tema de qualidade que utilize como critério para definição do ajustamento de conduta e de suas metas o Índice Geral da Qualidade (IGQ) ou qualquer outro indicador não regulamentado e não submetido à consulta pública para análise da sociedade, incluindo as operadoras, em linha com o disposto nos regulamentos de qualidade da Anatel dos serviços de telefonia móvel, Resolução-Anatel 477/2007, e de telefonia fixa, Resolução-Anatel 605/2012, c/c os incisos I e III do art. 13, o art. 16 e o *caput* e inciso II do art. 17 do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013, e com os princípios da publicidade e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

b) ao estabelecer o acompanhamento do ajustamento de conduta referente às metas e compromissos a serem atingidos pelo TAC, estabeleça pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC, com a previsão de aplicação de multas por descumprimentos relacionados a esses controles realizados, consoante com os incisos I, III e V do art. 13, o art. 16, o *caput* e incisos II e III do art. 17 e o *caput* do art. 24 do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013 c/c o § 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985.

223. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

IV. IRREGULARIDADES NOS DISPOSITIVOS DOS COMPROMISSOS ADICIONAIS APLICÁVEIS A TODOS OS TACS

224. Na presente seção pretende-se avaliar a forma como a Anatel formulou diretrizes e definições a serem seguidas no estabelecimento de compromissos adicionais dos TACs, além de avaliar os atos administrativos realizados pelo órgão regulador durante esses processos.

225. Conforme já explicado anteriormente, o TAC é composto por duas principais partes: os compromissos de ajustamento de conduta e os compromissos adicionais, que são destinados a trazer benefícios a usuários e melhorias ao serviço, fazendo com que o acordo vá além da simples correção de condutas irregulares.

226. A existência dos compromissos adicionais no TAC é fundamental para a garantia do interesse público do acordo. Isso porque com eles o instrumento deixa de ser apenas uma extensão de prazo dada às operadoras para que corrijam as suas condutas irregulares, algo que já era exigível de imediato, e passa a oferecer

uma vantagem adicional à sociedade por meio de investimentos e ações que resultarão em melhorias para os consumidores.

227. A importância do papel dos compromissos adicionais para os TACs foi enfatizada pela Procuradoria Especializada junto à Anatel (PFE) em diversas análises sobre o tema (TC 033.413/2015-0, peça 1, p. 65-82) :

a) Parecer 1.325/2015/PFE-Anatel/PGF/AGU, parecer sobre o TAC da Oi:

‘361. Desse modo, esse acréscimo de obrigações a ser exigido da prestadora celebrante do TAC, nominado pelo Regulamento do TAC de compromissos adicionais, busca a expansão da infraestrutura necessária ao desenvolvimento do setor de telecomunicações, bem como dar maior proteção aos usuários.

(...)

363. Nesse contexto é que os TACs a serem celebrados devem compensar ao interesse público, tanto primário como secundário, de forma que esse acordo não signifique, em última análise, uma espécie de moratória, ou mesmo perdão concedido à infratora. Diante disso, **deve ser exigido da prestadora um *plus* obrigacional cujo adimplemento retribua ao interesse público essa nova oportunidade dada à infratora de ajustar sua conduta irregular.**’ (sem grifos no original)

b) Parecer 1.287/2012/PFE-Anatel/PGF/AGU, parecer sobre a proposta de regulamento de TAC da Anatel:

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

localidades que indiquem a não atratividade econômica.’ (sem grifos no original)

c) Parecer 1.071/2013/PFE-Anatel/PGF/AGU:

‘301. O TAC possibilitará à prestadora deixar de pagar multas por descumprimento de obrigações regulamentares. **Essa vantagem econômica não pode ser usufruída exclusivamente pela prestadora infratora, mas sim repartida com a sociedade.**

(...)

308. Para tanto, é fundamental que, a partir dos compromissos adicionais, **os consumidores tenham acesso a serviço e infraestrutura que não seriam proporcionados pela expansão natural do setor de telecomunicações, movida pelos interesses econômicos das prestadoras.**

309. Em outras palavras: **um compromisso só pode ser tido como compromisso adicional se, de fato, proporcionar ao consumidor final benefício a que ele não teria acesso se não houvesse a celebração do TAC.**

310. Além disso, faz-se premente que a prestadora não possa simplesmente utilizar dinheiro das multas para realizar seus investimentos normais em locais de atratividade econômica, Os valores das multas substituídas devem ser encarados como recursos públicos. **E, na qualidade de recursos públicos, devem ser destinados a investimentos sem atratividade econômica.**

(...)

313. Assim, o TAC será relevante tanto para a prestadora (que deixará de pagar multas substituídas pelo TAC e utilizará os respectivos valores em investimentos próprios) **quanto para os consumidores, que serão beneficiados pela possibilidade de usufruir serviços aos quais não teriam acesso como decorrência da expansão natural do setor de telecomunicações**, de forma que seja possível dizer que o TAC, de fato, contribuiu para um incremento na efetiva prestação do serviço para os consumidores.’ (sem grifos no original)

228. Até o Ministério do Planejamento (MP) , em nota oficial que tratava sobre o projeto de lei que prevê a migração das concessões de telefonia fixa para autorizações do mesmo serviço, destacou a importância dos TACs preverem

compromissos adicionais relevantes ao interesse público (peça 119, p. 8) :

‘A realização de TAC não pode ser vista como regra, mas uma exceção. Em princípio, o TAC deve ser adotado para sanar alguma irregularidade, tendo como passo inicial o fim de qualquer conduta prejudicial aos usuários. **O TAC não pode e não deve passar o sentimento de que vale à pena cometer infração.** Daí que, além da correção da conduta irregular, **sejam previstos compromissos extras – que podem, inclusive, prever cobertura de serviços em áreas deficitárias.** Tais compromissos adicionais, no entanto, **devem ser balizados por critérios como o número de usuários beneficiados**, a capacidade econômica da compromissária, a vantagem auferida pela compromissada pela infração e o montante dos investimentos necessários para a realização do compromisso de cessação da conduta irregular.’ (sem grifos no original)

229. Assim, fica claro que há a necessidade de que as ações e os compromissos de investimentos definidos pela Anatel como compromissos adicionais dos TACs reflitam políticas públicas desenhadas para beneficiar a sociedade e o interesse público, sendo políticas cujas metas e objetivos não seriam realizados pela operadora ao longo do tempo, dado não haver interesse comercial em alcançá-los.

230. O Decreto 8.776, de 11 de maio de 2016, institui o programa de governo Brasil Inteligente que prevê como finalidade da política pública a universalização do acesso à internet no país. Além disso, o então Ministério das Comunicações publicou, em 8 de abril de 2016, a Portaria MC 1.455/2016 que, ao estabelecer diretrizes para a Anatel na elaboração de um novo modelo de prestação de serviços de telecomunicações no país, determinou prioridade às ações que posicionassem ‘os serviços de banda larga no centro da política pública’.

231. Ressalta-se que, conforme a própria Lei Geral das Telecomunicações (LGT) , art. 79, §1º, as obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição socioeconômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

232. A importância da destinação dos recursos provenientes dos TACs às políticas públicas do setor de telecomunicações foi reforçada pelo Secretário de Telecomunicações do Ministério (MCTIC) em seu discurso em seminário realizado

em fevereiro de 2017, em que afirmou (peça 106, p. 4-5) :

‘8. Portanto, **a principal razão para** atualizar o modelo de prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, nos termos do PLC nº 79/2016, e **negociar Termos de Ajustamento de Conduta – TACs com as operadoras de**

telecomunicações é a necessidade de estimular o desenvolvimento da infraestrutura de suporte à banda larga, seja fixa, seja móvel.

9. Esses são os principais instrumentos da política de conectividade em banda larga do Governo Federal, que em breve lançaremos.

10. O valor econômico associado à alteração do regime de prestação da telefonia fixa e **os TACs serão revertidos em investimentos em redes de banda larga** seguindo diretrizes estabelecidas pela política do Governo Federal.’ (sem grifos no original)

233. Ocorre que, ao avaliar as propostas de TAC em andamento na Anatel, verificou-se que os projetos de compromissos adicionais dos TACs já aprovados ou propostos nos processos em andamentos da Anatel apresentam características que não estão integralmente de acordo com a política pública de universalização da banda larga.

234. Constatou-se que, embora os compromissos adicionais estabelecidos pela Anatel prevejam projetos de expansão de banda larga, como, por exemplo, nos TACs aprovados da empresa Oi e da Telefônica, conforme será relatado nas próximas seções da presente instrução, eles não priorizam o atendimento de localidades desprivilegiadas, remotas e sem interesse comercial, cuja desigualdade social e regional é elevada com relação às demais regiões do país.

235. Para compatibilizar os projetos de compromissos adicionais dos TACs com a política pública de universalização de banda larga, é necessário priorizar investimentos em locais em que não haja a prestação de banda larga atualmente nem em um futuro próximo. Ressalta-se que o objetivo da universalização principal é fornecer os serviços para indivíduos e comunidades que ainda não têm acesso a eles, e não simplesmente ampliar o atendimento de usuários ou a competição entre operadoras nas regiões em que o serviço já existe.

236. Assim, além de ser necessário que a Anatel dê prioridade ao investimento em regiões em que não há a previsão de fornecimento do serviço, é necessário que a

agência garanta que mesmo nas localidades nas quais o serviço já é prestado pela operadora, sejam atendidas e priorizadas as regiões e os bairros desfavorecidos e sem infraestrutura de banda larga.

237. A compatibilidade dos compromissos adicionais com a política pública do setor se torna ainda mais relevante quando analisamos a destinação desses recursos caso não fossem assinados os TACs.

238. Com a instituição do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) pela Lei 9.998/2000, estabeleceu-se, em seu art. 6º, que 50% dos recursos arrecadados pelo Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) relativos à concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, além de multas, indenizações e prestação de serviços técnicos pela Anatel, seriam destinados ao fundo de universalização, até o limite anual de R\$ 700 milhões.

239. Utilizando-se essa proporção como parâmetro, verifica-se que, não havendo a assinatura de TAC, um total de 50% dos valores das multas seria destinado diretamente à política pública de universalização do serviço de telefonia prestado em regime público do setor de telecomunicações.

240. Ainda que o centro da política pública atual seja a universalização da banda larga, e não da telefonia fixa, a destinação ao Fust de 50% dos valores das multas arrecadadas pela Anatel deixa claro que os recursos das multas a serem incluídas no TAC já possuem, desde o início, uma vinculação a ações voltadas para o interesse público e para a concretização de políticas públicas de cunho social.

241. Os compromissos adicionais do TAC são o instrumento utilizado pela Anatel para garantir a execução, pela operadora, de projetos destinados a atender políticas públicas. Dessa forma, fica evidente que, para que haja interesse público no acordo, é necessário que os projetos dos compromissos adicionais estejam claramente vinculados a uma política pública relevante do setor, como a de universalização da banda larga, e que seu valor tenha ordem de grandeza compatível com o montante de recursos que seria destinado originalmente, na cobrança da multa, a políticas públicas.

242. Isso porque, se a Anatel estabelece como compromissos adicionais ações e investimentos que não estavam vinculados a uma política pública de Estado, o país perde em duas frentes: i) deixa de ser aproveitada a oportunidade de

o país perde em duas frentes. i) deixa de ser aproveitada a oportunidade do TAC de impor às operadoras obrigações de investimentos em regiões desfavorecidas e que normalmente não seriam atendidas pelas prestadoras; e ii) há uma perda de recursos que, caso as multas fossem cobradas, seriam destinados a fundos específicos cuja função principal é estimular políticas públicas do setor de telecomunicações.

243. Em fiscalização do TCU sobre a arrecadação e a aplicação dos recursos dos fundos das telecomunicações (Acórdão 749/2017-TCU-Plenário) , foram levantadas informações em que a Anatel informou que o saldo dos recursos do Fust, em 30/6/2016, era de R\$ 3,28 bilhões e que o saldo do Fistel, em 30/6/2016, era de R\$ 6,06 bilhões (TC 033.793/2015-8, peça 37) .

244. Ressalta-se que os valores previstos nos TACs em andamento na Anatel, que totalizam aproximadamente R\$ 9,1 bilhões, correspondem a quase todos os recursos presentes nos fundos setoriais de telecomunicações. Essa equivalência demonstra a necessidade de que os compromissos dos TACs, principalmente os compromissos adicionais, sejam definidos de forma bem definida, clara e alinhada com as políticas públicas do país.

245. Considerando que as decisões da Anatel e a sua atuação sobre o estabelecimento dos projetos que compõem os compromissos adicionais serão avaliadas com mais detalhes nas seções III e IV.6 do presente relatório, as propostas de encaminhamento sobre esse tema serão concentradas na referida seção.

IV.1. Ilegalidade na aprovação de normativo para definir o desconto dos compromissos adicionais aplicável a todos os TACs

246. O Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta da Anatel (RTAC) prevê:

‘Art. 19. Na execução de projetos, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a:

(...)

§ 2º No caso deste artigo, o montante dos compromissos adicionais assumidos no TAC corresponderá ao valor absoluto do Valor Presente Líquido (VPL) de cada projeto multiplicado pelo respectivo fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, que variará entre 1

sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, que variara entre 1 (um) e 2 (dois) .

§ 3º O fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos será previsto no Ato de que trata o inciso I do art. 18.' (sem

grifos no original)

247. Conforme já relatado na instrução inicial da presente representação, foram constatados indícios de irregularidades e inconsistências no procedimento adotado pela Anatel para definir o chamado fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, previsto no 3º do art. 19 do RTAC, o que pode comprometer a busca pelo interesse público.

248. Esse fator é usado para diminuir parte do valor obrigatório de investimentos exigidos da operadora no âmbito do TAC, desde que esses investimentos sejam realizados de forma a reduzir as desigualdades sociais e regionais e/ou sejam estratégicos. Conforme explicado no §2º transcrito anteriormente, o montante referente aos compromissos adicionais poderá ser considerado até duas vezes maior do que o VPL real que o projeto a ser executado, caso seja aplicável o fator para o referido projeto.

249. A tabela abaixo, hipoteticamente, exemplifica a aplicação do fator em três situações distintas:

Tabela 3 – Cenário hipotético de aplicação do fator de desigualdade

	VPL real do projeto (A)	Fator aplicável (B)	VPL considerado no TAC como compromissos adicionais (A x B)
Situação 1	- R\$ 500.000,00	1	- R\$ 500.000,00
Situação 2	- R\$ 500.000,00	1,5	- R\$ 750.000,00
Situação 3	- R\$ 500.000,00	2	- R\$ 1.000.000,00

Fonte: elaboração própria

fonte. elaboração própria.

250. Na situação 1, em que se aplica o fator mínimo permitido (igual a 1) , é possível verificar que o VPL a ser considerado no TAC será exatamente o mesmo do projeto da operadora, de forma que não há incentivos e benefícios adicionais para ela ao executar esses investimentos.

251. Já na situação 3, em que se aplica o fator máximo correspondente a 2, verifica-se que a operadora tem um ganho adicional de 100% no VPL a ser considerado no TAC, já que será adotado um VPL que corresponde à duas vezes o VPL real do projeto a ser executado, representando um incentivo para a operadora executar esse projeto ao invés dos demais.

252. Assim, a referida metodologia do fator de desigualdades sociais e regionais foi adotada pela Anatel para promover o incentivo a projetos específicos. Verificou-se que o valor do fator, que varia de 1 a 2 como índice multiplicador do VPL, foi estabelecido pelo §2º do art. 19 do RTAC, Resolução-Anatel 629/2013.

253. Entretanto, não foi identificada a motivação da Anatel para a aplicação de um fator que pode alterar apenas numericamente, para fins de critério do TAC, o valor do projeto a ser executado, podendo inclusive em seu limite máximo dobrar o VPL considerado no TAC sem dobrar o VPL real do projeto a ser executado, reduzindo assim o retorno financeiro exigido da empresa e esperado do TAC quanto o poder público optou por abdicar dos recursos públicos no acordo.

254. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que justifique a motivação e os critérios utilizados pela agência para fundamentar a criação de um fator de desigualdades sociais e regionais e a sua adoção nos compromissos adicionais dos TACs, conforme estabelecido na Resolução-Anatel 629/2013, demonstrando também a motivação e os estudos utilizados para estabelecer a variação entre um a dois do valor do fator, que permite que o Valor Presente Líquido (VPL) dos projetos executados possa ser considerado no TAC como até o dobro do VPL real do projeto, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da legalidade, da motivação e do interesse público previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999 c/c o art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e os arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

255. Ainda sobre o fator, também foi avaliada a forma como a Anatel conduziu processualmente a elaboração do ato citado no §3º do art. 19 do RTAC, Resolução-Anatel 629/2013, que definiu em quais condições projetos e regiões de

Anatel 029/2015, que definiu em quais condições, projetos e regiões de atendimento o fator de desigualdades sociais e regionais seria aplicável.

256. Inicialmente, por meio de documento elaborado pela área técnica da Anatel (peça 5, p. 6) , constatou-se que a discussão sobre quais projetos poderiam ser

considerados na elaboração do fator foi restrita à participação somente da Anatel e das próprias operadoras, sem a participação da sociedade de maneira geral ou mesmo do Ministério, responsável pela elaboração das políticas públicas para o setor.

257. A participação da sociedade se faz relevante no processo decisório visto que se trata de um fator criado justamente para estimular o atendimento de localidades em que há a demanda por serviços, inexistentes ou precários, e que as operadoras, as únicas consultadas na discussão, não teriam o interesse em atender. Além disso, a participação da sociedade é relevante em razão de a decisão do fator ter carácter normativo, já que servirá como referência para a assinatura de todos os TACs na Anatel, o que significa que deveria ser objeto de consulta pública, nos termos do regimento interno da agência.

258. A adoção de um procedimento correto de normatização do fator de desigualdade traria legitimidade à decisão e permitiria inclusive a utilização dos resultados da análise do fator em outras ações da Anatel, como na revisão do modelo de telecomunicações, por exemplo.

259. Ressalta-se, ainda, que **a proposta da área técnica da Anatel, obtida após as discussões, foi encaminhada diretamente para o Conselho Diretor da agência, que também promoveu suas alterações e aprovou o fator final, sem que a Procuradoria Federal Especializada pudesse se manifestar sobre o tema e o conteúdo das propostas em qualquer uma dessas etapas e sem a participação da sociedade. Destaca-se que o objetivo desse normativo é atender a uma política pública, como a massificação da internet, por exemplo, que fosse voltada para os interesses da sociedade, que não foi consultada nem de forma informal, em reuniões, ao contrário do que aconteceu com as empresas**, conforme registrado no Informe 63/2015/PRRE/PRUV-SPR (peça 5, p. 6)

260. Registra-se que, ao contrário do que foi feito no cálculo do fator dos compromissos adicionais do TAC, a definição da metodologia de cálculo das multas

da Anatel, previstas no regulamento de sanção, foi disponibilizada no site da agência e foi submetida a consulta pública, permitindo a contribuição dos atores do setor e da sociedade, além da transparência do processo.

261. Assim, verifica-se que, no processo de desenvolvimento do fator de desigualdade social e regional, há falta de transparência e possível perda da efetividade do fator para o atingimento dos objetivos da política pública, dado que não foram consideradas opiniões e informações dos demais atores do setor.

262. Constata-se, ainda, que, pelo Regimento Interno da Anatel, art. 40 da Resolução-Anatel 612/2013, o instrumento correto para a normatização do fator não seria um ato, como prevê o RTAC, e sim uma resolução:

‘Art. 40. A Agência manifestar-se-á mediante os seguintes instrumentos:

I - Resolução: expressa decisão quanto ao provimento normativo que regula a implementação da política de telecomunicações brasileira, a prestação dos serviços de telecomunicações, a administração dos recursos à prestação e o funcionamento da Agência;

(...)

III - Ato: expressa decisão sobre outorga, expedição, modificação, transferência, prorrogação, adaptação e extinção de concessões, permissões e autorizações para exploração de serviços de telecomunicações, uso de recursos escassos e exploração de satélite, e sobre Chamamento Público;’

263. Assim, entende-se ser cabível propor a anulação do referido ato, seguida da elaboração de uma resolução, que é o tipo de normativo adequado para disciplinar esse fator de desigualdades, devido ao instrumento adotado para formalizar a decisão estar em desacordo com os arts. 40 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013 e com o art. 42 da LGT, Lei 9.472/1997. Contudo, tal proposta será inserida ao final da seção seguinte, porque também foram identificadas irregularidades no conteúdo do referido ato.

264. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação desse Ato contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 2/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em

seção específica ao final da presente instrução.

IV.2. Irregularidades e possível dano ao erário na metodologia de cálculo do desconto dos compromissos adicionais aplicável a todos os TACs

265. Outra questão que agrava a possível falta de efetividade dos TACs em garantir o interesse público é o fato de que não há um planejamento estratégico de longo prazo do governo que defina uma política pública clara e detalhada para o setor de telecomunicações. Embora haja o Decreto 8.776/2016, que define o Programa Brasil Inteligente, com o intuito de buscar a universalização do acesso à internet no país, verifica-se que as ações nele definidas possuem um caráter muito abrangente, sem a definição de metas claras e detalhadas, de forma que não resta transparente como deverá ser a atuação do Poder Público e o papel de cada um de seus atores.

266. Isso resulta em uma decisão inadequada de política pública por parte da Anatel, algo que deveria ser definido pelo governo federal, e não por meio de ato administrativo.

267. A ausência de uma política pública detalhada pelo governo federal e os prejuízos causados por essa falta de clareza já foram apontadas em outros trabalhos do TCU, como, por exemplo, no levantamento realizado em 2016 sobre o setor de telecomunicações (TC 008.293/2015-5) , em que o Tribunal deliberou, por meio do Acórdão 28/2016-TCU-Plenário:

‘ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.3. recomendar ao Ministério das Comunicações, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, **que avalie a conveniência e a oportunidade de consolidar as diversas ações e planos específicos existentes no setor de telecomunicações em um único instrumento de institucionalização, que explicita a lógica de intervenção estatal no setor, no médio e no longo prazo, contemplando princípios, diretrizes, objetivos, metas, estratégias, ações, indicadores e mecanismos de monitoramento e avaliação, bem como as competências dos atores envolvidos, instâncias de coordenação e os recursos necessários para a sua implementação;**’ (sem grifos no original)

268. Sobre o cálculo do fator de desigualdade social e regional, verificou-se que a área técnica da Anatel (paga 5, p. 5-11) propõe que a classificação dos municípios

área técnica da Anatel (peça 5, p. 3-11) propôs que a classificação dos municípios considerados prioritários fosse feita a partir da utilização do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M), de forma que quanto maior o IDH-M menor seria o fator associado. Trata-se de índice calculado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) com base em dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (acessado em 27/7/2016 e disponível em http://www.pnud.org.br/idh/IDHM.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDHM).

269. Assim, a intenção era que nos municípios menos desenvolvidos, em que há o interesse reduzido de atendimento pela operadora, o fator fosse maior de maneira a aumentar o desconto nos compromissos adicionais e incentivar o atendimento naquela localidade.

270. A área técnica ainda incluiu no fator a soma de valores fixos adicionais, ou seja, que aumentariam ainda mais o desconto, para as localidades na área das Superintendências de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) e do Nordeste (Sudene), com vistas a incentivar ainda mais o atendimento nessas localidades.

271. Verifica-se que a proposta da área técnica aparenta dar descontos para a operadora que atendesse localidades mais carentes de infraestrutura de telecomunicações, assim como se esperava do fator previsto no regulamento, em linha com o previsto no Decreto 8.776/2016, que traz como um dos objetivos a diminuição da desigualdade regional por meio da expansão das redes de fibra óptica nas áreas da Sudam e Sudene. Nos termos do decreto, os municípios localizados nessas regiões devem representar, no mínimo, 60% dos beneficiados pela política pública.

272. Entretanto, verificou-se que, ao ser submetida ao Conselho Diretor (CD), o relator da matéria alterou significativamente a proposta apresentada pela área técnica, conforme explicação a seguir.

273. Segunda consta de sua Análise 214/2015-GCIF (peça 5, p. 41 e 42):

‘4.45. Conforme debatido nas seções anteriores desta Análise, a formulação desse fator de ajuste definirá o conjunto de incentivos a que uma prestadora estará exposta ao negociar um TAC com a Agência.

4.46. Na proposta formulada pela SPR, a abordagem baseada exclusivamente no critério do IDH, orientada da periferia para o centro, pode, ao não levar em

consideração outros aspectos que influenciam o potencial de uso de TICs na localidade beneficiada, comprometer os objetivos enunciados no art. 22 do RTAC.

4.47. Em minha avaliação, tal abordagem reduzirá o impacto e a até a atratividade dos projetos propostos pela Agência, pois exige que parcela significativa dos investimentos adicionais sejam direcionados para localidades com menor capacidade de consumo, entre as inúmeras opções de baixo desenvolvimento socioeconômico.

(...)

4.49. Nessa linha, poucos municípios mais distantes consumiriam a totalidade dos recursos disponíveis, atendendo provavelmente uma pequena quantidade de consumidores, o que contrariaria o objetivo de massificação do acesso aos serviços de telecomunicações, notadamente os de banda larga.

4.50. Diante dos indícios coletados por meu Gabinete, optei por revisar o modelo de agrupamento e classificação de municípios proposto pela SPR, agregando as dimensões renda e densidade demográfica ao cálculo. Com essas dimensões e as referências de IDH-M já mencionadas, fiz uso da técnica de análise de clusters para organizar os municípios em cinco agrupamentos. De posse desses clusters, a prioridade de cada um foi determinada por critérios classificatórios de quantidade de população do município, nível de competição de serviços de internet banda larga, PIB per capita e distância até a localidade com fibra acendida mais próxima.

(...)

4.52. Minha proposta é incentivar as prestadoras a priorizar projetos de instalação de fibra óptica no backhaul nos clusters do grupo de municípios sem fibra, e **incentivar que os projetos voltados às redes de acesso (cabeadas ou sem fio) sejam realizados prioritariamente em municípios cujo backhaul já esteja preparado para escoar adequadamente o tráfego de banda larga dos usuários.**'
(sem grifos no original)

274. Verifica-se que o relator elaborou nova metodologia de cálculo do fator pois considerou que a proposta apresentada pela área técnica não seria interessante por privilegiar localidades de baixa atratividade, com menor capacidade de consumo. Assim, o relator apresentou, em dois gráficos (reproduzidos abaixo) , o resultado do

novo fator proposto nas localidades existentes no Brasil, separando as análises entre o uso do fator para municípios atendidos por fibra óptica, conforme Figura 2, e para aqueles não atendidos por essa tecnologia, conforme Figura 3.

Figura 2 – Mapa dos municípios atendidos por fibra óptica por pontuação

Fonte: Análise 214/2015-GCIF de 13/11/2015 (peça 5, p. 48)

Figura 3 – Mapa dos municípios não atendidos por fibra óptica por pontuação

Fonte: Análise 214/2015-GCIF de 13/11/2015 (peça 5, p. 49)

275. Considerando que, quanto maior o fator descrito na legenda, maior o desconto a ser recebido pela operadora em seu projeto de compromisso adicional, há um maior incentivo em atender determinada localidade. Assim, diante dos dados apresentados no gráfico, verifica-se que o novo fator inverteu a análise proposta pela área técnica, já que não há incentivo para atender o Norte, há baixo incentivo para o centro-oeste e há grande incentivo para atender as capitais do Nordeste, toda a região Sudeste e toda a região Sul.

276. Além do gráfico, isso pode ser evidenciado na lista de localidade apresentadas, em que há a existência de fatores maiores para estados como São Paulo e Rio Grande do Sul do que para localidades na região Norte do país, por exemplo (peça 5, p. 85-217) . Esse quadro contraria um dos aspectos previstos no art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, que realça a necessidade de diminuição da desigualdade regional nas regiões com menos infraestrutura no país. Por exemplo, dos mapas apresentados nas figuras 1 e 2, observa-se que os estados da região Norte possuem fator de conversão inferior ao da região Sudeste, que possui maior poder aquisitivo da população e infraestrutura.

277. O voto revisor da proposta manteve as condições apresentadas pelo relator e acrescentou a atribuição do fator para regiões periféricas nas cidades com mais de um milhão de habitantes. Assim, ainda que a localidade esteja em uma grande cidade do Brasil e com grande índice de desenvolvimento tecnológico, a operadora poderá receber o desconto, caso essa localidade, ou parte dela, não tenha sido atendida.

278. Por conseguinte, diferentemente do que se previa pelo fator, a nova proposta (já unindo o voto do relator e do revisor) , que resultou no Ato-Anatel 50.004, de

5/1/2016 (peça 110) , favorece localidades em que já há um desenvolvimento tecnológico maior, ainda que reduzido quando em comparação com os grandes centros e metrópoles do país, deixando de privilegiar municípios e localidades em que, de fato, não há interesse de atendimento pelas operadoras.

279. Segundo o relator, não faria sentido levar a fibra óptica a um município com baixa demanda, pois se trata de localidades 'com menor capacidade de consumo' (peça 5, p. 41 e 42) . No entanto, como divulgado na imprensa, o próprio ministério setorial considera que o TAC é um dos meios de se atingir uma maior penetração de banda larga no Brasil, objetivo maior da política pública do setor de telecomunicações, conforme documentos da revisão do modelo de telecomunicações, como o relatório do Grupo de Trabalho Ministerial/Anatel (peça 17, p. 19 à 21) e o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016. Ainda que não haja demanda, a implantação de uma rede de fibra óptica até um município mais distante pode induzir o atendimento ou a melhoria da infraestrutura existente de outros municípios ao longo dessa rota de atendimento.

280. Dessa forma, constata-se a existência de irregularidade na atuação da Anatel, dado que a análise apresentada pelo conselheiro-relator distorce os objetivos associados ao fator de desigualdade social e regional do regulamento do TAC, do Decreto 8.776/2016 e da Portaria MC 1.455/2016. Além disso, considerando que os requisitos do fator servem de base para descontos no valor dos compromissos do TAC, há um possível dano ao erário, dado que pode ocorrer um desequilíbrio entre o valor das multas aplicadas pela Anatel e o valor dos compromissos assumidos em troca.

281. As evidências de irregularidades ainda se agravam ao se considerar que o fator da proposta já aprovada pelo CD no Acórdão-Anatel 2/2016-CD e que resultou no Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, foi definido como o critério a ser aplicado a todas as negociações da Anatel em curso e no biênio de 2015 e 2016, conforme o referido acórdão.

282. Para calcular o fator interno das cidades com mais de um milhão de habitantes, nos termos da proposta incluída pelo conselheiro revisor, a área técnica da Anatel considerou que os setores com deficiência de infraestrutura de telecomunicações, ou seja, que estão sujeitos ao fator, são as regiões que possuem até 80% de suas áreas consideradas como atendidas por uma estação de banda larga (peça 5, p. 248) .

283. Entretanto, não está claro qual a motivação e as razões técnicas consideradas pela Anatel ao adotar o percentual de 80% nem porque esse critério seria suficiente para incentivar o atendimento em localidades de menor interesse para a operadora, visto que engloba localidades que já possuem uma considerável infraestrutura tecnológica, muitas das quais inseridas em municípios com mais de um milhão de habitantes, o que já representa um atrativo para as operadoras optarem pela prestação do serviço.

284. A ausência de motivação ou de embasamento técnico do critério escolhido pela Anatel pode afetar a transparência do processo de celebração dos TACs e a garantia da efetividade dos resultados obtidos, principalmente quanto aos compromissos adicionais assumidos. Ademais, pode ensejar dano ao erário, já que o critério é utilizado para dar descontos no montante de compromissos a ser executado pela operadora.

285. É importante enfatizar que a Procuradoria Federal Especializada, na análise do processo de TAC de universalização da empresa Telefônica (peça 1, p. 37) , já havia destacado fragilidades e possíveis irregularidades no processo de definição dos compromissos adicionais conduzido pela Anatel.

286. Na ocasião, a PFE apontou indícios de falta de interesse público no TAC quanto aos municípios escolhidos para a implantação do projeto, além de prejuízo ao interesse público na escolha do percentual de descontos dado nos compromissos adicionais, por ser alto quando comparado os limites permitidos no regulamento.

287. Em resposta ao parecer da Procuradoria, a Anatel afirma que os compromissos escolhidos são adequados, por estarem em conformidade com o Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, o qual, frise-se, foi analisado anteriormente na presente seção desta instrução e apresenta diversas evidências de irregularidades no seu trâmite processual e definições. Além disso, afirma que está em consonância com a Portaria 1.455 de 8/4/2016, do extinto Ministério das Comunicações, dado que está de acordo com a diretriz de 'aumento da abrangência de redes de acesso baseadas em fibra óptica nas áreas urbanas'. Porém, trata-se de um documento de caráter amplo sobre a atuação da agência, de modo que, no caso concreto do TAC, em que se trocam multas que seriam recolhidas aos fundos setoriais por compromissos inovadores e adicionais, devem ser considerados todos os aspectos de forma

sistêmica.

288. Em resposta à diligência (peça 25, p. 7 a 9) , a agência defendeu a metodologia de escolha dos municípios e a afirmou:

‘Entendeu o Conselho Diretor, ser mais apropriado levar fibra óptica ou rádio de alta capacidade a mais municípios, todos eles carentes de infraestrutura, do que concentrar a implantação em poucos municípios, pouco povoados, mais distantes e que exigiriam um custo exacerbado dos recursos disponíveis para os compromissos adicionais. Dito de outro modo, foi dada preferência à implantação de infraestrutura que atendesse uma maior população e mais demandante de serviços de telecomunicações, ao invés de concentrar a totalidade os recursos para o atingimento de municípios isolados, com baixa demanda de serviços e que exigiriam muitos recursos para a implantação da infraestrutura. Tal escolha, perceba-se, deu-se dentro da margem de discricionariedade abrigada nas disposições do RTAC.’

289. Assim, é possível verificar que a Anatel permanece com o entendimento de que o atendimento de municípios menores e mais isolados, cujo atendimento possuiria um ‘custo exacerbado’, não devem ser o foco dos investimentos resultantes de TACs, devendo ser priorizados municípios com maior população. No entanto, há que se ter em mente que se trata de localidades que, naturalmente, são comercialmente mais interessantes para as prestadoras.

290. Ressalte-se que, por definição, ‘ (...) as políticas públicas consistem em iniciativas dos governos (federal, estaduais ou municipais) para suprir uma demanda, uma necessidade da sociedade que supostamente se identifica e se elege previamente à ação estatal’ (MENEQUIN e FREITAS, 2013, p. 5) .

291. Entende-se que a linha de ação adotada pelo CD aparenta ser exatamente o contrário do que se espera de uma política pública voltada para aplicar recursos públicos (no caso, os valores referentes às multas aplicadas pela agência) em ações de universalização do acesso à internet no país.

292. Na presente análise, buscou-se comparar os municípios listados no Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, e os seus respectivos fatores de redução (peça 110, p. 7 a 134) , com a classificação prevista pela Anatel no novo Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) para os serviços de banda larga (acessado em 27/1/2017 e

disponível em

[https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?](https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1972&Tipo=1&Opcao=andamento)

CodProcesso=C1972&Tipo=1&Opcao=andamento) , que está na etapa de consulta pública (CP) , conforme CP Anatel 35/2016.

293. O PGMC representa uma avaliação da Anatel quanto ao nível de competição dos serviços de telecomunicações nos municípios brasileiros. Assim, com esse instrumento é possível ter uma ideia de quais localidades são comercialmente mais atrativas para as operadoras. Segundo o texto submetido a consulta pública:

‘Art. 4ºA. A Anatel poderá estabelecer obrigações diferenciadas com base no nível de competição de mercados de varejo ou atacado, identificados nos estudos conduzidos segundo as diretrizes do Anexo I e categorizados da seguinte forma:

I – Categoria 1: competitivos, ou seja, que não requerem a aplicação de Medidas Regulatórias Assimétricas;

II – Categoria 2: potencialmente competitivos a partir da aplicação de Medidas Regulatórias Assimétricas mínimas;

III – Categoria 3: pouco competitivos, ou seja, potencialmente competitivos a partir da aplicação de Medidas Regulatórias Assimétricas mais severas que aquelas da Categoria 2;

IV – Categoria 4: não competitivos, ou seja, onde Medidas Regulatórias Assimétricas não são suficientes para, no médio prazo, promover a competição.’

294. Dessa forma, a categoria 1 seria a de maior rentabilidade e interesse das operadoras e a categoria 4 seria justamente o contrário, onde seria necessária a adoção de políticas públicas para estimular o fornecimento dos serviços.

295. Ao comparar a categoria de competição do PGMC com municípios presentes na relação dos fatores de desigualdade dos compromissos adicionais do TAC, foram constatadas as fragilidades descritas a seguir.

296. Em primeiro lugar, não foi identificada uma relação entre o nível de competição do município e o valor do desconto a ele aplicado, caso seu atendimento seja selecionado como compromisso adicional de algum TAC. Isso significa que foram constatadas localidades cujo nível de competição é relativamente alto, classificados como categoria 2 do PGMC, o que significa que são regiões potencialmente

como categoria 2 do PGMC, o que significa que são regiões potencialmente competitivas e de interesse comercial e, ainda assim, os níveis de desconto do atendimento daquelas localidades são bastante altos.

297. Essa definição desestimula o atendimento em localidades remotas e com infraestrutura mais precária, indo de encontro com o que se espera da política pública de universalização dos serviços.

298. Verificou-se também que o Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016 (peça 110) , permitiu que os mesmos fatores de descontos (que variam entre 1 a 2, sendo dois um desconto maior) fossem aplicados igualmente às localidades classificadas entre as categorias 2 a 4, independentemente dos seus níveis de competição do PGMC.

299. Embora a quantidade de municípios relacionados na categoria 2 seja bem menor do que os da categoria 3 e 4, o fato de que o mesmo desconto pode ser aplicado em todas as categorias e que a operadora pode escolher as localidades que pretende atender como compromisso do TAC resulta novamente em estímulo para que sejam escolhidas somente as localidades de maior interesse comercial, prejudicando a efetividade da política pública e, por conseguinte, o interesse público.

300. Entende-se que, com vistas a reduzir as desigualdades regionais por meio do incentivo ao atendimento de municípios remotos e com baixa infraestrutura, os descontos previstos pela Anatel para os compromissos adicionais do TAC deveriam variar gradualmente de acordo com as condições atuais de prestação de serviços de telecomunicações naquela localidade.

301. Não aparenta ser adequado que o mesmo fator de desconto possa ser usado em duas localidades com condições de infraestrutura bastante distintas e com diferentes interesses comerciais das operadoras.

302. Além disso, constata-se que o Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016 (peça 110) , que trata dos descontos no TAC, relaciona 33 municípios classificados como categoria 2 do PGMC, ou seja, potencialmente competitivos, porém com os fatores de desconto significativamente altos, como mostra a tabela abaixo.

Tabela 4 – Distribuição dos descontos do TAC em relação aos municípios da categoria 2 do PGMC

	Fatores de desconto do Ato-Anatel 50.004/2016 (*)	Total de municípios da Categoria 2 do PGMC	Percentual de municípios em que se aplica o desconto
Distribuição dos descontos do TAC em relação aos municípios da categoria 2 do PGMC	1,2	0	0,0%
	1,3	0	0,0%
	1,6	7	21,2%
	1,8	17	51,5%
	2	9	27,3%

(*) Quanto maior o fator, maior será o desconto dado às operadoras

Fonte: elaboração própria com dados fornecidos pela Anatel, conforme peça 110 e consulta pública da agência 35/2016 disponível em <https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1972&Tipo=1&Opcao=andamento>

303. Verifica-se que, mesmo os municípios tendo um potencial de competitividade significativo, o que já é um indício de que o seu atendimento seria mais interessante comercialmente para as operadoras, foram aplicados a essas localidades os maiores descontos existentes na relação definida pela Anatel, não havendo nenhum município com descontos menores.

304. Ainda representa uma fragilidade do processo de descontos nos compromissos adicionais dos TACs o fato de que a validade e a efetividade dos fatores de descontos dependem também do tipo de projeto e investimento a serem realizados.

305. Isso quer dizer que uma relação geral de descontos dos municípios, sem considerar a situação de cada serviço de telecomunicações em cada localidade, pode resultar em uma aplicação de descontos em projetos cujo serviço a ser investido não é tão deficiente quanto os demais

investido não é tão generoso quanto os demais.

306. Outra fragilidade bastante significativa constatada na presente análise se refere à discricionariedade dada pela Anatel à operadora para escolher em quais municípios ela prefere investir os recursos do TAC que seriam destinados ao pagamento de multas.

307. Em uma avaliação dos fundamentos do TAC, a operadora poderia, de fato, optar pelas localidades em que gostaria de investir, cabendo à agência reguladora aceitar ou não a proposta da operadora. Entretanto, entende-se que, como possui a competência de executar as políticas públicas do setor de telecomunicações, cabe à Anatel garantir que esse acordo seja firmado somente em estrita observância do interesse público, visto que o Poder Público está abrindo mão de recursos que lhe eram devidos e os repassando a entes privados.

308. Diante das fragilidades apontadas, constata-se que a metodologia escolhida pela Anatel para definir os descontos permite que haja um possível prejuízo do interesse público. Isso porque desestimula o atendimento de localidades mais carentes e pode acarretar dano ao erário, visto que o Poder Público está renunciando recursos que seriam destinados, em parte, ao fundo de universalização de serviços de telecomunicações e permitindo que as prestadoras apliquem esse montante em projetos que já fariam parte do seu planejamento de investimentos futuros.

309. Ressalta-se que os riscos quanto à escolha dos municípios pelas prestadoras não se restringem à aplicação dos descontos do fator de desigualdade regional, devendo a Anatel garantir que, mesmo que a operadora não opte por atender as localidades com desconto, os municípios a serem atendidos estejam de acordo com o interesse público, assim como será analisado posteriormente na presente instrução no caso concreto do TAC da empresa Telefônica.

310. Assim, verifica-se que, mesmo diante da resposta da Anatel aos questionamentos da PFE e do Tribunal, ratificam-se as falhas e as inconsistências nas condições que definem os compromissos adicionais dos TACs em andamento na agência. Propõe-se, pois, determinar à Anatel que:

a) anule o Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, instaurando processo administrativo para a elaboração de Resolução que estabeleça a forma de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais, devido ao fato de que tanto o conteúdo do Ato está em desacordo com o art. 2º parágrafo único do Decreto 8.776/2016, o art. 2º § 2º

em desacordo com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016 e os arts. 19, § 3º, e 22 da Resolução-Anatel 629/2013, quanto o instrumento adotado para formalizar a decisão está em desacordo com os arts. 40 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013 e com o art. 42 da LGT, Lei 9.472/1997;

b) adote providências com vistas a renegociar em todos os TACs em tramitação na agência, inclusive aqueles já aprovados, os compromissos adicionais pactuados com base no Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, de forma a excluir todos os efeitos produzidos pelo referido ato e a contemplar a nova metodologia de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016 e os arts. 19, §3º, e 22 da Resolução-Anatel 629/2013 c/c os arts. 40 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013 e com o art. 42 da LGT, Lei 9.472/1997.

311. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação desse Ato contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 2/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

IV.3. Possíveis efeitos negativos dos investimentos dos TACs no cenário atual de competição entre as prestadoras

312. Um aspecto que cabe registrar é o fato de que os projetos de investimentos pactuados no âmbito dos TACs podem ter repercussão na dinâmica de competição entre as empresas de telecomunicações. Isso se aplica principalmente na relação entre as pequenas e médias operadoras com as maiores, que possuem um volume expressivo de multas aplicadas e estimadas em negociação, chegando à ordem de bilhões de reais em alguns casos.

313. Ao exigir que as prestadoras invistam em ampliação da infraestrutura de rede, em substituição ao pagamento direto ao erário dos valores bilionários de multas, a agência tem como objetivo estimular que essas empresas implantem infraestrutura em diversas cidades, inclusive de médio e pequeno porte, tendo um ganho para a operadora, se considerarmos que aqueles valores aplicados deveriam ser aportados diretamente ao Poder Público.

314. Diante disso, caso não haja uma análise criteriosa pela Anatel, garantindo que

314. Diante disso, caso não haja uma análise criteriosa pela Anatel, garantindo que sejam direcionados investimentos suficientes para localidades de baixa atratividade e sem infraestrutura, em concordância com o interesse público voltado para a universalização do serviço, pode haver um prejuízo à atuação de operadoras, principalmente as menores, em municípios que já possuem uma infraestrutura e onde já há competição entre elas, além haver um custo de oportunidade de não atender novos municípios em uma oportunidade única como a obrigação de investimentos por meio do TAC.

315. A entrada de prestadoras de serviços de telecomunicações em localidades onde já há presença e interesse de outras empresas, principalmente pequenas e médias prestadoras, utilizando um estímulo como a desoneração resultante do TAC sobre os custos de investimento de infraestrutura, pode desequilibrar o funcionamento das empresas menores, podendo inclusive tornar insustentável a sua operação e, assim, reduzir a competição na área.

316. A presente instrução não tem o intuito de se opor à entrada de prestadoras em municípios menores já atendidos por operadoras menores, até porque isso se trata de um movimento intrínseco ao próprio mercado de telecomunicações. Longe disso, o que se pretende é enfatizar que a Anatel, em seu papel de agência reguladora, deve garantir que as decisões de investimentos no âmbito do TAC sejam tomadas de forma eficiente, não havendo um estímulo a essa situação prejudicial às empresas já em operação da localidade, principalmente as pequenas operadoras, e à competição comercial, garantindo incentivos ao atendimento de localidades que possuem infraestrutura precária ou inexistente de telecomunicações.

317. Essa preocupação aplica-se não somente aos investimentos pactuados nos TACs, mas também a diversas outras ações no âmbito do setor, como a proposta de revisão do modelo de prestação dos serviços de telecomunicações (peça 90, p. 2) .

318. Assim, propõe-se recomendar à Anatel que, na análise de cada TAC, inclusive aqueles cuja minuta já foi aprovada pelo Conselho Diretor, avalie o impacto do acordo no cenário atual de competição nos serviços de telecomunicações nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais, com vistas a mitigar o risco de que as ações resultantes do TAC, como os eventuais benefícios dados aos usuários das regiões atendidas e os investimentos a serem feitos naquelas

localidades, impactem negativamente o ambiente concorrencial nessas regiões, nos termos do disposto nos arts. 2º, inciso III, 19, inciso XIX, e 70 da LGT, c/c o art. 159, inciso I, do Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013.

319. É necessário considerar também outra questão relevante relacionada ao impacto do TAC na competição de cada município, que não se restringe aos compromissos adicionais mas também aos investimentos em rede que a Anatel estabeleceu nos compromissos de ajustamento de conduta.

320. Com vistas a incentivar a competição dos serviços e a operação de prestadores dos serviços de telecomunicações de menor porte, a Anatel publica periodicamente o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) , que estabelece, entre outras coisas:

a) critérios e diretrizes para a identificação dos grupos com poder de mercado Significativo (PMS) , que são grupos com posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do mercado;

b) diretrizes para a adoção de medidas regulatórias assimétricas;

c) e medidas regulatórias assimétricas para os mercados relevantes.

321. Assim, por meio desse instrumento, a agência obriga a operadora ou grupo com PMS a disponibilizar ofertas públicas isonômicas e não discriminatórias que estabelecem condições para contratação de produtos no mercado de atacado. Isso significa que as ofertas permitem o compartilhamento da infraestrutura de rede das operadoras de maior porte com as menores.

322. O processo do novo PGMC está em andamento na agência, tendo sua consulta pública 35/2016 sido concluída em 22/3/2017 (acessado em 29/3/2017 e disponível em

[https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?](https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1972&Tipo=1&Opcao=finalizadas)

[CodProcesso=C1972&Tipo=1&Opcao=finalizadas](https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1972&Tipo=1&Opcao=finalizadas)) . Assim como nos planos anteriores, o novo PGMC prevê o compartilhamento e ofertas das seguintes infraestruturas:

a) oferta atacadista de infraestrutura de rede fixa de acesso para transmissão de dados por meio de par de cobre em taxas de transmissão iguais ou inferiores a 34 mbps;

- b) oferta atacadista de exploração industrial de linhas dedicadas – EILD;
- c) oferta atacadista de transporte de dados em alta capacidade;
- d) oferta de infraestrutura passiva;
- e) oferta de interconexão para tráfego telefônico em redes fixas;
- f) oferta de interconexão para tráfego telefônico em redes móveis;
- g) oferta de roaming nacional.

323. Registre-se que, em alguns casos, o PGMC define um feriado regulatório, isto é, um período de tempo em que a prestadora com participação dominante no mercado não será obrigada a compartilhar uma determinada infraestrutura. Por exemplo, no atual PGMC, durante os nove anos iniciais de utilização de redes de fibra óptica, não há obrigação de compartilhar essa infraestrutura com as demais empresas, sob o argumento de permitir o retorno econômico do investimento realizado e incentivar a ampliação dos investimentos em mercados emergentes.

324. Assim, a infraestrutura de rede das operadoras só é submetida às regras de compartilhamento definidas pela Anatel se cumprir simultaneamente três condições: se na localidade a ser atendida a operadora possuir poder de mercado significativo (PMS) pela classificação do PGMC, se ela se encaixar nas especificações de alguma das previsões de ofertas listadas acima e se estiver fora do prazo de feriado regulatório.

325. Ao analisar o TAC da Telefônica, não foi constatado nenhum estudo ou análise por parte da agência que avaliasse quais acessos e investimentos previstos no termo estariam submetidos às regras de compartilhamento e também não foi verificada em nenhum documento, incluindo a minuta do termo, a exigência pela Anatel de compartilhamento da infraestrutura. Na ausência de definição específica, seria aplicável a regra geral do PGMC, que garante, na melhor hipótese, um feriado regulatório de nove anos para compartilhar esse tipo de rede e, no pior cenário, nenhuma obrigação de compartilhamento pois a operadora não tem participação relevante na localidade.

326. Contudo, a infraestrutura a ser construída no TAC é resultado de uma decisão do poder público em abdicar de recursos públicos que seriam pagos em multas, não sendo aplicável a figura de feriado regulatório.

327. Registre-se que entendimento semelhante, quanto à necessidade de compartilhamento de novas infraestruturas construídas a partir de incentivos regulatórios financeiros, já foi manifestado pelo próprio Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) , em nota oficial que tratava sobre o projeto de lei que prevê a adaptação das concessões de telefonia fixa para autorizações do mesmo serviço.

328. Na ocasião, o MCTIC defendeu a necessidade de compartilhamento da rede construída com os recursos oriundos do benefício financeiro que as prestadoras terão com a migração de concessão para autorização (peça 118, p. 4-5) :

‘Quais são as condições para que ocorra a adaptação de outorga (de concessão para autorização) ?

(...)

Todo o **valor econômico da adaptação será convertido em compromissos de investimento (em banda larga) a serem assumidos pela empresa**, computados pelo valor irrecuperável do investimento e não todo ele. Isso significa que, efetivamente, o valor total do investimento obrigatório decorrente da adaptação da outorga será maior do que o valor econômico apurado dessa adaptação.

A rede resultante desse investimento deverá ser compartilhada com os interessados, sem nenhum ‘feriado regulatório’. (sem grifos no original)

329. **Assim, dado que a operadora está construindo a rede utilizando benefícios financeiros obtidos por meio de isenções de cobrança de recursos públicos, entende-se que, com vistas a buscar o interesse público e não prejudicar, e até mesmo estimular a competição do setor de telecomunicações nas localidades atendidas, a Anatel deve criar mecanismos que garantam a possibilidade de compartilhamento com as demais prestadoras daquela infraestrutura construída a partir da utilização de recursos que seriam destinados aos fundos setoriais, assim como foi feito no PGMC, mas não se restringindo somente à parcela da rede que possui as especificações previstas no plano, descritas anteriormente, e sim englobando toda a infraestrutura realizada a partir de investimentos previstos pelo TAC.**

330. Isso porque, com a atuação do poder público de trocar as multas por

investimentos, além de a operadora obter o benefício de não pagar a multa e ainda construir investimentos que permanecerão nos ativos da empresa e gerarão receitas para ela, a operadora ainda obtém uma vantagem competitiva com relação aos demais provedores de serviços de telecomunicações nas localidades atendidas pelos compromissos do TAC, podendo até mesmo ser configurada uma situação de monopólio na prestação do serviço em determinadas localidades, por não haver uma obrigação de compartilhamento de infraestrutura. Além disso, caso a agência não faça uma análise apurada, há o risco de a prestadora propor no TAC, como se fossem compromissos adicionais, parte dos seus próprios investimentos planejados e integrantes de seu plano estratégico.

331. Assim, cabe à Anatel resguardar o interesse público, compatibilizando as ações de investimentos do TAC com a preservação da competição do setor nos municípios a serem atendidos. Dessa forma, propõe-se determinar à Anatel que insira nas minutas de todos os TACs conduzidos pela agência cláusula que garanta que a infraestrutura construída ou ampliada com os recursos do TAC necessariamente deva ser compartilhada com as demais operadoras a condições comerciais justas e equilibradas, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 73 e 155 da LGT, Lei 9.472/1997.

V. IRREGULARIDADES E DEFICIÊNCIAS NO ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DOS TACS PELA ANATEL

332. Pela própria natureza do TAC, composto por obrigações regulatórias que já foram descumpridas pela operadora, é necessário que haja um acompanhamento mais rigoroso por parte da Anatel sobre as obrigações ajustadas, evitando-se que o instrumento se transforme em moratória ou mesmo perdão das multas aplicadas e ainda não pagas pela prestadora.

333. Nesse sentido, manifestou-se a PFE ao analisar a minuta do TAC no Parecer 268/2016/PFE-Anatel/PGF/AGU (peça 1, p. 17) :

214. (...) Deve-se ter em mente que os compromissos de ajustamento de condutas são **obrigações que já deveriam estar adimplidas pela prestadora** e, portanto, está sendo concedida a ela uma nova oportunidade de cumprir essas obrigações e substituir o pagamento de multas pela assunção de outros compromissos.

215. Assim, a **fiscalização do cumprimento das obrigações estabelecidas no TAC deve ser mais rigorosa que aquela para verificação da implementação das**

obrigações regulatórias ordinárias. Em consequência, o sancionamento pelo inadimplemento dos deveres constantes do TAC também há de ser mais severo, sob pena de a celebração do Termo consubstanciar na concessão de uma mera moratória, ou mesmo de um perdão do infrator. (sem grifos no original)

334. No mesmo sentido posicionou-se o Procurador do Ministério Público Federal (MPF) Alexandre Gavronski na consulta pública que deu origem ao regulamento do TAC (peça 107, p. 3) :

‘[...] **TACs são acordos e acordos devem ser cumpridos.** Há no Brasil, infelizmente, uma **cultura de inefetividade** que afeta gravemente as telecomunicações, pois a regulamentação é bastante avançada e pouco efetiva. Há que se ter especial cuidado para que essa cultura **não se expanda para os TACs, fazendo com que sirvam de artifício utilizado pelas prestadoras para descumprimento da legislação, dos contratos, ou dos regulamentos.** Deve-se considerar que o (des) cumprimento está, de regra, no âmbito de decisão da prestadora que o assinou, pelo que parece-me que a **ANATEL deve, na regulamentação, adotar todas as medidas possíveis para evitar descumprimento.**’ (grifos diferentes do original)

335. O Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (RTAC) da Anatel prevê:

‘Art. 23. O **acompanhamento da execução dos compromissos constantes no TAC caberá à Superintendência de Controle de Obrigações (SCO)** .

Parágrafo único. **Poderão ser instaurados em autos apartados processos administrativos próprios, correspondentes ao acompanhamento do cumprimento de cada item do cronograma** de metas e condições dos compromissos, os quais serão julgados à medida que forem concluídos.

Art. 24. Durante a vigência do TAC, a conduta irregular que se pretende ajustar, observada sua abrangência geográfica e temporal, **deverá ser fiscalizada exclusivamente em conformidade com o cronograma de metas e condições estabelecido no respectivo compromisso.**

Parágrafo único. Os relatórios e os demais documentos correspondentes às apurações relacionadas estritamente ao objeto do TAC serão direcionados à Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) .’ (sem grifos no original)

336. Assim, a partir da assinatura dos acordos, caberá à Anatel realizar diversas ações de fiscalização e acompanhamento da atuação das operadoras no cumprimento dos TACs. Segundo o documento, a agência será responsável por:

- a) abrir diversos processos administrativos de acompanhamento do TAC de cada operadora e, possivelmente, um processo distinto para cada compromisso listado nos TACs, conforme parágrafo único do art. 23 do RTAC;
- b) avaliar periodicamente, conforme cronogramas estabelecidos no acordo, como está o desempenho e o andamento dos compromissos de ajuste de conduta e dos compromissos adicionais de cada termo de cada operadora no âmbito nacional, analisando também se foram descumpridos mais de 50% do TAC, o que ensejará a declaração de descumprimento integral do TAC, mesmo durante o seu período de vigência, conforme previsão no art. 29 do RTAC;
- c) fiscalizar e validar as informações passadas pelas operadoras quanto ao andamento de suas ações de ajustamento de conduta e de execução dos compromissos adicionais;
- d) conduzir o processo de sanção e penalização, por meio da multa diária, de cada compromisso cujas ações da operadora apresentarem atrasos com relação ao cronograma previsto;
- e) conduzir o processo de sanção e penalização de cada processo administrativo referente a compromissos que tenham sido descumpridos;
- f) possivelmente conduzir a repactuação de um ou mais itens dos acordos, no caso de os regulamentos e as metas que os fundamentaram serem alterados ao longo do período de vigência dos TACs;
- g) executar judicialmente a operadora pela quantia integral do valor de referência (VR) , tanto no caso de comprovação de descumprimento superior a 50% ao longo do período de vigência do TAC, como no caso de a operadora não ter cumprido nenhum dos compromissos acordados ao final do TAC;
- h) executar judicialmente a operadora pela quantia proporcional ao valor de referência (VR) das metas e dos compromissos do TAC que foram descumpridos.

337. Verifica-se que, ao assinar acordos desse tipo com as operadoras, a Anatel

337. verifica-se que, ao assinar acordos desse tipo com as operadoras, a Anatel assume a competência de executar uma série de atividades de fiscalização, acompanhamento e controle sobre os compromissos advindos dos TACs, algo que não estava incluído nas atividades recorrentes da agência como órgão regulador e diferem de forma expressiva das até então aplicadas pela Anatel, dado o caráter do termo de execução judicial.

338. Embora muitas das ações assumidas coincidam com atividades da Anatel, naturalmente a agência deverá reestruturar a sua forma de gestão de modo que seja possível realizar um acompanhamento específico desses compromissos.

339. Além disso, diante do significativo volume de recursos previstos em multas a serem trocados por ações e investimentos pelas empresas e, principalmente, considerando o caráter de título executivo extrajudicial dos TACs, a Anatel deve buscar meios de garantir que descumprimentos e irregularidades na execução dos acordos resultem em penalização e sanção das operadoras.

340. Dados os fatos relatados, verifica-se que se faz necessário compreender de que forma a agência conduzirá essas atividades originárias dos TACs e verificar a capacidade da Anatel em fiscalizar e acompanhar a execução dos compromissos e o atingimento das metas do TAC, além da sua capacidade em sancionar tempestivamente as operadoras, caso necessário. Destaca-se que, conforme abordado no início da presente seção e apontado pela PFE e pelo Procurador do MPF Alexandre Gavronski, devido às próprias características e materialidade do TAC, a responsabilidade da Anatel e de seus gestores quanto a celeridade, publicidade e efetividade desse instrumento é superior ao normalmente exigido nas suas atividades regulatórias cotidianas.

V.1. Fragilidades na valoração dos investimentos propostos pelas operadoras

341. Ao avaliar o RTAC quanto às condições previstas para a realização do acompanhamento dos acordos pela Anatel, verificou-se a existência dos seguintes dispositivos:

‘Art. 13. O TAC deverá conter, dentre outras, as seguintes cláusulas:

I - compromisso de ajustamento da conduta irregular, prevendo cronograma de metas e obrigações voltadas à regularização da situação da Compromissária e reparação de eventuais usuários atingidos, bem como à prevenção de condutas

semelhantes;

II - **compromissos adicionais**, nos termos do art. 18;

III - **meios, condições e a área de abrangência das condutas ajustadas e dos compromissos celebrados no TAC;**

(...)

Art. 17. **O compromisso de ajustamento da conduta irregular discriminará todas as obrigações e ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza** àquela praticada pela Compromissária, bem como para a reparação dos usuários atingidos, se for o caso.

(...)

Art. 19. Na execução de projetos, o **total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a:**

I - no mínimo, 80% (oitenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida; e,

II - no mínimo, 40% (quarenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos demais casos.

§ 1º Somente serão admitidos projetos que apresentem Valor Presente Líquido (VPL) negativo, a ser apurado conforme metodologia de cálculo usualmente empregada pela Agência.' (sem grifos no original)

342. Dos normativos transcritos acima, que estão em concordância com as minutas de TAC já analisadas, é possível concluir que, para acompanhar a execução dos compromissos de ajustamento de conduta do TAC, a Anatel utilizará como instrumento de trabalho a relação dos compromissos e seus respectivos cronogramas de implementação.

343. Essa forma de controle se difere do mecanismo de avaliação a ser utilizado pela agência sobre os compromissos adicionais, visto que, além de obter a relação das ações a serem realizadas, a Anatel disporá do valor estimado inicialmente para esse investimento, conforme a previsão do Valor Presente Líquido (VPL) do projeto.

344. Sobre esse tema, a Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE) manifestou a seguinte preocupação (peça 1, p. 14) :

‘179. Transpondo esse raciocínio para o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, verifica-se que esse valor da obrigação corresponderá, no caso dos compromissos de regularização da conduta, ao valor referente ao investimento para correção da irregularidade acrescido do valor da reparação de eventuais usuários atingidos.

(...)

181. Importante notar que, nesse sentido, o valor do total de obrigações assumidas não está limitado ao valor de referência do RTAC, podendo ser fixado em patamar superior ou inferior, a depender da natureza das obrigações assumidas. **Dessa forma, deve a área técnica, até mesmo em homenagem ao princípio da transparência, estabelecer um valor equivalente em dinheiro para cada uma das obrigações assumidas pela entidade, o que não foi feito até o momento.**

182. Durante a vigência do TAC e, até mesmo quando alcançado o seu termo final, o valor das obrigações eventualmente descumpridas deve ser somado e, caso superem 50% do Valor de Referência do termo de ajustamento de conduta, deve ser considerado o TAC descumprido nos termos dos arts. 29 e 30 do RTAC, conforme o caso.’ (sem grifos no original)

345. Logo, a PFE emitiu parecer no sentido de que a área técnica da Anatel deveria ter também como instrumento de controle um mecanismo que demonstrasse a equivalência entre os compromissos de ajustamento de conduta do TAC e o montante de recursos a serem investidos para executá-los, com vistas a preservar o princípio da transparência e aprimorar o nível das informações disponíveis para o acompanhamento dos TACs.

346. Sobre o tema, em resposta à oitiva, a Anatel afirmou (peça 25, p. 5) :

‘3.40. É preciso destacar, ainda, que o RTAC previu que o Valor de Referência é a soma das multas aplicadas e estimadas dos processos admitidos na negociação (art. 14) e que as multas pelo descumprimento de cada uma das obrigações deve corresponder a uma fração deste Valor de Referência (art. 13, §1º) . Portanto, este é o quadro regulamentar a ser seguido, sendo descabido o aumento ou a diminuição

de valores em afronta à regulamentação.

3.41. Diante da definição expressa dos componentes sancionatórios e dos procedimentos a serem adotados, **não cabe à Agência, no âmbito do que preceitua o RTAC, entrar na avaliação dos montantes a serem gastos para se corrigir tal ou qual conduta.** Isso porque o objetivo principal do TAC é garantir que as condutas sejam corrigidas e a definição dos montantes a serem despendidos pelas compromissárias não deve ter a participação ou influência por parte da Agência. Assim, **entende-se desnecessária a avaliação dos valores equivalentes em dinheiro para cada uma das obrigações assumidas pela entidade, pois tal ação poderia trazer distorções à negociação e afastar o foco do objetivo principal do TAC que é, repise-se, o ajustamento da conduta, ou seja, a melhoria do serviço.**

3.42. Verifica-se, portanto, que o RTAC não fixa correlação entre os valores atribuídos a cada item do cronograma de metas e o montante de investimento para correção das condutas irregulares ou compromissos de investimentos. **A desvinculação entre o montante de investimentos necessários e os termos negociados foi premissa orientadora do TAC, assentada no Regulamento, assegurando liberdade para a negociação na avaliação das condutas a serem corrigidas por meio do TAC.** O RTAC se limitou a definir o Valor de Referência e sua relação com multas por descumprimento do item e diárias, concedendo liberdade para que os valores fossem fracionados entre os diversos compromissos assumidos, de modo a permitir a avaliação da melhor distribuição entre as diferentes obrigações.’ (sem grifos no original)

347. Assim como a própria Anatel alega, de fato, o RTAC, no tocante ao ajuste de conduta, não exige a correspondência entre o volume de multas trocadas pelo exato volume de recursos a serem investidos pelas empresas. Isso porque parte-se do princípio de que, independentemente do volume dos gastos das empresas, as condutas irregulares devem ser ajustadas no âmbito do TAC. Entretanto, mesmo considerando as condições impostas pelo regulamento de TAC, é necessário deixar claro alguns pontos sobre o tema.

348. Primeiramente, conforme apontado pela PFE, a previsão e a distribuição dos investimentos necessários para o ajustamento das condutas irregulares consiste em uma ferramenta relevante e que traz bastante eficiência ao acompanhamento dos compromissos do TAC pela Anatel.

349. Isso porque, além de a expectativa de gastos e investimentos permitir que a agência faça a aferição, ao longo dos quatro anos de vigência do acordo, da evolução e do andamento das ações previstas pelas operadoras, essa ferramenta permite que a Anatel estime de maneira adequada as multas por descumprimento e multas diárias relacionadas a cada compromisso, de forma que haja uma certa proporcionalidade entre o ônus de se executar a ação de ajuste de conduta e a multa relativa ao descumprimento daquela ação.

350. Em resposta ao apontamento da PFE sobre essa proporcionalidade, a Anatel apresentou argumentos discordando do parecer do órgão consultivo e alegando que optou por ponderar as multas com relação ao nível de ofensa da conduta e não com relação ao investimento a ser realizado. Entretanto, é possível constatar que a adoção de tal critério teria maior legitimidade se a agência também tivesse conhecimento da proporção entre os gastos a serem feitos pelas operadoras e as multas a serem aplicadas, com vistas a garantir que a adoção do critério por nível de ofensa não permita que as multas estejam muito discrepantes daquelas que seriam estimadas pelo outro método, informações essas que a Anatel não possui e não consegue aferir atualmente.

351. Considerando que o TAC trata de um plano de ações das operadoras para ajustar condutas e também executar projetos adicionais, é evidente que a própria empresa já possui esse planejamento de investimentos e análises financeiras.

352. Se a Anatel tem a prerrogativa de pedir as informações necessárias para o controle e bom acompanhamento das ações do TAC, conforme previsto nas minutas analisadas (peça 3, p. 17 e peça 4, p. 4) , constatou-se que há uma ausência de motivação clara que justifique a dispensa, por parte da Anatel, do recebimento e uso de tais informações, já existentes no âmbito de trabalho da operadora, que beneficiam a atuação da agência.

353. Dessa forma, propõe-se recomendar à Anatel solicitar às operadoras o plano de investimento dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas de cada TAC admitido e em andamento na agência, incluindo seu cronograma e previsão de gastos, para que seja avaliada a efetividade das multas previstas para cada compromisso diante do volume de recursos a ser gasto para executá-lo e que passe a utilizar esses dados como mecanismos de controle e acompanhamento do

andamento das atividades previstas no TAC.

V.2. Fragilidades na definição do procedimento de acompanhamento e fiscalização de todos os TACs pela Anatel

354. Conforme já explicado anteriormente, a maioria das operadoras fornecem os serviços de telecomunicações por meio do regime jurídico privado, com exceção do serviço de telefonia fixa que é fornecido em regime público. Sobre o tema, a Lei Geral das Telecomunicações (LGT) , Lei 9.472/1997, prevê:

‘Art. 128. Ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração das diversas modalidades de serviço no regime privado, sejam eles limites, encargos ou sujeições, a Agência observará a exigência de mínima intervenção na vida privada, assegurando que:

I - a liberdade será a regra, constituindo exceção as proibições, restrições e interferências do Poder Público;

II - nenhuma autorização será negada, salvo por motivo relevante;

III - os condicionamentos deverão ter vínculos, tanto de necessidade como de adequação, com finalidades públicas específicas e relevantes;

IV - o proveito coletivo gerado pelo condicionamento deverá ser proporcional à privação que ele impuser;

V - haverá relação de equilíbrio entre os deveres impostos às prestadoras e os direitos a elas reconhecidos.’ (sem grifos no original)

355. Verifica-se que, de maneira geral, a tratativa e imposições de regras pela Anatel às operadoras dos serviços em regime privado devem ser mínimas. Isso significa que atualmente a agência não possui conhecimento sobre o planejamento estratégico e financeiro das empresas, incluindo a projeção de investimentos por elas prevista, e não possui competência normativa para avaliar e determinar ações referentes ao andamento de tais planos.

356. Com o advento do TAC, a Anatel alterará parte da forma de atuação descrita acima, dado que o acordo consiste em um acompanhamento, pela agência, da realização de investimentos, do cumprimento de seus prazos e das demais ações previstas nos termos

previstas nos termos.

357. Considerando que se trata de uma decisão negociada, em que ambas as partes (Anatel e operadora) aceitaram as condições ali estabelecidas, e que foi materializada por meio de um acordo formal, a Anatel passa a assumir a

competência de fiscalizar as metas físicas dos investimentos e o cumprimento de metas pelas operadoras que estão previstos no âmbito do TAC.

358. Dado que se trata de atividades que a agência não realizava antes, há uma preocupação com relação à forma a ser observada pela Anatel para realizar esse acompanhamento e como será o posicionamento da agência diante de um possível descumprimento das obrigações.

359. O RTAC afirma, nos arts. 23 e 24, somente que o acompanhamento será de responsabilidade de uma de suas superintendências e que o ajuste de condutas será fiscalizado conforme cronograma de metas e condições estabelecido nos compromissos. Já nas minutas analisadas, observaram-se cláusulas que afirmam que a compromissária deve encaminhar à Anatel relatórios sobre a execução dos compromissos pactuados, nos termos e na periodicidade definidos pela agência (peças 4 e 96) .

360. Em resposta à diligência, a agência relatou que será constituído 'Escritório de Governança com a atribuição de planejar e executar as ações de acompanhamento, fiscalização e controle das obrigações referentes ao TAC', e que o 'acompanhamento das obrigações do TAC será realizado segundo a sistemática atualmente prevista para a obrigação constante do TAC, para grande parte das obrigações, ou pela sistemática estabelecida para novos compromissos, no âmbito do TAC' (peça 34, p. 4) .

361. Todavia, embora parte essencial do trabalho de acompanhamento e monitoramento da evolução e do cumprimento das obrigações inseridas no âmbito do TAC consista em comparar a situação atual, de um indicador ou percentual de execução de um projeto, com o patamar encontrado no momento anterior ao início do TAC, a Anatel não possui tais informações para a maioria dos projetos e compromissos assumidos nos TACs aprovados.

362. No caso do TAC da Telefônica, a análise do Conselheiro Relator da minuta de TAC admitiu que a agência não possuía dados e informações atualizadas quanto ao estágio de maioria dos projetos aceitos nesse TAC. Ainda assim, a minuta de TAC

estágio da maioria dos projetos aceitos nesse TAC. Ainda assim, a minuta de TAC foi aprovada, constando determinação às áreas técnicas para que adotassem as seguintes providências (peça 93, p. 98) :

‘i) realizar procedimento prévio à celebração do TAC para identificação do status inicial ou situação atual de cada um dos projetos apresentados pela compromissária;

(...)

v) no caso dos compromissos relativos à implantação de acessos individuais, coletivos do STFC e compromissos de abrangência, a atualização da lista de localidades constantes dos Pados abarcados na negociação que ainda estão pendentes de atendimento, para que sejam endereçadas nos termos e condições de prazo fixadas no TAC, explicitadas nas Minutas em Anexo;

(...)

vii) confrontar a relação de municípios que receberão novos sites 3G e 4G contidos nos projetos de ampliação da cobertura 3G e 4G, de 900MHz e 3G em municípios 2G only com os municípios previstos nos compromissos de abrangências dos editais de licitação de radiofrequência com obrigações vincendas e vencidas;

viii) certificação prévia do atendimento de todos os 141 municípios previstos no termo de autorização vinculados ao referido edital, ofertando o 2G com a faixa de frequência de 1.800MHz ou qualquer outra.’

363. Se tais informações, que são necessárias para a própria análise da aceitação, ou não, dos projetos propostos pela prestadora, ainda não foram fornecidas pela empresa nem exigidas durante a fase de negociação, surge razoável dúvida se o nível de detalhamento e transparência dos relatórios previstos nas minutas de TAC será suficiente para permitir um acompanhamento tempestivo, efetivo e eficiente do cumprimento das obrigações do TAC ao longo de sua duração.

364. Essa fragilidade nos processos de negociação e aprovação do TAC, referentes à falta de informações na Anatel sobre situação atual dos compromissos a serem assumidos pelas operadoras, foi apontada inclusive pela Procuradora junto à Anatel (PFE) no seu parecer sobre o TAC da empresa Sercomtel (peça 88, p. 35) :

309. Não constam nos autos dos processos relacionados aos temas

309. Não constam nos autos dos processos relacionados aos temas Universalização e Ampliação do Acesso, Direitos e Garantias dos Usuários e Fiscalização informações acerca da situação atual do descumprimento das obrigações que importou na instauração dos Pados incluídos no TAC. **O conhecimento, por parte da Agência, sobre eventual ajustamento das**

condutas incluídas no TAC, antes de sua assinatura, é imprescindível para o estabelecimento adequado de compromissos de ajustamento de conduta. (sem grifos no original)

365. No processo da empresa Telefônica a PFE também havia apontado problema semelhante, que, mesmo sendo acatado pela área técnica da agência, que solicitou informações adicionais à empresa, não foi solucionado, conforme informe elaborado no dia 25/10/2016, apenas dois dias antes da aprovação do referido TAC pelo Conselho Diretor da agência (peça 89, p. 1-2) :

'7. O órgão jurídico, mediante o Parecer nº 00361/2016/PFE/ANATEL/PGF/AGU, de 30 de maio de 2016, se pronunciou sobre diversos pontos da 'Análise Técnica da Proposta de TAC', elaborada pela Gerência de Fiscalização (FIGF) , constante do Informe nº 17/2016-FIGF5/FIGF, de 23 de março de 2016. **Entre eles, aponta a ausência de informações relativas ao estágio atual dos descumprimentos referentes ao tema 'licenciamento de estações'. Segundo a Procuradoria, o conhecimento do estágio atualizado das infrações, antes da assinatura do TAC, é imprescindível** para o estabelecimento adequado de metas. Assim, recomendou solicitar ao Grupo Telefônica relatório atualizado sobre o nível presente dos descumprimentos apurados.

(...)

Diante da relevância das informações, a área técnica reiterou a solicitação por meio do Ofício nº 1.368, de 08 de agosto de 2016 (0705556) . Nada obstante, o Grupo Telefônica enviou dados incompletos. Em petição protocolada em 26 de agosto de 2016 (0769876) , juntou planilha (0770363) com resposta parcial do item 'a' supracitado (não elencou todos o Pados, não informou o nome das estações, o tipo das estações, a data de ativação, a data de licenciamento, a data de eventual desativação e principalmente a situação de cada estação: regular, irregular ou desativada) . Os demais itens 'b', 'c' e 'd', supracitados, sequer foram respondidos.

Na visão desta Superintendência, as informações prestadas são insuficientes para atualizar a extensão dos compromissos de ajustes e seus respectivos

para atualizar a extensão dos compromissos de ajustes e seus respectivos cronogramas.' (sem grifos no original)

366. Como visto anteriormente, mesmo com essas informações incompletas e desatualizadas, o Conselho Diretor aprovou a minuta de TAC da Telefônica em 27/10/2016 e determinou que, em seguida, fosse feita uma atualização e obtenção de dados relevantes.

367. Em resposta à oitiva (peça 25, p. 9) , a agência reafirma que serão obtidas informações atualizadas sobre os compromissos somente após a sua assinatura:

3.72. Quanto aos cronogramas de implantação das obrigações, cabe observar que todas as obrigações constam com cronogramas e quantidades de implantação de maneira expressa e transparente nos termos a serem eventualmente assinados pelas prestadoras, como já previsto no TAC da Oi encaminhado a esse E. Tribunal. **Todavia, em alguns dos casos, a exata localização será definida durante a execução do TAC diante da dinamicidade do setor de telecomunicações (localização exata da instalação das ERB, por exemplo) .** (sem grifos no original)

368. Além dos problemas relatados anteriormente, identificaram-se fragilidades na própria estruturação interna da agência para fiscalizar o andamento do TAC. Isso porque já foram aprovados termos de duas grandes operadoras sem que a Anatel tivesse concluído o 'Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC', previsto para normatizar a fiscalização dos acordos e deixar claras as regras que orientarão a interação entre as partes.

369. Em resposta à oitiva, mesmo já havendo TACs aprovados na agência, a Anatel reafirma a sua intenção de elaborar o referido manual (peça 25, p. 9) :

'3.69. Como mencionado pelo Conselheiro Igor de Freitas na Análise nº 214/2015-GCIF, 'o TAC deve prever, para cada projeto, cronograma de metas e condições com pontos de controle e critérios objetivos, para que seja realizado o acompanhamento e fiscalização adequados'. **Ou seja, a implantação dos projetos deve ser objeto de fiscalização constante pela Anatel, sobretudo em relação àqueles projetos para os quais a Agência não detém informação sobre a situação atual.** Nestas situações, os projetos devem ser acompanhados de declaração subscrita pelo representante legal da compromissária, não se excluindo a realização de fiscalização pela Agência para verificação do status inicial e posterior acompanhamento para análise do cumprimento das metas e condições

posterior acompanhamento para análise do cumprimento das metas e condições assumidas.

3.70. Para tanto, foram estabelecidas diretrizes, no Voto nº 2/2016/SEI/IF, que deverão constar de Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC, abaixo

relacionadas (...)

3.71. Verifica-se, portanto, que a avaliação da situação atual é objeto de preocupação da Anatel e está endereçada por meio da confecção de Manual de Acompanhamento e Fiscalização específico. Assim até o início da vigência do TAC será levantada a situação atual relativa às obrigações nele previstas.'

(sem grifos no original)

370. Ressalta-se que a obtenção de informações essenciais sobre os compromissos após a aprovação do acordo e o estabelecimento de ações e regras de fiscalização somente após a aprovação e assinatura do TAC, agravada pela conclusão posterior do manual de fiscalização da Anatel, representa um significativo risco para a própria operadora, que assume um acordo por meio do qual aceita, de pronto, condições ainda não estabelecidas pela Anatel para acompanhar o termo e sobre o qual a agência reguladora não tem ainda todas as informações necessárias.

371. Também traz uma insegurança para o interesse público, pois, uma vez que o TAC já foi assinado e os respectivos processos sancionatórios já foram arquivados, a operadora pode trazer interpretações divergentes, ensejando prolongadas discussões, e postergando o cumprimento das metas previstas no TAC, o que certamente diminui a efetividade do instrumento.

372. Assim, propõe-se determinar à Anatel que inclua explicitamente no texto de todos os TAC que eventuais atrasos na definição e aprovação dos modelos de acompanhamento não têm o condão de postergar a data de cumprimento de qualquer meta ou compromisso assumido pela operadora em sua assinatura, nem de alterar a metodologia de cálculo das multas diárias por descumprimentos, nem retardar a aplicação dessas multas e a execução do termo extrajudicial, garantindo a observância dos princípios da legalidade e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

373. Fragilidades como essa apresentam um risco também para a efetividade do TAC visto que a falta de clareza de todas as informações necessárias por ambas as

TAC, visto que a falta de clareza de todas as informações necessárias por ambos os envolvidos, Anatel e empresa, podem resultar em possíveis questionamentos judiciais sobre a relação e as condições estabelecidas e exigidas entre as partes.

374. É importante citar situação semelhante ao acordo de TAC ocorrida no âmbito

da Anatel, também lembrada pela operadora Oi em carta enviada à agência (peça 100, p. 4) , em que também foram constatadas fragilidades similares às citadas anteriormente. Trata-se dos chamados Planos de Melhoria da Qualidade (PMQ) elaborados pelas prestadoras e admitidos pela Anatel como condição para a revogação de uma medida cautelar, adotada em 2012, referente à má qualidade do serviço de telefonia móvel. Esses processos foram analisados pelo TCU no processo TC 023.133/2015-5, que resultou no Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, conforme será resumidamente relatado abaixo.

375. Em 18/7/2012 a Anatel adotou medida cautelar de suspensão de vendas e ativação de chips de SMP para três das maiores operadoras, abrangendo todos os estados do país, e revogou a cautelar, em 3 de agosto de 2012, somente após o recebimento e a aprovação, pela agência, de planos de melhoria da qualidade (PMQ) elaborados pelas prestadoras e que firmavam compromisso de realizar diversas ações ao longo de dois anos para elevar os níveis de qualidade do SMP em todos os estados do país. Mesmo as empresas que não tiveram sua venda de chips suspensa foram obrigadas pela Anatel a apresentar um plano de melhoria de dois anos de duração (TC 023.133/2015-5, peça 175, seção 5.5) .

376. Assim, verifica-se que os PMQ muito se assemelham aos TACS, visto que consistiram em acordos entre a Anatel e as operadoras com vistas a ajustar uma conduta que estava em desacordo com os normativos vigentes, no caso, com o padrão exigido de qualidade dos serviços. Para corrigi-la, as empresas apresentaram planos de ações e de investimentos a serem executadas em um período específico de dois anos, estando sujeitas a penalidades em caso de descumprimento.

377. Na análise dos Planos de Melhoria da Qualidade, foram constatadas as seguintes fragilidades e inconsistências (TC 023.133/2015-5, peça 175, seção 5.5) :

a) inadequação dos critérios utilizados para definir as cautelares que motivaram o PMQ, de forma que as metas e condições estabelecidas pela Anatel não foram adequadas ao que se esperava pelos normativos e demanda da sociedade;

b) ausência de fiscalização pela Anatel de todas as ações previstas no plano, sendo que, além de a agência não ter realizado as devidas fiscalizações necessárias, ainda se deparou com problemas nos dados recebidos das operadoras;

c) baixa efetividade do plano de melhoria nos resultados das operadoras, sendo que persistiam problemas em número elevado de municípios por todo o país, além de ainda serem registrados descumprimentos significativos de diversos indicadores de qualidade definidos no regulamento e no despacho do PMQ, com o descumprimento integral da meta estabelecida em alguns casos; e

d) imposição de novos critérios de acompanhamento da qualidade em 2015 incompatíveis com o PMQ de 2012 e com o Regulamento de Qualidade do SMP, de forma que, mesmo após a conclusão dos planos e a constatação do não cumprimento das condições exigidas, a Anatel não sancionou as operadoras conforme previsão no despacho que originou os planos e ainda estabeleceu novos critérios que não permitiram a conclusão definitiva do processo inicial do PMQ.

378. Verifica-se que os problemas encontrados no processo do PMQ estão bastante relacionados com os problemas previamente descritos sobre os TACs, o que enfatiza ainda mais a preocupação se a Anatel conseguirá sustentar a efetividade dos acordos de ajustamento de conduta, já que, no caso concreto, o acompanhamento realizado pela Anatel não se mostrou efetivo para garantir a melhoria da qualidade do serviço e o cumprimento dos termos de acordo pelas empresas, resultando inclusive na piora da qualidade da telefonia em alguns casos.

379. Ressalta-se ainda que, conforme o item 'd' acima, a Anatel não foi capaz de punir as operadoras nas condições de sanção previstas originalmente no despacho que criou os planos de melhoria, o que leva ao questionamento sobre se, ao final do prazo de vigência do TAC, caso necessário, a Anatel determinará, de fato, que houve o inadimplemento do TAC e executará judicialmente os valores devidos pelas operadoras pelo descumprimento e atrasos dos compromissos.

380. Entende-se que é dever da Anatel garantir que, findo o prazo do TAC e constatado o seu descumprimento total ou parcial, será efetivamente executado esse título executivo extrajudicial. Tal posição também foi defendida pelo Procurador do MPF Alexandre Gavronski na consulta pública da elaboração do regulamento do TAC (peça 107, p. 3) :

3) A **regulamentação é tímida ao tratar do descumprimento do TAC, encerrando-se na emissão de um Certificado de Descumprimento do TAC, quando ele se trata de título executivo, e, portanto, sujeito à execução;** (grifos diferentes do original)

V.3. Irregularidades no manual de fiscalização de todos os TACs pela Anatel

381. Em resposta à diligência, a Anatel encaminhou cópia da minuta de manual de fiscalização do TAC (peça 97) , que está sendo elaborado no âmbito do processo administrativo referente ao TAC de qualidade e universalização da Oi, mas com o intuito de servir como regra geral para a fiscalização de todos os TACs a serem firmados pela agência com todas as operadoras (peça 98, p. 3) .

382. Tal documento foi elaborado pela Superintendência de Controle das Obrigações (SCO) , que ficará responsável por acompanhar a execução dos TACs, nos termos do art. 23 do RTAC, tendo sido encaminhado para apreciação pelo Conselho Diretor da Anatel em 18/10/2016 (peça 98, 9) , isto é, depois da minuta de TAC ter sido apreciada pelo Conselho Diretor. O manual consiste em uma parte com cláusulas gerais, que poderiam ser aplicáveis a todos os TACs que serão assinados com a agência, e uma parte detalhando a forma de acompanhamento para os compromissos e projetos específicos pactuados nos TACs da Oi e da Telefônica (peça 98, p. 3) .

383. Foram identificadas diversas irregularidades, fragilidades e inconsistências tanto na tramitação desse manual quanto no seu conteúdo, que serão detalhadas a seguir.

V.3.1. Exigência ilegal de contratação pelas operadoras de empresas terceirizadas para fiscalizarem o TAC

384. A minuta de manual de fiscalização estabelece que a operadora será obrigada a contratar uma empresa terceirizada que será responsável por fiscalizar a execução do TAC, certificar as informações prestadas pela operadora à agência e elaborar os relatórios a serem encaminhados à Anatel para comprovar o cumprimento do TAC (peça 97, p. 6, 9, 14-16; peça 112, p. 2) :

‘Anexo E

7. EMPRESA TERCEIRIZADA

7.1. A **Compromissária deverá contratar empresa terceirizada** especializada para, **dentre outras atividades** previstas no Termo de Ajustamento de Conduta, **certificar dados e informações a serem prestados à Anatel**, na forma prevista neste documento.

7.2. A contratação de empresa terceirizada deverá ser comprovada à Anatel no prazo de **até 60 (sessenta) dias a contar da celebração do TAC**.

(...)

14.4. A **cada seis meses**, a contar da celebração do TAC, a Compromissária, por meio da **empresa terceirizada, deverá encaminhar** ao Escritório de Governança da Anatel, independente de notificação, um **Relatório contendo o status atual de todas as obrigações constantes do TAC**.

Anexo F [Parte específica do Manual de Fiscalização do TAC]

2.2.1. **Implantação do Acesso Coletivo do STFC:**

(...)

2.2.1.7. **Forma de comprovação do cumprimento** da obrigação: **relatório certificado pela empresa terceirizada, com a relação de todas as localidades** nas quais foram implantados acessos coletivos do STFC (...).

(...)

2.2.3. **Compromissos de Abrangência:**

2.2.3.1. Obrigação: Corrigir o passivo e cumprir todos os compromissos de abrangência previstos nos Editais de Licitação nº 001/2007/SPV e 002/2007/SPV, conforme o Anexo C do TAC.

(...)

c) Forma de comprovação do cumprimento da obrigação: **relatório certificado pela empresa terceirizada informando o status de atendimento** dos municípios listados no Anexo C do TAC.

(...)

2.2.5. Central de Intermediação de Comunicação (CIC)

2.2.5.1. Obrigação: Programar 100% (cem por cento) das centrais para realizar o devido encaminhamento das chamadas destinadas a Central de Intermediação de Comunicação (CIC) para Pessoas com Deficiência Auditiva ou de Fala.

(...)

c) Forma de comprovação do cumprimento da obrigação: **relatório certificado pela empresa terceirizada contendo testes de chamadas e captura das telas de pelo menos uma central** que atenda às localidades objeto da obrigação.’ (sem grifos no original)

385. A minuta de manual de fiscalização ainda prevê que a maioria dos projetos e compromissos de ajuste de conduta serão verificados e acompanhados por meio de relatórios elaborados pela empresa terceirizada e enviados à agência, inclusive a verificação do estágio inicial de todos os investimentos pactuados no TAC. No entanto, o texto não esclarece se cada prestadora será obrigada a contratar uma empresa diferente nem se a mesma empresa poderá ser responsável por fiscalizar todos os TACs pactuados com a Anatel.

386. Cabe ressaltar que, em nenhum momento durante a tramitação da minuta do regulamento de TAC ou dos próprios TACs a Anatel propôs ou discutiu com qualquer instância, interna ou externa, publicamente a pretensão de transferir suas responsabilidades e competências legais de fiscalização das operadoras para uma empresa terceirizada. Tanto que a própria Oi, primeira prestadora a ser formalmente certificada dessa nova obrigação, questionou tal necessidade e seu impacto financeiro em carta de 20/10/2016 (peça 100, p. 4, 7) :

‘1.14. Cumpre ressaltar ainda que a **imposição de contratação de empresa terceirizada** para comprovar a execução do Projeto deve ser realizada como **item não necessário**. Isso porque, a **Anatel já possui expertise nessa forma de acompanhamento**, por exemplo, pode-se citar o Plano da Móvel no qual não houve participação de terceiros.

(...)

3. A Oi gostaria de destacar ainda que **não foi previsto a contratação de empresa Terceirizada para a realização de auditoria de implantação (fiscalização) de todos os projetos propostos no TAC**, conforme sugerido pela Anatel no referido

Manual. Para que tal procedimento ocorra, a **Oi precisará entender o escopo de atuação dessas empresas, bem como definir o processo que virá a ser desenvolvido pelas empresas contratadas**, para, somente após, realizar estudo de viabilidade visando a possível contratação.’ (sem grifos no original)

387. Ao aprovar o manual de fiscalização do TAC da Telefônica em 27/4/2017, o Conselho Diretor alterou alguns aspectos do papel da empresa terceirizada, como asseverar que os atos e omissões praticados pela Empresa Terceirizada não excluem a responsabilidade pelas obrigações assumidas no TAC pela prestadora (peça 126, p. 3-4) . Todavia, tais modificações não são suficientes para descaracterizar integralmente a irregularidade apontada nos manuais e que, no caso da Telefônica, também foi incluída no texto do TAC (peça 96, p. 36) .

388. Conforme destacado pela prestadora Oi em sua carta, não há justificativa razoável para que a agência delegue sua competência de fiscalizar as operadoras, uma vez que a própria Anatel já vem executando esse tipo de tarefa há mais de uma década. No próprio processo de negociação dos TACs a agência recebeu informações sobre os investimentos planejados que lhe permitem exercer essa obrigação legal de fiscalização ao longo da duração de cada TAC. Adicionalmente, a própria área técnica registrou sua preferência por compromissos e projetos que pudessem ser mais facilmente acompanhados e verificados pelas equipes de fiscalização da Anatel (peça 9, p. 12-15; 93, p. 5) .

389. Em que pesem todas as fragilidades e irregularidades identificadas por trabalhos anteriores do TCU quanto à atuação da agência na fiscalização das prestadoras de telecomunicações, como as resumidas na seção anterior ao tratar sobre o PMQ, a solução proposta pela Anatel para monitoramento dos TACs também é problemática.

390. De fato, essa proposta carece de fundamentação legal, uma vez que representa a efetiva terceirização da atividade finalística da Anatel, atualmente sob competência da Superintendência de Fiscalização, o que é proibido pelo parágrafo único do art. 22 da LGT:

‘Art. 22 (...)

(...)

Parágrafo único. Fica **vedada a realização por terceiros da fiscalização de**

competência da Agência, ressalvadas as atividades de apoio.’

391. Isso também introduz risco significativo de manipulação dos dados a serem encaminhados à agência e de acesso indevido de informações comerciais e concorrenciais das operadoras, consideradas sigilosas conforme parágrafo único do art. 39 da LGT:

‘Art. 39 Ressalvados os documentos e os autos cuja divulgação possa violar a segurança do País, segredo protegido ou a intimidade de alguém, todos os demais permanecerão abertos à consulta do público, sem formalidades, na Biblioteca.

Parágrafo único. A **Agência deverá garantir o tratamento confidencial das informações** técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis **que solicitar às empresas prestadoras** dos serviços de telecomunicações, nos termos do regulamento.’

392. Esse modelo de terceirização de fiscalização custeada pelas prestadoras já foi utilizado pela Anatel em outra oportunidade, no acompanhamento dos indicadores de qualidade da banda larga móvel e fixa. A chamada Entidade Aferidora da Qualidade (EAQ) é uma empresa privada, contratada pelas prestadoras, para coletar os dados sobre o desempenho da banda larga e consolidar os resultados dos indicadores de todas as operadoras, cabendo à Anatel tão somente usar esses dados para identificar quais metas não foram atingidas e aplicar as sanções devidas.

393. Conforme abordado no relatório da auditoria sobre a qualidade da telefonia móvel (TC 023.133/2015-5, peça 175, seções 5.2.2 e 5.3) , que resultou no Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, foram encontradas inconsistências, irregularidades e fragilidades significativas na atuação dessa empresa e na sua relação com as operadoras. Tanto a Anatel quanto a própria empresa terceirizada chegaram a admitir que os dados obtidos e divulgados entre 2013 e 2015 não possuíam validade estatística, não representavam a realidade da prestação do serviço de banda larga e nem eram passíveis de serem comparados entre as operadoras (TC 023.133/2015-5, peça 175, p. 41) :

‘236. Como resultado a EAQ obteve e divulgou, entre 2013 e 2015, índices sem garantia de validade estatística, como mencionado pela própria área técnica da Anatel (peça 113, p. 2; peça 114, p. 18) , que não representam a realidade e que não são comparáveis nem entre as diferentes operadoras no mesmo mês nem entre

são comparáveis nem entre as diferentes operadoras no mesmo mês nem entre meses diferentes na mesma operadora (peça 46, p. 5; peça 119, p. 9-13) .

237. Em correspondência para a Anatel e para as operadoras em 7/7/2014 (peça 143) , a própria EAQ admitiu que as dificuldades existentes ‘comprometem

significativamente a prestação de serviços da EAQ’ (peça 143, p. 6) e que ‘o sistema de aferição de qualidade dos indicadores SCM e SMP encontra-se constantemente comprometido, influenciando negativamente nos resultados dos indicadores da qualidade de conexão de cada Prestadora’ (peça 143, p. 5) .

238. Apesar de ter ciência disso e acompanhar as alterações posteriores feitas pela EAQ na tentativa de solucionar os desvios apontados pelas operadoras e obter medições mais fidedignas, a Anatel não fez nenhum comunicado público desse fato, nem desconsiderou os valores obtidos, inclusive dando continuidade à utilização desses dados em suas atividades regulatórias’ (peça 116, p. 21, 23; peça 118, p. 5) .

394. Constata-se que esse modelo de terceirização das atividades fiscalizatórias da Anatel, além de ser contrário à legislação vigente, introduz diversas fragilidades e riscos no processo, podendo resultar, inclusive, na inutilidade dos dados coletados, impedindo que a Anatel verifique a existência de descumprimento e sancione as prestadoras.

395. Tendo em vista a relevância e materialidade do TAC, a ausência de critérios objetivos e transparentes de acompanhamento e o incentivo econômico para ocorrência de irregularidades, materializado no fato de a prestadora arcar com os custos de sua própria fiscalização, surge razoável dúvida sobre qual seria o grau de independência dessa empresa fiscalizadora, ainda mais porque não há qualquer exigência de qualificação, experiência ou outro critério técnico de seleção dessa terceirizada fiscalizadora.

396. Mesmo admitindo, por hipótese, que a intenção da Anatel fosse atribuir a essa empresa privada um papel de certificadora, restam razoáveis dúvidas quanto à validade dessa certificação caso a operadora contrate essa empresa sem a necessidade de ela ter sido certificada e credenciada previamente pela própria Anatel, diferentemente do que acontece, por exemplo, na certificação de equipamentos técnicos em que o interessado deve contratar um dos laboratórios credenciados e certificados previamente pela Anatel.

397. Se tal exigência existisse, seria possível reduzir sensivelmente a dependência comercial de uma empresa que, por exemplo, pode ter sido criada somente para certificar os dados do TAC de uma determinada prestadora. Por outro lado, nesse caso seria imprescindível a atuação da agência na fiscalização da veracidade e fidedignidade dos relatórios certificados pelas empresas, mesmo que por procedimento amostral. Repise-se que, mesmo no caso do manual de TAC da Telefônica, tais condições não foram atendidas satisfatoriamente pela Anatel.

398. Assim, propõe-se determinar à Anatel que:

a) realize fiscalizações acerca do cumprimento de todos os TACs diretamente nas prestadoras nos prazos definidos nos cronogramas de metas e compromissos do referido TAC, podendo utilizar, como insumo, metodologia de amostragem e, subsidiariamente, outros documentos enviados por empresas privadas que sejam eventualmente contratadas para emitir relatórios sobre a execução do TAC, por a situação estar em desacordo com o parágrafo único do art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997;

b) se abstenha de exigir a contratação de empresa privada pelas prestadoras que firmarem TACs com a agência, o que configura delegação da fiscalização da execução das metas, compromissos e investimentos pactuados no TAC a terceiros, em razão de a situação atual estar em desacordo com o parágrafo único do art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997.

399. Caso não seja acolhido o entendimento expresso na alínea 'b' de que a prática é vedada à agência, propõe-se, alternativamente, determinar à Anatel que estabeleça, no prazo de 180 dias, sistemática de credenciamento e certificação prévia, por parte da Anatel, da lista de empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, compromissos e investimentos pactuados no TAC, de forma a garantir a veracidade e a fidedignidade dos relatórios certificados pelas empresas privadas, por a situação atual estar em desacordo com o parágrafo único do art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997.

V.3.2. Ausência de verificação prévia da Anatel sobre a situação inicial de cada projeto e investimento pactuado antes da assinatura de todos os TACs

400. A minuta do manual de fiscalização contém outro ponto preocupante quanto ao acompanhamento e à fiscalização dos TACs pela Anatel. De acordo com o

documento, a empresa privada entregará os relatórios e as listas descrevendo o estágio inicial de todos os projetos de investimentos pactuados no TAC no prazo de noventa dias após a assinatura do TAC (peça 97, p. 7) .

401. Além disso, a minuta prevê que a contratação da empresa terceirizada será efetivada em até sessenta dias após a assinatura do TAC (peça 97, p. 6; peça 112, p. 2) , o que pode resultar em um prazo de trinta dias para a terceirizada realizar a verificação de todos os investimentos pactuados no TAC. Registre-se que a Anatel negociou os termos do TAC durante mais de dois anos e ainda não conseguiu reunir tais informações.

402. Contudo, o próprio voto do Conselheiro Relator ordenou à área técnica que realizasse ‘procedimento prévio à celebração do TAC para identificação do status inicial ou situação atual de cada um dos projetos apresentados’ pela operadora, condicionando a assinatura do TAC a conclusão desse estudo (peça 93, p. 95, 98) . Além disso, o art. 24 do regulamento do TAC estabelece que, durante a vigência do TAC, a conduta irregular que se pretende ajustar ‘deverá ser fiscalizada exclusivamente em conformidade com o cronograma de metas e condições estabelecido no respectivo compromisso’.

403. Ao aprovar o manual de fiscalização do TAC da Telefônica, o CD definiu que essa prestadora deve encaminhar ‘um levantamento do estado inicial de cada compromisso assumido’ antes da celebração do referido TAC. Porém, a aprovação dessas alterações para o TAC da Telefônica não tem o condão de garantir que seja dado tratamento idêntico para os demais TACs em andamento na agência.

404. Propõe-se, pois, determinar à Anatel que se abstenha de assinar qualquer TAC antes da conclusão dos estudos que demonstrem a situação inicial de cada um de seus projetos e investimentos pactuados para a correção de conduta e os compromissos adicionais, com vistas a permitir um acompanhamento e uma fiscalização mais efetivos e precisos, por a situação atual estar em desacordo com os arts. 13, incisos I a VII, e 24 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e com os princípios do interesse público, eficiência e segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

405. Diante dos fatos relatados, verificou-se que, **mesmo na fase negocial do TAC, não estando ainda em fase de acompanhamento posterior à assinatura do**

termo, a Anatel já demonstra não obter todas as informações necessárias sobre a situação atualizada dos compromissos previstos nos acordos,

apresenta dificuldades na obtenção de tais informações junto às operadoras, não possui seus procedimentos de acompanhamento integralmente concluídos, prevê a terceirização de parte de sua competência fiscalizatória e ainda não demonstrou de que forma garantirá que os dados encaminhados pelas empresas estejam de acordo com o que foi realizado das metas e dos compromissos do TAC, e como será garantida a idoneidade da empresa certificadora nesse processo.

406. Novamente, observa-se que há significativas fragilidades que podem comprometer a consonância do TAC com o interesse público, visto que há elementos que demonstram a possível não efetividade dos termos e das ações nele planejadas, além de existirem razoáveis dúvidas sobre a legalidade, legitimidade, e eficácia do modelo proposto para o acompanhamento do cumprimento do TAC, uma vez que sua fiscalização será integralmente terceirizada para uma empresa contratada pela prestadora que assinar o TAC, não sendo prevista uma fiscalização obrigatória mínima por parte da Anatel nesses dados, nem mesmo por amostra.

407. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

V.3.3. Irregularidades na atribuição de competências para acompanhar e fiscalizar todos os TACs no âmbito da área técnica da Anatel

408. A agência possui em sua estrutura uma Superintendência de Fiscalização (SFI), dedicada exclusivamente à fiscalização das prestadoras e demais entes regulados pela Anatel, nos termos dos arts. 157, 194 e 197 do Regimento Interno da Anatel (RI/Anatel). A SFI possui unidades regionais em todas as capitais do Brasil, contando com servidores concursados alocados em atividades de fiscalização *in loco* e por meio de sistemas de tecnologia da informação. Outra área da agência é a Superintendência de Controle de Obrigações, que acompanha e controla todas as obrigações dos entes regulados, incluindo os TACs, conforme art. 158 do RI/Anatel.

409. A minuta do manual de fiscalização dos TACs prevê a criação de um escritório de governança, composto pelos Superintendentes de Controle de Obrigações e de Fiscalização, além de representantes por estes indicados, que ficará responsável

fiscalização, além de representantes por estes indicados, que ficará responsável por gerenciar o acompanhamento e receber os relatórios de fiscalização da empresa terceirizada (peça 97, p. 6) . Esse escritório também será responsável por analisar as informações prestadas pela terceirizada e decidir se há necessidade de solicitar fiscalização a ser realizada pelos servidores da Anatel. Outra competência é

acompanhar o grau de descumprimento do TAC ao longo de sua vigência, para determinar se foi ultrapassado o percentual de 50% que enseja a declaração de descumprimento integral do TAC, conforme art. 29 do RTAC.

410. Nota-se que pode haver uma sobreposição de competências, em prejuízo da tempestividade da tramitação do TAC, uma vez que a estrutura atual da Superintendência de Controle e Obrigações será mantida e também ficará responsável por acompanhar todos os TACs. Soma-se a isso o fato de que a Anatel pretende exigir a contratação de uma empresa privada para fiscalizar e acompanhar o cumprimento do TAC ao longo de sua vigência, conforme discutido na seção V.3.1 da presente instrução.

411. Além disso, enquanto o inciso III do art. 158 do Regimento Interno da Anatel e o art. 23 do RTAC determinam explicitamente que o acompanhamento do TAC cabe somente à Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) , incluindo aí o conjunto de seus servidores, o manual de fiscalização de TAC anexo aos TACs já aprovados pelo CD da Anatel tenta estabelecer uma instância de fiscalização e acompanhamento dos TACs centrada nas pessoas dos Superintendentes (peça 112, p. 2) , em detrimento da estrutura administrativa vigente no âmbito da agência.

412. Em 27/4/2017, ao aprovar o manual de fiscalização da Telefônica, o CD corrigiu parcialmente tal irregularidade ao estabelecer que outras superintendências possam participar do escritório de governança e que essa nova instância não demandará ações das superintendências, uma vez que (peça 125, p. 8) :

‘4.22.6. (...) suas **funções voltam-se primordialmente** para (i) a constituição de **interface de atuação junto à Compromissária e, através dela junto à Empresa Terceirizada**; e (i) à **coordenação centralizada das atividades concernentes ao acompanhamento e controle do TAC**. Logo, o destinatário das demandas do Escritório não será as Superintendências, cujos representantes são simultaneamente seus componentes. (sem grifos no original)

413. Contudo, entende-se que não foi afastada a **irregularidade da transformação de competências institucionais pertencentes à Superintendência e todos os**

de competências institucionais, pertencentes a Superintendência e todos os seus servidores, em competências pessoais, atribuídas ao titular do cargo de Superintendente e estendidas aos servidores que ele designe. Além disso, a aprovação dessas alterações parciais na previsão do papel do escritório de governança para o TAC da Telefônica não tem o condão de garantir que seja dado tratamento idêntico para os demais TACs em andamento na agência.

414. Tendo em vista que esse arranjo institucional previsto no manual contraria a regulamentação vigente, propõe-se determinar à Anatel que exclua dos manuais de fiscalização de todos os TACs qualquer referência à criação de instância, estranha à atual estrutura administrativa da agência, que se aproprie da atribuição regulamentar da Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) de acompanhar a execução dos compromissos constantes nos TACs, por a situação atual estar em desacordo com o art. 23 do RTAC, Resolução-Anatel 629/2013, c/c inciso III do art. 158 do Regimento Interno da Anatel.

V.3.4. Ilegalidades no procedimento de elaboração do manual de fiscalização dos TACs pela Anatel

415. Apesar de o manual ter sido previsto, conforme a determinação do Conselho Diretor da agência (peça 13, p. 3; 93, p. 98) , para balizar e regulamentar o acompanhamento e a fiscalização das obrigações e projetos de todos os TACs da Anatel, a minuta foi elaborada no âmbito de um processo administrativo que envolve apenas uma prestadora, a Oi. Esse manual foi estruturado como um anexo do texto do próprio TAC a ser firmado com a operadora (peça 97) .

416. Assim, a versão inicial da minuta foi enviada pela agência para comentários e sugestões somente para a Oi (peça 99, p. 4) . Nem essa versão inicial do manual de fiscalização dos TACs nem o instrumento utilizado para esse envio, seja mensagem eletrônica ou ofício, foram anexados aos autos do referido processo, em que pese a empresa alegar ter recebido uma versão inicial da minuta de manual em 10/10/2016 (peça 99, p. 1, 4) .

417. As considerações da Oi sobre o manual foram registradas em cartas anexadas aos autos, datadas de 13/10/2016 e 20/10/2016 (peças 99 e 100) , e a área técnica concluiu sua manifestação quanto ao manual em 18/10/2016 (peça 98, p. 9) , não havendo registro de que esse instrumento tenha sido submetido à apreciação da PFE. O Conselheiro Relator, ao receber o processo sugeriu diversas alterações e devolveu a minuta de manual para à área técnica em 13/2/2017 (peça 135). Desde

deveu a minuta de manual para a área técnica em 10/2/2017 (peça 133) . Desde 10/4/2017, a minuta de manual do TAC da Oi aguarda análise pelo Relator e pelo Conselho Diretor (peça 134, p. 5) .

418. O mesmo ocorre com o outro TAC aprovado pela Anatel, o acordo da

Telefônica. A elaboração do respectivo manual foi realizada no âmbito do próprio processo de discussão do TAC, sem que houvesse transparência, isonomia ou oportunidade de contraditório para as outras prestadoras, nem qualquer garantia de consistência entre as disposições previstas nos manuais do TAC de cada operadora (peça 45, p. 4; peça 112; peça 125) . Em 27/4/2017 (peças 125 e 130) , o CD aprovou o manual de fiscalização do TAC da Telefônica com algumas alterações pontuais que corrigiram parte das irregularidades tratadas nesta seção V.3 da presente instrução, conforme abordado em cada subseção anteriormente.

419. Em que pese o regulamento, ao tratar do acompanhamento da execução do TAC, não prever a criação de nenhum manual de fiscalização, não há óbice legal para que a agência elabore tal documento para disciplinar e regulamentar seu trabalho. Contudo, tal instrumento deve respeitar os procedimentos administrativos previstos na legislação, o que não está ocorrendo no caso dos manuais de fiscalização do TAC em elaboração na Anatel, que contrariam os princípios constitucionais e legais de legalidade, publicidade, interesse público e isonomia.

420. Registre-se que a minuta de manual da Oi prevê que o acompanhamento da execução do TAC pode ser realizado de outras formas além das previstas no próprio manual e que as disposições sobre essa fiscalização podem ser alteradas posteriormente, a critério da Anatel (peça 97, p. 8-9) . Entretanto, a minuta não informa como tais mudanças serão deliberadas, onde serão registradas, como serão comunicadas à prestadora e de que forma a sociedade terá conhecimento dessas novas regras.

421. Esse tipo de previsão traz insegurança jurídica para o TAC, tanto do ponto de vista da operadora, como para a sociedade e o interesse público. Recorde-se que, em outras oportunidades, a Anatel adotou soluções similares, realizando frequentes alterações em metas e obrigações das operadoras sem apoio em normativos, gerando diversos conflitos e discussões jurídicas, além de retardar os respectivos sancionamentos. Como exemplos citam-se o caso do PMQ e os condicionantes da fusão da Brasil Telecom com a Oi em 2008, analisados respectivamente nos Acórdãos 2.333/2016-TCU-Plenário e 2.468/2010-TCU-Plenário, sendo o último

objeto do acompanhamento no âmbito do TC 006.246/2012-5, pendente de julgamento.

422. Um instrumento tão essencial e fundamental para o controle e acompanhamento de um TAC no valor superior a R\$ 2,8 bilhões requer uma análise cuidadosa, considerando tanto aspectos técnicos quanto jurídicos, justamente para evitar que o aodamento do processo permita a ocorrência de irregularidades que possam comprometer a efetividade e a legalidade das atividades de acompanhamento e sanção da Anatel durante toda a vigência do TAC.

423. Conforme relatado na presente instrução, foram constatadas diversas irregularidades nos manuais de acompanhamento e fiscalização dos TACs, sendo a principal delas o procedimento administrativo adotado para elaborar esses manuais, sem isonomia no tratamento de todas as operadoras que negociam TACs, sem transparência para com a sociedade e sem a imprescindível análise legal da Procuradoria junto à agência.

424. É imperativo que as disposições genéricas desses manuais, que deverão ser aplicáveis a todas as operadoras e que detalham as previsões estabelecidas no RTAC, sejam elaboradas seguindo o procedimento legal de produção de atos normativos na Anatel. Do mesmo modo que as disposições específicas, referentes somente aos projetos pactuados com cada operadora, devem ser incluídas em cada respectivo TAC de acordo com o mesmo procedimento que disciplina a elaboração da minuta do TAC. Ou seja, tanto em um caso como no outro, é indispensável que tais minutas de manuais sejam submetidas à PFE/Anatel.

425. A forma com que o manual do TAC da Telefônica foi aprovado pelo Conselho Diretor tão somente reforça esses argumentos, pois foi mais uma evidência de desrespeito ao procedimento de produção de atos normativos estabelecido no âmbito da agência e de como o aodamento e a ausência de transparência que têm norteado todo o processo de elaboração desses manuais permite que cláusulas irregulares e lesivas ao interesse público sejam incluídas nos TACs da Anatel.

426. Ressalte-se que esse acórdão do CD foi aprovado por meio de circuito deliberativo, uma forma de decisão colegiada assíncrona, onde cada Conselheiro apresenta seu voto no sistema eletrônico da agência ao longo do período de duração do circuito deliberativo. Segundo o RI-Anatel, esse prazo de duração é normalmente de sete dias, mas em casos excepcionais pode ser definido um

intervalo menor. No caso da aprovação do manual de fiscalização do TAC da Telefônica e do VPL dos seus respectivos compromissos adicionais, o Conselheiro Relator propôs que o circuito fosse aberto e encerrado no mesmo dia, porém, na prática, tal circuito durou menos de três horas (peças 132, p. 1-2; 136, p. 3-4) . Mesmo se contar o tempo em que o processo administrativo permaneceu à disposição dos Conselheiros, o período de análise foi de quatro dias (peça 133, p. 4-5) .

427. Assim, não é de se espantar que as mais graves irregularidades contidas no manual não foram devidamente identificadas e corrigidas tempestivamente, como é o dever legal dos Conselheiros da agência. Não é razoável que decisões tão relevantes e impactantes em um instrumento que envolve bilhões de reais sejam adotadas de forma açodada e, principalmente, sem a opinião fundamentada juridicamente de quem detém a competência e a obrigação legal para isso: a Procuradoria junto à Anatel.

428. Soma-se a isso a manifesta insegurança jurídica que essa aprovação de manual de fiscalização e acompanhamento de TAC gera para todas as prestadoras de serviços de telecomunicações. Como dito anteriormente, não há nenhum tipo de garantia de que todos os manuais de TACs contenham dispositivos análogos. Pelo contrário, há a possibilidade de que existam até mesmo cláusulas contraditórias nesses manuais, submetendo cada operadora que firmar um TAC a critérios e procedimentos de acompanhamento e controle diferentes.

429. Como relatado, a versão aprovada do manual do TAC da Telefônica difere substancialmente da minuta em discussão no caso da Oi e não há qualquer indicativo quanto os dispositivos que serão propostos para as minutas das prestadoras Claro, Tim e Algar, por exemplo. Mesmo que, por hipótese, imponha-se a essas três empresas que obedeçam ao que foi inserido no manual da Telefônica ou da Oi, já estaria caracterizada nítida irregularidade nesse tratamento não isonômico com a Claro, a Tim e a Algar.

430. Essa conduta da agência atenta contra os princípios de impessoalidade, igualdade, razoabilidade, legalidade, devido processo legal e finalidade, previstos no art. 38 da LGT para a atuação da agência. Assim como não é razoável que cada TAC possua regras e metodologias de acompanhamento e fiscalização diferentes, não é aceitável que o instrumento que normatizará a forma e os métodos de acompanhamento de todos os TACs seja apresentado e discutido com somente

uma ou duas operadoras, em detrimento de todas as demais, que não tiveram a mesma oportunidade, ferindo a isonomia de tratamento às prestadoras exigida pelo inciso VI do art. 127 da LGT, e sem a devida transparência para com a sociedade e demais órgãos como o Ministério Público, frustrando sua capacidade de exercer o controle social e contrariando a finalidade do próprio ajuste de conduta e dos compromissos adicionais previstos no TAC.

431. Dada a abrangência das definições contidas nesse documento e seu possível impacto na eficácia e efetividade de todos os TACs da Anatel causa estranheza a opção da agência em não submeter a minuta desse manual à análise da sua Procuradoria nem a uma consulta pública com as empresas do setor que serão diretamente afetadas por esse manual.

432. Além disso, considerando que parte desse manual será inserido como anexo em cada TAC a ser assinado, é evidente que deve seguir os mesmos trâmites que o corpo e os demais anexos do TAC, quais sejam, negociação com as prestadoras interessadas e submissão à análise da Procuradoria antes do envio à apreciação do Conselho Diretor, nos termos do *caput* e do § 2º do art. 9º do RTAC (peça 101, p. 4)

433. O fato de parte desse manual conter normas gerais sobre a fiscalização de todos os TACs evidencia a dificuldade intrínseca em elaborar e apreciar esse manual no âmbito de um processo administrativo restrito a uma operadora. Propõe-se, pois, determinar à Anatel que:

a) instaure processo administrativo específico para elaborar, submeter à Consulta Pública e apreciar as cláusulas e condições gerais do manual de fiscalização dos TACs, incluindo procedimentos, critérios e parâmetros objetivos para ulteriores alterações, aplicáveis a todos os TACs a serem firmados pela agência, em virtude de a situação atual estar em desacordo com os arts. 38 e 42 e o inciso VI do art. 127 da LGT, Lei 9.472/1997;

b) no âmbito de cada processo de TAC, elabore e aprecie as cláusulas e condições específicas aplicáveis à fiscalização de seus termos, garantindo à prestadora diretamente afetada a oportunidade de enviar contribuições e sugestões e submetendo a minuta à Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à Anatel, por a situação atual estar em desacordo com o art. 38 e o inciso VI do art. 127 da LGT, Lei 9.472/1997.

VI. IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO DE DECLARAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO TAC E NA EXECUÇÃO DAS MULTAS E DO VALOR DE REFERÊNCIA DO TAC

434. Segundo o Regulamento de TACs, o descumprimento das metas e dos compromissos pactuados em cada TAC será sancionado com a aplicação de multas diárias, no caso de haver atraso, e com a execução do respectivo valor financeiro atribuído a essa meta ou a esse compromisso. Esse valor financeiro de sanção no caso de descumprimento é proporcional ao Valor de Referência do TAC. Nas próximas seções serão analisadas as irregularidades e as fragilidades relacionadas com esse procedimento de sanção.

VI.1. Fragilidades na definição do Valor de Referência de todos os TACs

435. O regulamento de TAC da Anatel, Resolução-Anatel 629/2013, define as seguintes condições:

‘Art. 13. O TAC deverá conter, dentre outras, as seguintes cláusulas:

(...) V - **multas aplicáveis pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos**, inclusive diárias pelo atraso na sua execução;

(...) VII - **Valor de Referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento**, nos termos previstos neste Regulamento; e,

(...) § 1º **A multa pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos deverá corresponder a uma fração do Valor de Referência do TAC.**

(...)

Art. 14. **O Valor de Referência a ser dado ao TAC, para fins de execução em caso de eventual descumprimento, corresponderá à soma dos valores das multas aplicadas e estimadas dos processos administrativos a que ele se refere** ou, caso não se trate de processo administrativo sancionador em trâmite, à estimativa da sanção que seria cabível pelo descumprimento objeto do ajustamento.’ (sem grifos no original)

436. Dessa forma, o TAC deve possuir um Valor de Referência (VR) , composto pela

soma das multas aplicadas mais as estimadas dos processos administrativos incluídos no acordo, que servirá como montante a ser executado em caso de descumprimento do TAC e também como base de cálculo para as multas aplicáveis em cada item do cronograma de investimentos e ações.

437. É necessário avaliar de forma geral a opção adotada pela Anatel em seu regulamento de TAC sobre o VR dos acordos conduzidos pela agência.

438. Conforme relatado, os TACs da Anatel são compostos por compromissos referentes ao ajustamento de condutas irregulares e compromissos adicionais. Assim, além de prever a correção de irregularidades na prestação de serviço que resultaram nas multas incluídas no TAC, a Anatel prevê que também sejam exigidas da operadora ações e investimentos adicionais que extrapolam as condutas irregulares, com vistas a ampliar o interesse público do acordo.

439. Diante da existência de dois tipos de compromissos, entende-se que o valor a ser executado judicialmente em caso de descumprimento do acordo, ou seja, o valor de referência (VR) do TAC, deveria também ser composto também por duas parcelas: uma vinculada ao ajuste das condutas irregulares, equivalente à soma das multas aplicadas e estimadas, e outra parcela específica vinculada aos compromissos adicionais, cujo valor seria definido pela Anatel de acordo com a materialidade e relevância das ações a serem executadas.

440. Entretanto, o regulamento de TAC da Anatel optou por considerar como VR somente a parcela da soma das multas, sem acrescentar nenhum montante adicional referente aos compromissos adicionais. Dessa forma, o VR correspondente ao montante das multas seria distribuído entre ambos os tipos de compromissos, de maneira que seu valor seria 'diluído' ou reduzido para cada compromisso.

441. Considerando que o VR corresponde ao valor total a ser executado em caso de descumprimento do TAC e que ele serve como base para definir as multas diárias de cada ação e investimento previstos no acordo, constatou-se que tal previsão do regulamento prejudica a efetividade do TAC e representa um risco e possível incentivo ao descumprimento do acordo, visto que reduz rigor das multas a serem aplicadas às operadoras em caso de descumprimento.

442. Essa forma de definição do VR pela Anatel já havia sido objeto de críticas pela própria Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE) no Parecer

própria Procuradoria Federal Especializada junto a Anatel (PFE), no Parecer 268/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU (peça 1, p. 15 a 17) :

189. Ou seja, no caso de eventual descumprimento do TAC, **o total das multas por esse inadimplemento (sem incluir as multas diárias) não será superior ao Valor**

de Referência. Ocorre que o Termo de Compromisso não abrange apenas a correção das condutas que implicaram a instauração dos PADO's substituídos pelo TAC, que nada mais são do que obrigações regulatórias que já deveriam ter sido cumpridas pela prestadora. O TAC abrange também os compromissos adicionais.

190. Assim, a prestadora, ao assinar o TAC, está obrigada a ajustar condutas, cujas respectivas irregularidades tiveram multas aplicadas ou estimadas em processos sancionadores, e a cumprir os compromissos adicionais. **Pode-se inferir, portanto, que o descumprimento de um número maior de obrigações (compromissos de ajustamento de conduta e adicionais) importará à prestadora um valor de multa correspondente apenas às infrações apuradas nos PADO's incluídos no TAC, sem considerar o montante de eventuais multas diárias.**

191. **Esta Procuradoria, inclusive, criticou essa forma de cálculo do Valor de Referência do TAC, previamente à aprovação pelo Conselho Diretor do texto final do Regulamento,** conforme se constata, a seguir, de trecho do Parecer nº 1071/2013/PFE-Anatel/PGF/AGU, in verbis:

(...)

223. A sugestão faz sentido, tendo em vista a dupla finalidade do TAC a ser celebrado pela Anatel com as empresas interessadas. Ora, como não pode o termo se reduzir a mero compromisso de ajuste da conduta desconforme, sob pena de se configurar como notificação para regularização (o que não se coaduna com a política sancionatória da Agência) , **o valor total do TAC deve incluir, além dos valores das multas substituídas (aplicadas ou estimadas) , o montante referente ao acréscimo obrigacional que deve a Anatel impor para que se celebre TAC em sua esfera.** (...) (sem grifos no original)

443. Assim, a PFE também criticou em diversos momentos o fato de o VR do TAC ser composto somente pelo valor das multas incluídas no TAC, desconsiderando a parcela a ser investida nos compromissos adicionais.

444. Embora constata-se a referida impropriedade na forma como a Anatel definiu,

nos arts. 13 e 14 do regulamento de TAC (RTAC) , os critérios que estabelecem o VR do TAC e o valor máximo a ser executado da operadora, desconsiderando do VR o montante previsto nos compromissos adicionais, verifica-se que tal decisão teve seu impacto reduzido pela forma como a agência estabeleceu as multas diárias dos

acordos. A agência definiu que essas multas diárias têm como valor mínimo do teto o dobro do valor do compromisso, de forma que se a operadora atrasar integralmente o cronograma de entrega de um compromisso, consumindo todo o prazo permitido, ela será multada em, no mínimo, o dobro do valor daquele compromisso.

445. Dessa forma, em caso de descumprimento de um compromisso, ainda que o seu valor a ser executado do TAC seja somente uma parcela do VR (o que foi criticado anteriormente e que poderia reduzir o interesse da operadora em cumprir o compromisso, prejudicando a efetividade do TAC) , as multas diárias, se aplicadas corretamente, considerando o peso e valor de cada compromisso, podem compensar essa distorção indevida do valor a ser executado do VR.

446. A PFE também demonstrou concordar com tal entendimento, conforme parecer transcrito acima, quando afirmou que ‘a multa diária servira, para os TAC's celebrados pela Agência, como forma de corrigir esse ‘abrandamento’ de sancionamento da prestadora que com ela firmar acordo’.

447. Embora existam na agência mecanismos que, se utilizados corretamente, permitem a compensação do problema constatado na definição do valor de referência dos acordos dada pelo regulamento de TAC da Anatel, verifica-se que ainda há o risco de um possível incentivo ao descumprimento do acordo e um prejuízo à efetividade do TAC.

448. Diante do exposto, propõe-se recomendar à Anatel que reavalie as condições estabelecidas nos arts. 13 e 14 do regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013, sobre a composição do valor de referência dos acordos, além de reavaliar os impactos que podem ser causados por tais dispositivos, visto que indevidamente limitam o valor máximo a ser executado no TAC, em caso de seu descumprimento, à soma das multas inseridas no TAC sem considerar o valor previsto para os compromissos adicionais, permitindo um possível incentivo ao descumprimento do acordo e um prejuízo à efetividade do TAC.

449. Para facilitar a compreensão do risco descrito anteriormente e enfatizado pela PFE, analisa-se o caso concreto do TAC da empresa Telefônica.

450. Embora o regulamento da Anatel estabeleça que o VR é a soma das multas do TAC, ele não define qual porcentagem dele deverá ser destinada aos compromissos adicionais, de maneira que tal decisão deve ser tomada pela agência em cada caso concreto. Para o TAC da Telefônica, a Anatel estabeleceu que 25% do VR seria destinado aos compromissos adicionais.

451. O total de multas incluídas na negociação do TAC corresponde a um montante de R\$ 2,86 bilhões, valor esse que se tornou o VR do referido TAC. Considerando o percentual de 25%, a parcela dos compromissos adicionais seria de aproximadamente R\$ 715 milhões (peça 45, mídia anexa arquivo 'Anexo III – SEI 1055103').

452. A penalização máxima dada a operadora por descumprimento integral de um compromisso do TAC é o VR do compromisso mais a soma das multas diárias por atraso, que possuem um teto de, no máximo, duas vezes o valor do VR do compromisso. Assim, em teoria e no pior dos cenários, o máximo a ser cobrado da empresa corresponde à três vezes o VR daquele compromisso. A partir dessa análise, o TAC da Telefônica tem as seguintes condições:

Figura 4 – Condições do valor de referência dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica

Fonte: elaboração própria a partir dos dados na peça 45, mídia anexa arquivo 'Anexo III – SEI 1055103'

453. Verifica-se que, em caso de ocorrência da penalização máxima permitida pelo regulamento de TAC, o descumprimento integral dos compromissos adicionais resultará em um pagamento de R\$ 2,14 bilhões pela operadora.

454. Considerando que, no caso da Telefônica, a Anatel previu um investimento de R\$ 1,6 bilhão de reais em compromissos adicionais, a penalização máxima descrita anteriormente de R\$ 2,14 bilhões aparenta ser suficiente para estimular o cumprimento do compromisso.

455. Entretanto, embora nesse caso concreto a proporção entre o compromisso e a

multa por seu descumprimento esteja adequada, o regulamento da Anatel permite que nem sempre seja esse o caso, sendo possível que a penalidade máxima prevista seja menor que o valor do projeto a ser executado pela operadora, prejudicando assim a efetividade do TAC.

456. É possível exemplificar tal situação, utilizando um caso hipotético, porém com base nos dados do caso concreto da Telefônica, conforme descrito a seguir.

457. Se, ao invés de adotar o percentual de 25%, a Anatel optasse por estabelecer que 18% do VR seria destinado aos compromissos adicionais (algo que poderia ser feito já que o regulamento permite a discricionariedade da escolha) , as condições apresentadas anteriormente na figura 4 passariam a ser:

Figura 5 – Condições do valor de referência dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica

458. Com a nova condição, em caso de ocorrência da penalização máxima permitida pelo regulamento de TAC, o descumprimento integral dos compromissos adicionais resultaria em um pagamento de R\$ 1,54 bilhão pela operadora.

459. Ocorre que o montante de investimento a ser realizado, de fato, pela operadora nos compromissos adicionais é definido com base nas regras do art. 19 do regulamento de TAC, não tendo relação alguma com a parcela do VR do TAC estabelecida pela Anatel como valor de referência para aquele compromisso específico e que servirá de base para as multas diárias.

460. Assim, o valor presente líquido do projeto da Telefônica de R\$ 1,6 bilhão seria superior ao valor máximo a ser cobrado da operadora em caso de descumprimento integral dos compromissos adicionais, de R\$ 1,54 bilhão, o que representa uma total falta de interesse público no acordo, visto que a empresa tem menos prejuízo ao simplesmente não realizar o compromisso e pagar a multa do que realizar o investimento previsto.

461. Ressalta-se ainda que essa penalização máxima pode ser bem menor, prejudicando ainda mais a efetividade do acordo, visto que seu valor máximo só seria aplicado se a empresa atrasasse o atingimento de todas as metas daqueles compromissos, não entregando nenhum deles ao final do TAC, e se a Anatel aplicasse o valor máximo das multas diárias, algo que pode não ocorrer se a agência decidir pelo descumprimento integral do item antes mesmo das

multas diárias atingirem o valor máximo aplicável, o que reduz ainda mais o ônus da sanção dada.

462. Diante do exposto, verifica-se que a forma como a Anatel regulamentou o Valor de Referência do TAC (VR) , sendo composto por somente a soma das multas incluídas no acordo sem considerar os dispêndios dos compromissos adicionais, reduz a penalização da operadora, beneficiando-a, e apresenta riscos à efetividade do TAC que poderiam ser mitigados ao garantir que a parcela do VR vinculada às metas daquele compromisso seja grande o suficiente para superar o valor do projeto a ser realizado de fato ou ao estipular um teto da soma das multas diárias que supere investimentos.

463. Esse entendimento foi enfatizado inclusive pela PFE (peça 1, p. 78) :

192. Por esse motivo, a multa diária servirá, para os TACs celebrados pela Agência, como forma de corrigir esse ‘abrandamento’ de sancionamento da prestadora que com ela firmar acordo.

193. Nesse sentido, o art. 26, II, do RTAC, estabeleceu que o montante da multa diária ‘terá como tem o equivalente ano mínimo 2 (duas) vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido’. Assim, **considerando que o valor da multa pelo descumprimento de itens de cronogramas representará uma fração do Valor de Referência do TAC, a multa diária, além de ‘forçar’ a compromissária a cumprir os deveres assumidos dentro dos prazos estabelecidos de comum acordo com a Anatel, também terá o propósito de estabelecer o sancionamento adequado pelo eventual descumprimento dos compromissos assumidos no TAC.** (sem grifos no original)

464. Dessa forma, propõe-se determinar à Anatel que, em todos os TACs conduzidos pela agência, garanta que a soma das sanções aplicáveis à operadora em casos de descumprimento de cada compromisso adicional do TAC, incluindo as multas diárias e a execução do Valor de Referência do item, seja superior ao montante previsto de investimentos para aquele item, sendo superior inclusive ao investimento previsto antes da aplicação do fator de desigualdade do regulamento de TAC, quando for adotado, em razão de a situação atual permitir uma possível falta de efetividade do TAC, estando em desacordo com os princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e nos arts 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

VI.2. Definição de índice ilegal de atualização do Valor de Referência de todos os TACs durante sua vigência

465. Como explicado na seção anterior, o Valor de Referência de um TAC é o

elemento básico para calcular as multas devidas pelo descumprimento de qualquer item do cronograma do TAC. Além disso, o VR corresponde ao valor que será executado em caso de descumprimento integral do TAC. Considerando que a duração do TAC pode ser de até quatro anos, observa-se a necessidade econômica de que tal valor seja atualizado ao longo de todos os anos em que viger o TAC, para evitar a desvalorização dos montantes a serem exigidos em caso de descumprimento.

466. Tanto a área técnica da agência (peça 93, p. 77) quanto a PFE/Anatel (peça 1, p. 43) opinaram pela atualização do valor de referência e das respectivas multas diárias durante toda a vigência do TAC pela Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) , pois esse é o índice definido pela legislação vigente para a atualização dos créditos das autarquias federais, conforme art. 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 c/c art. 37-A da Lei 10.522/2002.

467. Contudo, o Conselheiro Relator propôs atualizar o VR, durante a vigência do TAC, pelo Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGPDI da Fundação Getúlio Vargas) , justificando que, do contrário, seria como ‘considerar a empresa ainda em débito com o Poder Público’. Além disso, o Conselheiro alega que ‘as regras previstas no RTAC para desincentivar uma empresa a descumprir o TAC são muito mais rigorosas do que a penalização imposta pela correção dos valores das multas aplicadas (parte do Valor de Referência) pela SELIC’ (peça 93, p. 77-78) .

468. Na sessão do Conselho Diretor que apreciou e aprovou a minuta do TAC da Telefônica, em 27/10/2016, essa proposta de atualizar pelo IGP-DI foi colocada em votação e aprovada por maioria com votos favoráveis do Conselheiro Relator e de outros dois Conselheiros (peça 95, p. 2-3) .

469. Entende-se que permitir a atualização do VR do TAC pelo IGP-DI é uma evidente afronta à legislação vigente, que é taxativa em estabelecer a Selic como única taxa passível de ser aplicada para atualizar créditos de autarquias como a Anatel.

470. No caso dos TACs da agência, o valor de referência é composto justamente

470. NO CASO DOS TACS da agência, o valor de referência é composto justamente pela soma de multas, que seriam atualizadas pela Selic se o TAC não fosse firmado, e esse VR somente é utilizado para sancionar financeiramente as prestadoras que descumprirem o cronograma do TAC. É notório que, historicamente, o índice da Selic é superior ao do IGP-DI.

471. Dessa forma, não é cabível que seja economicamente mais vantajoso para uma prestadora firmar o TAC, descumprir integralmente e pagar o VR integral atualizado pelo IGP-DI depois de quatro anos do que não firmar nada e ter o valor total de suas multas atualizado pela Selic. Ambos os casos devem gerar a obrigação do pagamento do mesmo valor total de multas, independentemente da existência de multas diárias para sancionar atrasos de cronograma no TAC.

472. O argumento de que utilizar a Selic seria considerar as prestadoras ainda em débito com a União também não merece prosperar. Da maneira como o TAC foi construído, se a operadora cumprir integralmente todos os itens que forem pactuados ela não terá que desembolsar nenhum valor, independente de quanto é o valor de referência atualizado. Após firmar o TAC, o VR somente é usado nos casos em que há algum tipo de descumprimento e, justamente para esses casos, não é razoável que a prestadora obtenha alguma vantagem econômica que reduza o valor monetário das multas devidas.

473. Assim, propõe-se determinar à Anatel que inclua cláusula em todos os TACs estabelecendo atualização do Valor de Referência e de todas as multas diárias pela taxa Selic durante toda a vigência do TAC, por a situação atual estar em desacordo com art. 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 c/c art. 37-A da Lei 10.522/2002.

474. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

VI.3. Fragilidades na definição e no cálculo das multas diárias de descumprimento de itens de todos os TACs

475. O processo estabelecido pela Anatel em seu regulamento de TAC (RTAC) prevê a aplicação de multas diárias em caso de mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos. Sobre essa sanção, o art. 26, inciso II, do RTAC dispõe que a multa diária será, no mínimo, duas vezes o valor compromisso

RTAC dispõe que a multa diária será, no mínimo, duas vezes o valor comprometido previsto, não existindo limite máximo, que deve ser estipulado pela agência no próprio termo a ser assinado.

476. A importância de as multas diárias serem efetivas e rigorosas foi reforçado pela Procuradoria Especializada junto à Anatel (PFE) (peça 93, p. 12 e 13) :

‘12. O art. 26, II, do RTAC estabeleceu que o montante da multa diária ‘terá como teto o equivalente a, no mínimo 2 (duas) vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido’ (grifo nosso) . Assim, considerando que o valor da multa pelo descumprimento de itens de cronogramas representará uma fração do Valor de Referência do TAC, a **multa diária, além de ‘forçar’ a compromissária a cumprir os deveres assumidos dentro dos prazos estabelecidos de comum acordo com a Anatel, também terá o propósito de estabelecer o sancionamento adequado pelo eventual descumprimento dos compromissos assumidos no TAC;**

13. A redação do Regulamento permite que a **multa diária seja estipulada, para cada um dos itens de cronogramas, em patamares equivalentes a duas, três, quatro ou mais vezes o valor de multa que será aplicado ao mesmo item, conforme a importância do bem jurídico tutelado pela Agência. Não existe limite máximo do montante de multa diária a ser aplicado pelo descumprimento dos itens, apenas limite mínimo**, que não poderá ser inferior a duas vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido;’ (sem grifos no original)

477. Fica claro que, embora tenha um valor mínimo a ser respeitado (de duas vezes o valor do compromisso) , o total a ser aplicado como multas diárias pode ser de qualquer ordem de grandeza, dependendo da importância do bem jurídico tutelado pela Anatel.

478. Entretanto, avaliando os TACs já aprovados pela Anatel, verificou-se que a agência definiu como limite máximo a ser aplicado em multas diárias o dobro do valor de cada compromisso, tanto para o TAC da Telefônica (peça 45, mídia anexa arquivo ‘Anexo III – SEI 1055103’) quanto para o da Oi (peça 1, p. 22) . Ou seja, a **Anatel optou por adotar como teto das multas diárias para todos os compromissos exatamente o valor mínimo estabelecido pelo regulamento, dando um desconto máximo para as operadoras.**

479. Não foi possível identificar as razões e motivações de tal decisão que trouxe benefícios às operadoras e reduziu as penalidades cabíveis no TAC. Também não houve diferenciação pela Anatel do teto aplicável a cada compromisso de acordo com a sua importância e relevância para a sociedade, sendo a regra adotada pela agência a mesma para todos os compromissos.

480. A adoção de multas mais rígidas para aqueles compromissos de maior relevância é essencial para garantir o cumprimento de tais itens. Como exemplo, cita-se a multa diária sobre os compromissos adicionais, que será tratada com mais detalhes nas próximas seções do presente relatório, no caso concreto da empresa Telefônica.

481. Sobre essa multa, verificou-se que, em ambos os acordos aprovados, esses compromissos representam somente 25% do Valor de Referência do TAC. Isso significa que as multas serão calculadas com base nesse percentual, independentemente de quanto seja o montante a ser investido pela operadora. Dado que se trata de ações essenciais para o interesse público dos acordos, é necessário garantir que o teto da multa diária seja grande suficiente para incentivar o cumprimento do compromisso, não se limitando ao mínimo do estabelecido no regulamento, que é o dobro do valor do compromisso, como foi feito pela Anatel.

482. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que apresente ao TCU justificativa para a aplicação do valor mínimo regulamentar dado pela agência ao estabelecer o teto das multas diárias aplicáveis aos compromissos dos TACs já aprovados pela agência e para o estabelecimento de um critério único de limite máximo de multas diárias, independentemente da relevância do compromisso para a sociedade e da sua importância com relação ao demais compromissos do TAC, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da motivação, razoabilidade e do interesse público, previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999, no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 15 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, c/c o art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

483. Uma das fragilidades constatadas nesse cálculo foi apontada pela PFE, em seu parecer sobre o TAC de universalização da Telefônica (peça 1, p. 16), que afirmou haver a necessidade de que a Anatel reduzisse o tempo de atingimento do teto da multa diária dado que um prazo muito longo desestimulava o cumprimento da obrigação, ao reduzir o valor da multa por dia.

484. Em resposta à questão, a Anatel discorda da Procuradoria, alegando que se trata de uma decisão discricionária da agência e que a redução do prazo não traria impactos positivos, visto que a solução do problema em menos ou mais tempo após o atingimento do teto resultaria na mesma penalização para a operadora, não havendo estímulos para que fosse resolvido rapidamente (peça 2, p. 9) .

485. Entretanto, diferentemente do que alega a Anatel, um prazo longo para o atingimento do teto já representa um desestímulo, em si, para a operadora cumprir a obrigação rapidamente, visto que o valor total de multa aplicável seria distribuído entre os dias do extenso período, resultando em uma multa diária menor e, conseqüentemente, reduzindo a urgência da operadora em resolver o problema, já que a sanção por cada dia de atraso passa a ser mais branda.

486. Além disso, há outro fator agravante causado pela definição de um longo prazo de atingimento do valor máximo da multa diária, a saber.

487. O regulamento de TAC da Anatel estabelece:

‘Art. 26 - A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:

I - a multa incidirá desde o dia seguinte ao do inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, **até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor, o que ocorrer primeiro;**’

488. Assim, além da previsão de a multa diária será aplicada até o cumprimento da meta, o regulamento também prevê que a aplicação da multa diária será limitada até o momento da primeira decisão do Conselho Diretor da Anatel. Entretanto, não fica claro a que decisão o dispositivo se refere e se vale qualquer tipo de decisão pelo CD, inclusive preliminares e não conclusivas.

489. O risco é que a falta de clareza do dispositivo do regulamento possibilite a suspensão da aplicação da multa diária devido a qualquer decisão feita pelo Conselho Diretor, independentemente de ela trazer ou não elementos que justifiquem a suspensão da aplicação das multas. Além disso, ainda possibilita uma interpretação indevida de que o Conselho poderia suspender a aplicação da multa

diária por meio de decisão, sem estabelecer previamente os requisitos e critérios a serem respeitados e exigidos para tal escolha.

490. A interrupção da aplicação das multas diárias sem uma justificativa clara e motivada, com base em critérios técnicos, reduz a efetividade do TAC, já que a

penalização da operadora passa a ser mais branda, estimulando o atraso e o descumprimento das metas e prejudicando o interesse público do acordo.

491. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que, nos processos de TAC, apresente motivação e justificativa com base em critérios objetivos e técnicos para cada decisão que suspenda a aplicação de incidência da multa diária ou que limite a sua aplicação em momento anterior ao fim do prazo máximo estabelecido para o atingimento do teto da multa diária, adotando as medidas necessárias para garantir que, no caso de persistência do descumprimento mesmo após decisão do Conselho Diretor, haja o acompanhamento e eventual determinação posterior de complementação do pagamento, em razão de a situação atual estar em desacordo com os princípios da legalidade, motivação e interesse público previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999 c/c o art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e os arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

492. O referido dispositivo do RTAC ainda apresenta um risco ao processo visto que, em caso de decisão pelo Conselho antes do final do TAC, haveria a chance de nunca se atingir o valor máximo da multa diária para uma meta específica. Isso porque com o prazo extenso, há a chance de o Conselho Diretor emitir decisão que interrompa a aplicação de multa diária antes que o teto seja alcançado, reduzindo assim a multa diária e as sanções aplicadas à operadora.

493. Essa situação foi relatada e exemplificada pela própria PFE (peça 1, p. 16) :

‘202. Por exemplo, se determinada **multa diária tem seu teto alcançado apenas mil dias após o descumprimento**, e o **Conselho julga o processo de aplicação da multa diária no 100º dia**, a multa diária apenas **alcançaria 10% do teto estabelecido**. **Embora** 100 dias de atraso possa representar um **atraso de até mais de 1/4 do prazo para o cumprimento da obrigação** (se fosse de um ano, por exemplo) .’

494. Ressalta-se que, conforme explicado anteriormente, o máximo de penalidade que a operadora irá receber por descumprimento será o valor das multas que já deveria pagar à Anatel antes do TAC, de forma que a multa diária constitui o único

deveria pagar a Anatel antes do TAC, de forma que a multa diária constitui o único mecanismo de estímulo ao cumprimento efetivo das obrigações do TAC. Assim, é necessário que seja um instrumento bem calculado e com peso significativo na penalização da operadora, algo que aparenta não estar ocorrendo nos processos conduzidos pela Anatel, em face das evidências de ineficiência da multa diária como meio para assegurar o interesse público.

495. Assim, diante da possibilidade de baixa efetividade das multas diárias a serem aplicadas às operadoras, devido aos longos prazos de até quatro anos e meio até a penalização máxima, e considerando a importância desse instrumento no modelo optado pela Anatel, **verificam-se falhas no processo de definição e acompanhamento das multas diárias do TAC que podem trazer prejuízo ao interesse público**. Propõe-se, pois, recomendar à Anatel reduzir o prazo máximo de atingimento do teto de cada multa diária prevista nos TACs, com vistas a garantir que as multas diárias sejam um mecanismo eficaz de estímulo ao cumprimento efetivo e tempestivo das obrigações do TAC.

VI.4. Fragilidades no procedimento administrativo de declaração de descumprimento de todos os TACs

496. O regulamento e as minutas dos TACs já aprovados até o momento, tanto da Oi (peça 3) quanto da Telefônica (peça 4), preveem que a multa diária ‘incidirá desde o dia seguinte ao do inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor (CD), o que ocorrer primeiro’. O regulamento ainda fala que a decisão do CD não prejudicará posterior complementação da multa diária em caso de persistência do descumprimento.

497. Diante dos dispositivos citados, verifica-se que a multa diária será aplicada até que a operadora cumpra o compromisso ou até que o CD se pronuncie sobre o descumprimento da obrigação. Entretanto, verifica-se que o regulamento fala de uma primeira decisão do conselho, deixando claro que não se trata de decisão definitiva.

498. Ocorre que a minuta do TAC não estabelece em que momento será avaliado de forma definitiva o cumprimento de uma obrigação. Embora cada obrigação tenha um prazo previsto de execução, não está definido de forma clara qual o marco temporal para que aquela obrigação seja cumprida.

499. Verifica-se que não apenas não está previsto o prazo definitivo de cumprimento ou não de cada obrigação, mas também a multa diária foi estipulada pela Anatel com um longo prazo de atingimento do valor máximo, algo já criticado na presente instrução, se estendendo até o final do período de quatro anos e seis meses do

TAC, como pôde ser verificado tanto na minuta da Oi quanto da Telefônica (peças 3 e 4) .

500. A minuta do manual de fiscalização do TAC da Oi, por sua vez, estabelece que qualquer item do TAC somente será definitivamente considerado descumprido se não for concluído no prazo de seis meses após o término da vigência do TAC (peça 97, p. 11) , repetindo previsão constante do art. 28 do regulamento de TAC. Assim, a aplicação e execução da respectiva multa proporcional ao Valor de Referência do TAC são iniciadas apenas após essa decisão (peça 97, p. 11-12) .

501. Embora a Anatel afirme que há pontos de controle ao longo do TAC, isso confirma o indício de que o processo de avaliação de descumprimento de cada obrigação, postergará a decisão de descumprimento ou não de cada item até a análise final do TAC, perdendo, assim, a efetividade do acompanhamento e desestimulando a operadora a cumprir no prazo certo a obrigação, visto que não será declarado o descumprimento do item até o final do acordo.

502. Além disso, considerando o histórico de tempo elevado de tramitação média dos processos administrativos da agência, mesmo essa decisão final de descumprimento pode se arrastar por anos nas instâncias internas da Anatel, reduzindo ainda mais a efetividade do TAC firmado. Isso nitidamente fere o interesse público do instrumento, que visa trocar multas já constituídas por compromissos de investimento e de ajuste de conduta.

503. Nesse caso de uma tramitação demorada, na verdade terá havido uma postergação da cobrança de multas milionárias já aplicadas, o que não traz nenhuma vantagem para o erário ou a sociedade, mas traz benefícios indevidos para as empresas, uma vez que elas não pagam as multas originais, que, por sua vez, são arquivadas no momento da assinatura do TAC pela Anatel, postergam os investimentos prometidos e ainda retardam o pagamento das multas, de valor igual ou inferior, relativas ao descumprimento do TAC. Soma-se a isso o fato de que tais valores serão atualizados durante a vigência do TAC pelo IGP-DI (peça 93, p. 77-78) , índice historicamente inferior à Selic, que é atualmente usada para corrigir o valor

monetário das multas por força do art. 61, §3º, da Lei 9.430/1996 c/c o art. 37-A da Lei 10.522/2002, conforme discutido na seção VI.2.

504. Assim, as próprias prestadoras terão todo o interesse, por ser economicamente vantajoso para elas, em um deslinde demorado, de anos ou décadas, como ocorre nos atuais processos de Pados administrados pela Anatel, fato que já foi motivo de crítica no Acórdão 2.106/2006-TCU-Plenário, que registrou um tempo médio de quatro anos de tramitação dos referidos processos, e o Acórdão 3.311/2015-TCU-Plenário, que mencionou vários casos com mais de cinco ou seis anos.

505. Além disso, o regulamento de TAC da agência permite que a operadora firme novo TAC durante o período em que estiver tramitando o processo de apuração do descumprimento, possibilitando que essa apuração se alongue ainda mais com o acúmulo de diferentes TACs da mesma empresa para serem acompanhados e sancionados simultaneamente pela Anatel.

506. Essa preocupação também já constava da contribuição enviada pelo Procurador do MPF Alexandre Gavronski à consulta pública da elaboração do RTAC (peça 107, p. 3) :

‘À luz dessas preocupações tenho algumas críticas/sugestões/propostas específicas:

1) a regulamentação do TAC propostas pela ANATEL, desconsiderando que ele próprio é um **título executivo que deve prever cominações** (art. 5º, §6º, LACP) , disciplina as sanções com a terminologia ‘será aplicada multa’, como se a incidência da multa dependesse de decisão do Conselho. **A multa do TAC deve integrar o próprio título executivo e tem finalidade cominatória**, ou seja, assegurar o cumprimento. **Não deve depender de nenhuma nova decisão**. Assim, da regulamentação é importante que conste redação bem diversa, algo do tipo: ‘Deverá constar como cláusula obrigatória do TAC a previsão de multa cominatória equivalente a ...’. E não ‘Será aplicada multa: ...’

[...]

5) justamente pelo que externei na primeira preocupação e pelas **previsíveis dificuldades e demora para a emissão da Certidão de Descumprimento do TAC, a proibição de novo TAC deve ser de prazo bem superior a 4 anos**.

Proponho o critério máximo da Lei de Improbidade Administrativa para proibir contratação com o poder público, pois a concessionária deixou de pagar multa de que era devedora e não cumpriu acordo que ela própria se dispôs a cumprir: 10 anos. Também **sugiro previsão que impeça a celebração de novo TAC enquanto**

pende apuração de descumprimento de anterior, discutindo-se se é o ou não caso de emissão da Certidão de Descumprimento. Isso **impede que a empresa eternize a discussão administrativa sobre descumprimento.**' (grifos diferentes do original)

507. O fato de não estar previsto o marco temporal de declaração de descumprimento para cada compromisso, sendo avaliado definitivamente somente ao final do TAC, reduz a efetividade da atuação da agência e aumenta o risco de o acordo não ser cumprido, o que novamente levanta dúvidas se há interesse público em celebrar um TAC nesses termos.

508. Desta forma, propõe-se:

a) determinar à Anatel que estabeleça nas minutas de TACs conduzidos pela agência a previsão de declarar o descumprimento de itens do cronograma pactuado no TAC mesmo antes do término da vigência do respectivo TAC, de forma a aumentar os incentivos para o cumprimento tempestivo das metas e dos compromissos pactuados no TAC, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

b) recomendar à Anatel que altere seu regulamento para estabelecer a impossibilidade de celebrar novo TAC com uma prestadora enquanto ainda estiver em tramitação os processos de apuração de cumprimento ou não de TAC firmado anteriormente com essa prestadora, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

509. Ainda prevê a minuta do manual da Oi (peça 97, p. 9) e o manual aprovado da Telefônica (peça 126, p. 1) que serão instaurados diversos processos administrativos de acompanhamento, a serem submetidos a julgamento pelo Conselho Diretor seguindo o trâmite processual comum a todos os demais

Conselho Diretor seguindo o trâmite processual comum a todos os demais processos administrativos. Ou seja, o trâmite dos processos de acompanhamento dos TACs será idêntico ao trâmite processual de qualquer outro processo administrativo da Anatel.

510. No âmbito desses processos é que será apurada, calculada e aplicada as respectivas multas diárias.

511. Entretanto o TAC não deve ser tratado como um processo comum da agência, pois sua principal diferença reside no fato de ser um instrumento de exceção que gera um título executivo extrajudicial, o que garante maior celeridade para a cobrança dos valores devidos. Não é cabível que a apuração dos eventuais descumprimentos do TAC seja sujeita a prazos tão alongados.

512. Essa previsão fragiliza a propalada maior celeridade do TAC, tanto na fase de acompanhamento da execução dos investimentos e compromissos quanto na fase de quantificação e aplicação das sanções, tendo em vista as diversas instâncias passíveis de recursos e o histórico do tempo médio de tramitação de processos administrativos na Anatel, conforme já abordado em trabalhos anteriores do TCU, como o Acórdão 2.106/2006-TCU-Plenário, que registrou um tempo médio de quatro anos de tramitação, e o Acórdão 3.311/2015-TCU-Plenário, que mencionou vários casos com mais de cinco ou seis anos.

513. Ressalte-se que isso se aplica também às sanções aplicadas ao final do TAC pelo descumprimento de obrigações, pois nas minutas de TAC (peça 4, p. 9-11) há o exato texto e, portanto, definição do trâmite processual, previsto no Regulamento de Sanção da Anatel, Resolução-Anatel 589/2012.

514. Entende-se que a conversão da aplicação de multas e da execução do descumprimento do TAC em um trâmite processual normal de sanção da Anatel pode retirar o benefício original do acordo que justificaria o interesse público e descaracterizar os processos de TAC em andamento como termos de ajuste de conduta efetivos, definidos na doutrina, em que há a execução direta do valor de referência do termo, retirando a efetividade do TAC, visto que se estaria trocando multas já em trâmite na agência por um novo processo idêntico de multas com o mesmo valor, porém quatro anos depois.

515. Assim, verifica-se que há irregularidades no trâmite processual definido pela Anatel nas minutas de TAC analisadas com relação à execução do Valor de

Anatel nas minutas de TAC analisadas com relação a execução do valor de Referência dos acordos em caso de descumprimento. Por isso, propõe-se determinar à Anatel que, para os processos administrativos de acompanhamento e fiscalização do cumprimento das metas e obrigações pactuadas nos TACs, estabeleça um procedimento mais célere do que o previsto para os processos

sancionatórios comuns da Anatel, tornando o prazo de acompanhamento e sanção dos TACs compatível com a celeridade e efetividade exigida do processo de execução de títulos extrajudiciais, visto que as multas previstas no TAC são de natureza cominatória, por as minutas dos TACs e dos manuais de fiscalização estarem em desacordo com o § 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985, e com os princípios de celeridade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, nos arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997, e no parágrafo único do art. 36 do Regimento Interno da Anatel.

VI.5. Fragilidades devido ao arquivamento dos processos sancionatórios após a assinatura de todos os TACs

516. É importante destacar que todas as irregularidades e os riscos apontados anteriormente são agravados ao se avaliar o modelo estabelecido pela Anatel no RTAC, art. 11, §3º, segundo o qual todos os processos sancionatórios que originaram o TAC serão arquivados após a assinatura do termo, o que significa que os processos deixarão de existir, permanecendo só o processo do TAC. Essa escolha da Anatel traz maiores responsabilidades na garantia da celeridade e da efetividade da condução do TAC

517. Assim, o acordo deve ter mecanismos de punição e estímulos à execução fortes, dado que após a sua assinatura, ainda com o descumprimento das obrigações pactuadas, não haverá mais como efetuar o acompanhamento da conduta a ser corrigida nos respectivos processos originais.

518. Ressalta-se que a opção da Anatel pelo arquivamento dos processos já na assinatura nos termos, previsão estabelecida em seu Regulamento de TAC pelo Conselho Diretor, contraria a prática comum de outras agências reguladoras, como a ANS (art. 4º, § 1º, e art. 6º da Resolução de Diretoria Colegiada ANS 57/2001) , a ANTAQ (art. 23, § 2º, da Resolução ANTAQ 987/2008) e a ANAC (art. 6º, § 5º, da Resolução ANAC 199/2011) , na qual os processos são apenas suspensos durante a tramitação dos TACs, e somente ao final do prazo do termo, se esse foi cumprido

pela empresa, é que as multas originais são arquivadas.

519. Assim, propõe-se recomendar à Anatel que avalie a conveniência e a oportunidade de alterar o regulamento que disciplina a celebração de TACs no âmbito da agência para prever que os processos sancionatórios incluídos no instrumento de ajuste sejam suspensos durante a vigência do acordo, sendo arquivados apenas após a verificação do cumprimento das respectivas obrigações de correção de conduta e compromissos adicionais, com vistas a aprimorar os mecanismos de punição por descumprimento e ampliar os estímulos à execução integral do TAC.

VII. IRREGULARIDADES E DANO AO ERÁRIO DE PELO MENOS R\$ 137,7 MILHÕES NOS DISPOSITIVOS DA MINUTA DE TAC DA OPERADORA TELEFÔNICA

520. Na reunião de 27/10/2016, o Conselho Diretor da agência aprovou a minuta do termo de ajustamento de condutas da operadora, englobando os temas de universalização, qualidade, interrupções, direitos e garantias dos usuários e fiscalização. O CD determinou à área técnica da Anatel que analisasse e atualizasse diversas informações e dados: detalhes dos projetos propostos pela operadora; a necessidade de retirar ou incluir novos Pados no TAC; o cumprimento de obrigações de edital de licitação; e atualização do valor de referência e das multas por descumprimento do TAC. O Conselho ainda determinou a elaboração do manual de fiscalização do TAC (peça 95) .

521. Registre-se que, da mesma forma que outros TACs aprovados ou em tramitação na agência, o termo a ser assinado com a Telefônica também padece das fragilidades, inconsistências e irregularidades apontadas nas seções I a III da presente instrução e objeto das respectivas propostas de deliberações do TCU. Além disso, outros pontos específicos merecem destaque, conforme será abordado nas seções a seguir.

VII.1. Irregularidades nas metas e nos projetos referentes à correção das condutas infringidas pela Telefônica entre 2002 e 2016

522. Como correção da conduta infringida e sancionada no âmbito dos Pados incluídos no TAC e instaurados entre 2002 e 2016 (peça 124) , a operadora compromete-se a adotar uma série de ações. Além disso, a versão do TAC aprovada pelo Conselho Diretor prevê a realização de diversos investimentos e

aprovada pelo Conselho Diretor prevê a realização de diversos investimentos e projetos como parte da correção de conduta da operadora (peça 96, p. 19-32) :

a) ampliação do SMP em municípios com cobertura: implantação de 1.200 estações de rádio base (ERBs) 3G e 4G em cidades escolhidas pela Telefônica e que já são

atendidas por ela própria usando essa tecnologia (peça 96, p. 19) ;

b) ampliação da capacidade móvel em municípios com cobertura: implantação de 4.000 portadoras de estações de rádio base (ERBs) 3G e 4G em cidades escolhidas pela Telefônica e que já são atendidas por ela própria usando essa tecnologia (peça 96, p. 20) ;

c) implantação de ERBs 3G em municípios atendidos somente por 2G: implantação de uma estação de rádio base (ERBs) 3G em cada uma das cidades escolhidas pela operadora, que são atendidas somente por outras operadoras usando tecnologia 2G e que não constam das listas de obrigações editalícias de implantar 3G da Telefônica (peça 96, p. 20-21) ;

d) opticalização de sites: conectar 420 ERBs com fibra óptica até o próprio *backbone* da Telefônica (peça 96, p. 21-22) ;

e) ampliação do *backbone* nacional: implantar 7.200 km de *backbones* adicionais, até as cidades escolhidas pela operadora (peça 96, p. 22) ;

f) modernização do core da rede: substituir sessenta centrais telefônicas e instalar quarenta novos equipamentos de transmissão (peça 96, p. 23) ;

g) atualização da planta residual de orelhões: habilitar novas formas de pagamento em todos os orelhões que forem mantidos após a revisão do modelo de concessão e de universalização, embora na época da aprovação da minuta do TAC não houvesse uma decisão definitiva sobre qual seria essa quantidade (peça 96, p. 23-24) ;

h) solução 900 MHZ: implantação de uma estação de rádio base (ERBs) 4G em cada uma das cidades escolhidas pela operadora, que não são atendidas por 4G (peça 96, p. 24) ;

i) sistema integrado de telefonia fixa: implantação de plataforma de atendimento para os usuários de serviços de telefonia fixa (peça 96, p. 25-27) ;

j) sistema integrado de telefonia móvel: implantação de plataforma de atendimento para os usuários de serviços de telefonia móvel dos planos pós-pago e controle, além de adequar a plataforma do pré-pago (peça 96, p. 27-29) ;

k) aplicativo digital para pessoas físicas e corporativas: disponibilizar funcionalidades por meio de aplicativo (peça 96, p. 30-31) .

523. Entretanto, foram identificadas fragilidades, inconsistências e irregularidades tanto na definição quanto na futura implantação desses projetos e ações de correção de conduta, que inviabilizam a assinatura do TAC nos termos em que foi aprovado entre a operadora Telefônica e a Anatel.

VII.1.1. Ações de correção de conduta que infringem leis e regulamentos vigentes

524. Entre as ações de correção de conduta, a prestadora compromete-se a adotar medidas que contrariam o RTAC e o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) , Resolução-Anatel 632/2014, e até mesmo a Lei 10.703/2003. Uma delas é o fato de que a Telefônica afirma que um dos seus projetos será a simplificação de cadastro, que exigirá dos novos clientes somente a informação do número do seu CPF. Contudo a Lei 10.703/2003 exige que sejam registrados outros dados pessoais, como nome e endereço completos, de todos os usuários de telefonia (peça 94, p. 30-31) .

525. A minuta de TAC também prevê uma diferença no ressarcimento dos usuários, de acordo com o serviço prestado, sem que seja apresentada nenhuma justificativa. Segundo o documento, o ressarcimento de cobranças indevidas feitas pela Telefônica aos seus clientes será realizado através do depósito do valor no Fundo de Direitos Difusos (FDD) , no caso da telefonia fixa, e da concessão de minutos para falar somente com outros usuários da própria operadora Telefônica, no caso dos clientes pré-pagos de telefonia móvel que não possuem planos ilimitados (peça 96, p. 8) .

526. Todavia, o inciso I, § 1º, do art. 17 do regulamento de TAC determina que as medidas de reparação aos usuários atingidos devem ser feitas seguindo a regulamentação vigente da agência. O art. 85 do regulamento da Anatel relativo aos direitos dos consumidores, o RGC, estabelece que os clientes afetados devem ter o valor pago devolvido em dobro, acrescido de correção monetária e juros de 1% ao mês *pro rata die*. De acordo com o art. 89 do RGC, somente após tentativas de localizar e ressarcir o usuário é que a prestadora pode encaminhar o valor

localizar e ressarcir o usuário e que a prestadora pode encaminhar o valor correspondente ao FDD (peça 94, p. 38-41) .

527. Quanto ao uso do crédito devido ao usuário, não há qualquer limitação ao seu uso no texto do RGC. Pelo contrário, o parágrafo único do art. 85 prevê que o

consumidor poderá escolher se prefere receber uma compensação na fatura, receber créditos com validade mínima de noventa dias ou o pagamento via sistema bancário.

528. Além disso, o direito de ressarcimento pertence ao usuário e a Anatel não possui competência legal para negociar esse direito no âmbito do TAC nos moldes em que foi realizado. Cabe ressaltar que a proposta da operadora Telefônica exclui do ressarcimento todos os clientes afetados que possuem planos pós-pagos e planos pré-pagos ilimitados, sem nenhuma fundamentação legal ou justificativa para isso.

529. No caso dos ressarcimentos por interrupções ocorre o mesmo: a minuta de TAC prevê o depósito do valor referente ao STFC no FDD e a concessão de minutos para falar com a mesma operadora, no caso dos clientes pré-pagos de telefonia móvel que não possuem planos ilimitados (peça 96, p. 8-9) .

530. Esses dispositivos da minuta do TAC também contrariam o estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) , Lei 8.078/1990, no *caput* do seu art. 42: 'O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável'.

531. Assim, cabe determinar à Anatel que adeque todos projetos e ações de correção de conduta previstos na minuta do TAC da Telefônica às disposições das leis e regulamentos vigentes, de forma a não prever no TAC obrigações que contrariem a legislação, incluindo alterações nas cláusulas que tratam sobre:

a) informações mínimas exigidas no cadastramento de novos usuários de telefonia móvel pré-paga, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei 10.703/2003;

b) ressarcimento das interrupções de serviço e das cobranças indevidas feitas pela Telefônica aos seus clientes, em razão de a situação atual estar em desacordo com o parágrafo único, art. 42 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) , Lei

8.078/1990, e com o inciso I, § 1º, do art. 17 do Regulamento de TAC c/c os arts. 85, parágrafo único, e 89 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) , Resolução-Anatel 632/2014.

VII.1.2. Alterações em obrigações previstas em editais de licitações

532. O projeto solução 900 MHz, propostos pela Telefônica, destina-se a compensar o não cumprimento de obrigações de cobertura impostas pelo edital de licitação de frequências Anatel 2/2010/PVCP/SPV (peça 108) . Na época em que arrematou os lotes, a prestadora comprometeu-se a oferecer o serviço de telefonia móvel operando na faixa de frequência de 900 MHz em 141 municípios, tendo apresentado garantia de execução desse compromisso em valor proporcional ao necessário para cumprir essas obrigações (peça 93, p. 55) .

533. A garantia de execução dos compromissos de abrangência não se confunde com a garantia de manutenção da proposta de licitação, embora ambas sejam exigidas pelo edital do certame. A garantia de proposta é destinada a assegurar que seja possível sancionar a licitante vencedora se ela desistir injustificadamente antes de assinar o contrato, no caso, chamado de termo de autorização.

534. Por sua vez, a garantia de execução dos compromissos de abrangência destina-se a assegurar que, caso a licitante vencedora não cumpra os compromissos de investimentos e de prestação do serviço de telecomunicações nas condições previstas no respectivo edital de licitação, a Anatel possa resgatar esse valor financeiro celeremente, além de aplicar demais sanções devidas em outro processo administrativo.

535. Contudo, a Telefônica não cumpriu tal obrigação editalícia de 2010, alegando que tais cidades já são atendidas com tecnologias 3G e 4G em outras faixas de frequência. Na minuta do TAC, foi pactuado que a operadora atenderá outros 152 municípios, cobrindo no mínimo 20% da área urbana do respectivo distrito sede com tecnologia 4G, e devolverá a faixa de 900 MHz para a Anatel. Em troca, a agência estabeleceu que devolverá à prestadora a garantia de execução dos compromissos de abrangência, assegurada desde a licitação em 2010, após a assinatura do TAC (peça 95, p. 2) .

536. Cabe destacar que, de acordo com a minuta do TAC, a escolha desses 152 novos municípios foi feita pela operadora, sendo permitida a sua substituição por outras cidades durante a vigência do TAC (peça 96, p. 24) , e que a cobertura que

será disponibilizada pode se resumir a instalação de uma antena por município (peça 96, p. 24) , afetando a qualidade e a abrangência do serviço 4G oferecido pela prestadora nessas localidades.

537. Além disso, essa postergação e alteração do investimento previsto no edital de licitação gera um benefício financeiro à operadora, uma vez que os valores a serem desembolsados com a instalação de infraestrutura em 141 municípios entre 2011 e 2016 foram estimados e descontados do preço mínimo cobrado pela Anatel aos licitantes, seguindo a metodologia do fluxo de caixa descontado. Dito de outra forma, o valor arrecadado pela União com a venda de lotes de 900 MHz para a Telefônica seria maior se estivesse previsto que os investimentos seriam feitos mais de sete anos após a licitação e, ainda, em outras cidades, e com outra faixa de frequência.

538. Mesmo a devolução dos lotes em 2017 não elimina o prejuízo, porque, se a Telefônica não tinha interesse em atender a essas cidades com essa faixa de frequência na época, haveria a possibilidade de que outra operadora adquirisse tais lotes e já estivesse utilizando-os para prestar o serviço de telefonia móvel com maior qualidade e capacidade.

539. Conforme previsão editalícia, a Anatel tinha o dever de executar tais garantias quando constatou que a prestadora não tinha interesse em cumprir nenhuma das obrigações do edital, uma vez que a exigência dessas garantias em uma licitação destina-se exatamente para a sanção das empresas que não cumprem com os termos do edital (peça 108, p. 23-25) :

‘Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-ANATEL

10.4. O **cumprimento dos Compromissos de Abrangência** previstos nos Termos de Autorização **está coberto pelas garantias de execução** dos Compromissos de Abrangência previstos no presente Edital, sem prejuízo das sanções a serem aplicadas em face das disposições regulamentares.

[...]

10.7.1. A Proponente vencedora ou **Autorizada**, de acordo com a opção adotada de **apresentação da (s) garantia (s) de execução dos Compromissos de Abrangência, deve revalidá-la (s)** até 5 (cinco) dias antes do término do respectivo prazo de validade, prorrogando sua validade por períodos mínimos de 12 (doze)

meses, devendo obrigatoriamente **compreender o período de análise do cumprimento dos compromissos pela Anatel, até sua conclusão e emissão do referido atestado.**

[...]

10.12. O **não cumprimento total ou parcial dos compromissos assumidos** relativos aos Compromissos de Abrangência **poderá implicar na caducidade da Autorização** para exploração do SMP ou da Autorização para Uso de Radiofrequências, além da **execução da (s) garantia (s) de execução dos Compromissos de Abrangência apresentadas, proporcionalmente aos compromissos assumidos e não cumpridos**, em relação à quantidade de municípios resultante dos Compromissos de Abrangência do lote considerado, observando-se a opção efetuada nos termos do item 10.7.' (sem grifos no original)

540. Entretanto a Anatel não executou essa garantia, mesmo passados sete anos da data do certame, nem apresentou qualquer justificativa aceitável para isso. Pelo contrário, a agência ainda possibilitou que tal obrigação editalícia fosse alterada substancialmente e incluiu no presente TAC em discussão tanto a multa de descumprimento quanto a garantia de execução dos compromissos. Entende-se que, em nenhuma hipótese, seria cabível a Anatel transacionar a execução das garantias previstas em edital de licitação, ainda que fosse possível incluir eventuais multas de descumprimento no âmbito do TAC sem contrariar o interesse público.

541. A não execução da garantia e o não cumprimento dos compromissos editalícios por parte da empresa traz um benefício financeiro indevido a mesma, já que os investimentos associados aos compromissos editalícios foram descontados do cálculo do preço mínimo do lote arrematado pela Telefónica na respectiva licitação.

542. Em que pese o Conselho Diretor ter aumentado o valor previsto para a multa de descumprimento dessa obrigação na minuta de TAC, **não é razoável permitir a liberação da garantia editalícia de execução de compromissos sem o respectivo cumprimento das obrigações previstas no edital de licitação nem incluir obrigações diferentes no âmbito do TAC, substituindo um instrumento de maior liquidez financeira por um processo mais burocrático, conforme relatado na seção V.2 da presente instrução. Trata-se de uma violação explícita do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, além de prática antieconômica e lesiva ao interesse e aos cofres públicos.**

543. Além de aceitar transacionar com os compromissos previstos em edital de licitação de 2010, o Conselho Diretor da Anatel aprovou a inclusão, no âmbito do TAC da Telefônica, de outros compromissos editalícios (peças 97, p. 13; 114, p. 3; 115) referentes ao Editais de Licitação 2/2007-SPV-Anatel (peça 117) e 2/2012/SPV-Anatel (peça 116) , ampliando irregularmente os prazos de cumprimento de tais obrigações neles previstas sem a respectiva execução da garantia ou a aplicação de qualquer multa ou sanção, conforme previsto originalmente nos referidos editais (peça 116, p. 25-26, 29, 60; peça 117, p. 10) .

544. Conforme discutido no caso do edital de 2010, a permissão da Anatel para a postergação do investimento pela operadora representa um benefício financeiro ilegal, além de desrespeitar os respectivos editais de licitação e a própria LGT:

‘Art. 136 [...]

§ 3º Dos **vencedores da licitação** será **exigida contrapartida** proporcional à vantagem econômica que usufruírem, **na forma de compromissos de interesse dos usuários**.

Art. 137 O **descumprimento** de condições ou **de compromissos assumidos**, associados à autorização, **sujeitará a prestadora às sanções de multa, suspensão temporária ou caducidade.**’ (sem grifos no original)

545. Assim, propõe-se determinar à Anatel que:

a) justifique ao TCU porque não foi executada nenhum das garantias apresentadas pela Telefônica para execução dos compromissos de abrangência do Serviço Móvel Pessoal (SMP) dos Editais de Licitação 2/2007-SPV-Anatel, 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e 2/2012/PVCP/SPV-Anatel e cobrada as respectivas multas previstas no edital, encaminhando os documentos produzidos em cada época que justifiquem tal ausência de ação por parte da agência, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 136, § 3º, e 137 da LGT, Lei 9.472/1997, c/c a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel;

b) adote as medidas previstas na cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, nas cláusulas 10.4 e 10.12 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e

nas cláusulas 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel, tendo em vista o não cumprimento dos Compromissos de Abrangência editalícios devidos pela Telefônica no prazo exigido, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 136, § 3º, e 137 da LGT, Lei 9.472/1997, c/c a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel;

c) caso ainda não existam, instaure, no prazo de 120 dias, processos sancionatórios específicos para apurar a conduta da Telefônica de não cumprir os compromissos de abrangência exigidos nos Editais de Licitação 2/2007-SPV-Anatel, 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e 2/2012/PVCP/SPV-Anatel, para possibilitar a aplicação das demais eventuais sanções devidas, como multas e caducidade da autorização para uso de radiofrequências, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 136, § 3º, e 137 da LGT, Lei 9.472/1997, c/c a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel;

d) retire do TAC da Telefônica todos os processos administrativos correspondentes ao descumprimento dos compromissos de abrangência exigidos nos Editais de Licitação 2/2007-SPV-Anatel, 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e 2/2012/PVCP/SPV-Anatel, além das respectivas ações e projetos relacionados a essas condutas irregulares, por a situação atual estar em desacordo com os arts. 136, § 3º, e 137 da LGT, Lei 9.472/1997, c/c a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel.

546. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

VII.1.3. Projetos genéricos e/ou incompletos para a correção das condutas irregulares

547. A minuta do TAC prevê que a operadora implementará diversos projetos visando a melhoria da qualidade da telefonia móvel. Contudo, causa estranheza que

visando a melhoria da qualidade da telefonia móvel. Contudo, causa estranheza que partes intrínsecas de um mesmo projeto de instalação de infraestrutura de telecomunicações sejam consideradas como se fossem três projetos distintos. Explica-se.

548. A implantação de novas estações de rádio base (ERBs) e portadoras e a sua conexão com fibra ótica são processos interligados e que constituem um único projeto. Ao permitir que sejam fatiados em três outros compromissos, a relevância e o valor das multas de descumprimento dos demais investimentos do TAC são diluídos, além de sobrestimar o percentual do valor do TAC que será atribuído a esses projetos de ampliação de cobertura e qualidade da telefonia móvel.

549. Outra fragilidade é permitir que a operadora escolha e altere livremente quais cidades serão beneficiadas com esses projetos (peça 96, p. 19-22) , sem que haja uma análise e priorização desses municípios por parte da Anatel, levando em conta critérios como quantidade de reclamações, grau de competição do mercado de telefonia móvel, *backbone* existente, demanda existente, previsão de atendimento em editais de licitação por outras prestadoras, ou mesmo relação com as cidades abrangidas pelos descumprimentos de qualidade que geraram os Pados incluídos no TAC.

550. Dito de outra forma, verifica-se que não há um nexo de causalidade entre as cidades escolhidas e os descumprimentos aos indicadores de qualidade que causaram as multas incluídas no TAC, que configuraria o ajuste da conduta de falta de qualidade na prestação da telefonia móvel. Dessa maneira, não há como garantir que tais municípios já não constavam do próprio planejamento da operadora ou que haverá, de fato, um atendimento de regiões que precisam mais da ampliação de qualidade e cobertura da telefonia móvel.

551. Além disso, ao permitir a livre substituição de cidades ao longo de todo o TAC, a agência fragiliza a eficácia e a transparência do TAC, transformando o instrumento assinado em algo indefinido, posto que não será possível, de antemão, a sociedade saber quais são as cidades que serão realmente beneficiadas com os projetos do TAC antes do seu término, podendo a operadora trocar cidades para maximizar seu lucro, em detrimento do interesse público em si. E mesmo o acompanhamento pela Anatel da implantação gradual dos projetos fica prejudicado, pois a instabilidade da lista de cidades pode implicar em alterações no percentual de cumprimento das metas do TAC, com consequências no processo de verificação do descumprimento

do compromisso no âmbito do TAC.

552. Até a adequação às políticas públicas vigentes e a presença do interesse público na lista de municípios beneficiados não poderão ser aferidas pela Anatel antes da assinatura do TAC ou mesmo ao longo dos seus quatro anos, pois a Telefônica poderá alterar a relação de cidades conforme desejar até o final da vigência do instrumento, sem que seja exigido qualquer tipo de análise ou anuência prévia da Anatel, bastando informar à agência com noventa dias de antecedência (peça 96, p. 19-22) .

553. Outra fragilidade identificada em **alguns dos investimentos e projetos exigidos no TAC é a sua formulação genérica, que dificulta o seu acompanhamento e a sua atestação posterior**, além de não ser capaz de garantir a correção de todas as condutas irregulares abrangidas pelos Pados aceitos no TAC, uma vez que tais itens não ficam especificados no texto do termo de ajuste. Também foi verificado que **existem compromissos que atendem parcialmente as condutas a serem regularizadas**, porém não abrangem outras condutas irregulares que constam dos Pados admitidos no TAC.

554. Essas propostas genéricas e/ou incompletas de investimentos e adequação de atividades incluem:

a) a cláusula 4.14 da minuta de TAC prevê, como solução para as reclamações dos usuários quanto aos serviços de valor adicionado (SVA) , a obrigação de dupla autorização prévia do cliente para contratar um serviço dessa natureza (peça 96, p. 29) , porém não traz nenhuma obrigação endereçada às dificuldades dos usuários para o cancelamento desses serviços, o que se faz necessário tendo em vista o número expressivo de reclamações sobre o tema registradas na agência (peça 94, p. 30) ;

b) a cláusula 4.14 da minuta de TAC também prevê que o cancelamento seja realizado em até 24 horas, porém não há menção à necessidade de ajustar os meios aceitos para o pedido de cancelamento, apesar de essa ser uma reclamação frequente dos usuários da operadora e de a necessidade de disponibilizar o cancelamento via internet estar prevista no art. 20 do RGC (peça 94, p. 29-30) ;

c) desenvolvimento e aprimoramento dos aplicativos de atendimento ao usuário, sem que haja uma definição clara sobre quais funcionalidades já existem, quais serão criadas e quais serão aperfeiçoadas, uma vez que tais aplicativos já estão

serão criadas e quais serão aperfeiçoadas, uma vez que tais aplicativos já estão sendo desenvolvidos e implantados pela prestadora para contribuir com o cumprimento das suas obrigações de atendimento por meio da internet previstas no próprio RGC desde março de 2014, sendo que alguns já se encontram até em utilização pelos clientes da Telefônica (peça 103, p. 2-3) .

555. Propõe-se, pois, recomendar à Anatel:

a) adotar critérios objetivos para analisar e aprovar as cidades propostas pelas operadoras para a adoção de ações e projetos de correção de conduta, levando em consideração aspectos como quantidade de reclamações, grau de competição do mercado do serviço de telecomunicações, infraestrutura existente, demanda existente, previsão de atendimento em editais de licitação para outras prestadoras e relação com as cidades abrangidas pelos Pados incluídos no respectivo TAC, com vistas a garantir o atendimento ao princípio do interesse público, previsto no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997, e no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c o disposto nos arts. 15 a 17 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC;

b) estabelecer, no âmbito dos TACs, obrigações e projetos específicos e suficientemente completos, de forma a garantir que todas as condutas incluídas nos Pados admitidos no TAC sejam regularizadas pela respectiva prestadora e para auxiliar o controle e o acompanhamento da execução do TAC, em consonância com o art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e com os princípios do interesse público, eficiência e segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

VII.1.4. Prazos de cumprimento do TAC incompatíveis com outros regulamentos e com a legislação vigente

556. Observando-se os prazos de cumprimento pactuados para cada projeto e obrigação incluído no TAC da Telefônica, verifica-se que em alguns casos há incongruências entre o que o TAC prevê e o que está disposto em outros regulamentos, ou mesmo o que já foi prometido pela própria prestadora no âmbito de outras negociações na agência.

557. Um dos casos é o conjunto de projetos para corrigir condutas de atendimento dos usuários. A Telefônica propõe no TAC diversos compromissos que, antes da negociação do TAC, já estavam em funcionamento ou que a operadora já tinha se comprometido a executar em prazo menor:

a) em até seis meses após assinar o TAC, criação de setor de ouvidoria na Telefônica (peça 96, p. 15-16) , apesar de esse setor já existir, conforme relatado pelo Conselheiro da Anatel Otávio Luiz Rodrigues Júnior no Voto 24/2016/SEI/OR (peça 94, p. 21) ;

b) no último ano de vigência do TAC, conclusão da migração dos dados e das informações de todos os usuários da telefonia fixa e da móvel, exceto pré-pago, da Telefônica para uma base única, consolidando com os clientes da extinta GVT (peça 96, p. 25, 27) , apesar de a própria Telefônica ter afirmado ao Conselho Diretor, no âmbito de processo sobre o cumprimento do RGC, que tal migração seria concluída em novembro de 2016 para a telefonia fixa e junho de 2017 para a telefonia móvel (peça 94, p. 21-23, 27) ;

c) migração somente dos dados dos usuários de telefonia móvel pós-pago e plano controle para a nova plataforma da Telefônica (peça 96, p. 27) , apesar de a própria Telefônica ter afirmado à Anatel em várias ocasiões que todos os seus usuários, incluindo os pré-pagos, serão migrados para a nova plataforma até junho de 2017 e poderão se beneficiar das novas funcionalidades de cobrança e faturamento (peça 94, p. 21-23, 27) ;

d) no último ano de vigência do TAC, avaliação para verificar se a plataforma de usuários da Telefônica é capaz de cumprir diversos requisitos para garantir a redução de problemas de faturamento e cobrança (peça 96, p. 25-26) , apesar de algumas dessas exigências já existirem na referida plataforma desde 2015, como a devolução automática dos valores cobrados erroneamente e a identificação do pagamento recebido em até uma hora (peça 94, p. 23-25) . Também não há nenhuma justificativa para estabelecer como ponto de controle apenas a situação no quarto ano do TAC, em vez de serem exigidos ajustes graduais nessa plataforma durante todo o período;

e) até o último ano de vigência do TAC, implantar o envio de protocolo de atendimento por SMS (peça 96, p. 27) , apesar de esse tipo de envio já estar em funcionamento na Telefônica (peça 94, p. 28) , em cumprimento ao art. 15 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal (SMP) , Resolução-Anatel 477/2007, que foi incluído no normativo pela Anatel em atendimento à deliberação 9.2.8 do Acórdão 2.109/2006 – TCU-Plenário;

f) até o último ano de vigência do TAC, implantar sistema que permita atendimento

ao usuário por meio de *chat* e outras funcionalidades *online* (peça 96, p. 28) , apesar da operadora já ofertar atendimento *online* em seu sítio na internet mesmo para os clientes da extinta prestadora GVT (peça 94, p. 28; 104, p. 1, 3 e 6) ;

g) durante a vigência do TAC, a operadora compromete-se a não prestar serviços de telecomunicações de forma clandestina, sem as devidas autorizações da Anatel além de realizar seminários e apresentações sobre temas correlatos (peça 96, p. 18) , apesar de não haver um detalhamento específico quanto ao conteúdo e o público-alvo de todos os seminários e apresentações. Tal conduta infringida refere-se ao Pado 53504.016265/2007 sobre a operação clandestina de STFC pela empresa A. Telecom S.A., que após ter sido adquirida pelo Grupo Telefônica cessou a prática dessa conduta desde 2010. Ressalte-se que a inclusão de conduta já corrigida no TAC, com a permuta da cobrança da multa de R\$ 30 milhões por palestras genéricas, contraria o interesse público, o que também foi assinalado pela Procuradoria junto à agência, pela área técnica e por um dos Conselheiros (peça 94, p. 46-49) .

558. Nota-se, ainda, que a maioria desses projetos possui como único ponto de controle a situação no último ano de vigência do TAC, o que contraria o objetivo do próprio instrumento, qual seja, o ajuste gradual das condutas infringidas. O acompanhamento deveria ser gradual e com base em critérios objetivos, em respeito ao princípio da prudência na proteção do interesse público.

559. Desta forma, propõe-se determinar à Anatel que:

a) adeque os prazos de cumprimento dos projetos e das funcionalidades exigidos no TAC com a Telefônica considerando o estágio atual e o cronograma previsto de cada projeto e funcionalidade, para evitar que seja atribuído prazo de cumprimento excessivamente superior ao prazo de conclusão previsto;

b) devido à ausência de interesse público na inclusão no TAC de condutas já corrigidas e em razão de a situação atual estar em desacordo com os princípios do interesse público, eficiência e segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997, retire da lista de obrigações do TAC da Telefônica a implantação de projetos e funcionalidades já existentes antes da vigência do TAC, inclusive as propostas de:

b.1) criação de um setor de Ouvidoria na Telefônica, que já existe conforme descrito no [Voto 24/2016/SEI/CR/Anatel](#).

b.2) implantação do envio de protocolo de atendimento por SMS, que já existe em cumprimento ao art. 15 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal (SMP) , Resolução-Anatel 477/2007, incluído no normativo pela Anatel em atendimento à

deliberação 9.2.8 do Acórdão 2.109/2006 – TCU-Plenário;

b.3) implantação de sistema que permita atendimento ao usuário por meio de *chat* e outras funcionalidades *online*, que já existem conforme verificado no site da própria operadora;

c) estabeleça cronograma gradual de acompanhamento e eventual sanção, com avaliações periódicas, das metas das condutas e dos projetos pactuados no TAC da Telefônica, incluindo os indicadores regulamentados, evitando concentrar a verificação do atendimento das metas no último ano de vigência do TAC, por estar a situação atual em desacordo com os incisos I, III e V do art. 13, o art. 16 e o *caput* e incisos II e III do art. 17 do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013 c/c o § 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985;

d) exclua o processo administrativo 53504.016265/2007 relativo à operação clandestina de STFC pela empresa A. Telecom S.A., do Grupo Telefônica, da lista de Pados admitidos no TAC da Telefônica, retomando o processo de cobrança da multa aplicada no valor de R\$ 30 milhões, devido à ausência de interesse público na inclusão no TAC de condutas já corrigidas, o que contraria o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997, e o art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

560. A cláusula 3.35 da minuta do TAC estabelece que, a partir do segundo ano de vigência do TAC, a Telefônica somente ativará as estações do serviço de comunicação multimídia (SCM) que estejam regularmente licenciadas (peça 96, p. 17) . Isto é, o texto do TAC abre espaço para que a operadora ative estações em desacordo com a regulamentação vigente sobre licenciamento na Anatel durante o primeiro ano do termo de ajuste, resultando no cometimento de novas infrações deste tipo durante este período.

561. Contudo, tal proposta carece de fundamentação legal, uma vez que haveria possibilidade de que as novas estações já fossem ativadas seguindo a regulamentação vigente desde a assinatura do TAC, como foi defendido pela área técnica da agência e por um do Conselheiros-Diretores da Anatel (peça 94, p. 46) , não sendo necessário estabelecer um tempo adicional de carência para o

não sendo necessário estabelecer um tempo adicional de carência para o cumprimento do regramento existente.

562. Não é cabível admitir que o TAC seja usado para permitir que futuras ações da operadora descumpram os normativos vigentes. Até porque a finalidade do TAC é

exatamente o oposto: ajustar as condutas que estejam atualmente infringindo a regulamentação e garantir que a prestadora não cometerá novas infrações relativas às condutas incluídas no TAC.

563. Propõe-se, pois, determinar à Anatel que altere a cláusula 3.35 da minuta do TAC da Telefônica para obrigar a prestadora a ativar somente as estações de SCM que estiverem regularmente licenciadas desde o início da vigência do TAC, eliminando qualquer referência a um período que eventualmente dê abertura para o cometimento de novas infrações deste tipo durante a vigência do TAC, por a situação atual estar em desacordo com o art. 162 da LGT, Lei 9.472/1997.

564. A cláusula 3.42 da **minuta do TAC prevê** que a regularização do atendimento das demandas de fiscalização da Anatel será gradual, isto é, **no primeiro ano de vigência do TAC, a Telefônica precisará atender somente 95% das solicitações de documentos e informações feitas pelos servidores da agência**. No segundo e terceiro ano do TAC, o grau de atendimento será de 96% e 97% e somente ao final do TAC será exigido da prestadora o cumprimento integral de todas as requisições da área técnica da Anatel (peça 96, p. 18) .

565. Registre-se que **todas as empresas que prestam serviços de telecomunicações possuem dever legal de responder a todos os questionamentos da Anatel e entregar todos os dados solicitados tempestivamente, conforme disposto na LGT:**

‘Art. 96. A concessionária deverá:

I - prestar informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira e contábil, ou outras pertinentes que a Agência solicitar;

(...)

V - submeter-se à regulamentação do serviço e à sua fiscalização;

(...)

Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

(...)

X - a permanente fiscalização.’

566. Desse modo, causa estranheza que um instrumento destinado a corrigir condutas irregulares permita que tais condutas sejam mantidas na irregularidade durante a maior parte de sua vigência. **A recusa da prestadora em informar e encaminhar os dados e informações solicitados pela agência enfraquece a expectativa de controle e pode até mesmo inviabilizar a fiscalização do próprio cumprimento do TAC, uma vez que a operadora poderá escolher quais documentos encaminhar à Anatel, sonegando os dados e as informações mais importantes, que possam comprovar um descumprimento de obrigação do próprio TAC, que ainda sim estará cumprindo a meta pactuada com a agência de atender a 95% das solicitações de fiscalização.**

567. A validade jurídica de tal cláusula também foi questionada por um dos Conselheiros-Diretores da agência e pela Procuradoria junto à Anatel, que ressaltaram não haver razão para a conduta de óbice à fiscalização não ser ajustada imediatamente após a celebração do TAC (peça 94, p. 51) .

568. Como ressaltado acima no caso do licenciamento de estações de SCM, o TAC não pode ser usado como instrumento para permitir que a operadora cometa novas infrações durante a sua vigência e não esteja sujeita a qualquer punição.

569. No caso da proposta da Anatel para corrigir o óbice à fiscalização, além de desvirtuar a finalidade do TAC e colocar em risco a verificação do seu cumprimento, tal atitude é ilegal e cria uma diferença irregular de tratamento entre as prestadoras de serviços de telecomunicações e a agência, posto que somente a Telefônica terá a permissão da Anatel para descumprir solicitações de fiscalizações pelos próximos três anos sem a aplicação de sanções.

570. Isso significa que o órgão regulador que detém a prerrogativa constitucional e legal de fiscalizar o setor de telecomunicações, conforme inciso XI do art. 21 da CF/1988 e incisos I e V do art. 96, c/c o inciso X do art. 127 da LGT, está eximindo-se dessa competência com respeito a uma prestadora durante a vigência do respectivo TAC, que deveria ter sido firmado justamente para impedir que a

respectivo TAC, que deveria ter sido firmado justamente para impedir que a empresa impusesse novos óbices ilegais à fiscalização da agência.

571. Assim, propõe-se determinar à Anatel que altere a cláusula 3.42 da minuta do TAC da Telefônica, exigindo o atendimento integral das demandas da fiscalização da agência imediatamente após a assinatura do TAC, em razão de a situação atual estar em desacordo com os incisos I e V do art. 96 e o inciso X do art. 127 da LGT, Lei 9.472/1997.

572. Outra meta incluída na minuta de TAC da Telefônica foi a redução do indicador de reclamações na Anatel (IRA) , que mensura a quantidade de reclamações de usuários registradas contra a operadora somente no âmbito da Anatel. Assim, quanto menor o resultado do índice, melhor é o desempenho da operadora no atendimento e resolução de problemas com os seus usuários.

573. A minuta aprovada pelo Conselho Diretor prevê que a prestadora reduzirá seu patamar de reclamações dos atuais 0,85 para 0,70. Porém, tal valor será medido somente ao final do último ano do TAC e ainda serão excluídas as reclamações dos 'clientes contumazes' (peças 93, p. 72-73; 126, p. 24) .

574. Tal proposição é precária porque não foi apresentada nenhuma justificativa para fixar a meta final em 0,70 nem para a ausência da definição de etapas graduais e intermediárias de redução do IRA ao longo de todo o período de vigência do TAC. Soma-se a isso que, como visto em outras obrigações inseridas no instrumento, há uma predominância na opção da Anatel por metas a serem verificadas somente no quarto e último ano de vigência do TAC.

575. Outro ponto questionável é que não há uma definição em nenhum normativo sobre o que seriam clientes 'contumazes'. Pelo contrário, como defende um dos Conselheiros da agência (peça 94, p. 32-34) , os dados observados ao longo dos anos na agência revelam que muitas das reclamações abertas na agência não são resolvidas satisfatoriamente pelas operadoras, implicando o registro de novas reclamações sobre os mesmos problemas pelos mesmos usuários. Assim, excluir esse tipo de cliente do cálculo do IRA não se mostra condizente com a realidade, pois os dados indicam que as prestadoras são as grandes causadoras da reabertura da maioria das reclamações na agência.

576. Além disso, apesar de não ter sido formalmente consultada após a aprovação do TAC da Telefônica, a própria Superintendência da agência que é responsável

do TAC da Telefônica, a própria Superintendência da agência que é responsável pela apuração do referido indicador manifestou-se contrária a essa exclusão de reclamações do cálculo do Índice sem nenhum amparo normativo (peça 113, p. 3) :

‘3.7. Vale destacar que, no que tange ao compromisso que trata do Indicador de

Reclamações na Anatel (IRA) , a Análise nº 108/2016/SEI/IF aprovou proposta da Prestadora no sentido de não se considerar, para o cálculo do indicador, os chamados ‘reclamantes contumazes’. Não obstante, é da opinião desta área técnica - **entendimento esse esposado pela Superintendência de Relações com Consumidores** - que, em função da **não existência de tal conceituação no arcabouço regulamentar, assim como de seu caráter generalista, sem realização de um juízo individual da procedência ou não das reiteradas reclamações**, que o **simples descarte de tais reclamações se afiguraria prejudicial à fidedignidade do IRA**. Ademais, ressalte-se que o Focus já é programado de forma a não permitir mais de 05 (cinco) reclamações por dia no mesmo CPF. Assim sendo, a **área técnica sugere que o cálculo do IRA - a ser realizado pela Anatel - deva considerar a totalidade das reclamações recebidas, sem retirada das reclamações entendidas pela Prestadora como ‘contumazes’.**’ (sem grifos no original)

577. Em que pese essa ressalva de excluir as reclamações dos clientes contumazes não constar explicitamente da minuta do TAC, ela foi explicitamente mencionada no voto do Conselheiro que relatou a aprovação do TAC da prestadora em 27/10/2016 (peça 93, p. 72-73) e foi objeto de proposta de definição pela Telefônica em 12/4/2017 (peça 125) . Em 27/4/2017, ao CD aprovar o manual de fiscalização do TAC da referida operadora, ficou definido que, para o cálculo do IRA para o TAC da Telefônica, ‘quanto ao tratamento de reclamantes contumazes, serão observados os parâmetros vigentes na Agência ao tempo de cada cálculo do IRA’ (peça 126, p. 25)

578. Cabe repisar que, conforme dito pela própria área técnica da Anatel que é responsável por fazer esse cálculo, **não existe ‘tal conceituação no arcabouço regulamentar’ e o ‘simples descarte de tais reclamações se afiguraria prejudicial à fidedignidade do IRA’ (peça 113, p. 3) . Assim, não é razoável manter previsão no manual do TAC que faça referência a um dispositivo regulamentar que não existe e possibilite qualquer brecha para alterar a metodologia de cálculo de um indicador aplicável a diversas prestadoras somente no caso concreto de TACs da Telefônica ou de qualquer outra**

SOMENTE NO CASO CONCRETO DE TACS da telefônica ou de qualquer outra operadora.

579. Dessa forma, propõe-se determinar à Anatel que:

a) inclua pontos de controle periódicos para verificar a evolução do indicador de reclamações na Anatel (IRA) ao longo da vigência do TAC da Telefônica, justificando a escolha de cada um desses pontos, por a situação atual estar em desacordo com os arts. 13, incisos I a VII, e 24 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e com os princípios do interesse público, eficiência e segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

b) se abstenha de aplicar o entendimento de que não devem ser consideradas reclamações de clientes contumazes no cálculo do IRA durante a vigência de todos os TACs, por não haver definição formal do cliente contumaz em nenhum regulamento da Anatel, e nem previsão regulamentar para tal, por a situação atual estar em desacordo com os arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

580. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

VII.2. Irregularidades e fragilidades no cálculo do valor de referência do TAC da empresa Telefônica e na divisão das multas aplicáveis por descumprimento pela Anatel

VII.2.1. Ausência de todas as informações necessárias ao definir o valor de referência do TAC

581. Na presente instrução, buscou-se avaliar a forma de cálculo e as condições definidas pela Anatel para estabelecer o VR do TAC da empresa Telefônica.

582. Inicialmente, antes mesmo de analisar os dados do TAC em referência, constatou-se uma significativa fragilidade no processo de definição do valor de referência executado pela Anatel, que extrapola inclusive o caso concreto da empresa Telefônica, conforme descrito a seguir.

583. A distribuição do montante do VR entre os compromissos estabelecidos nos TACs é realizada após a análise da área técnica, em discussão com a própria prestadora, e após a análise do Conselho Diretor da agência. Nessas etapas, são considerados: os temas relacionados aos processos administrativos que originaram as multas, buscando definir ações e compromissos de investimentos que tenham relação com esses temas; a relevância de cada ação, atrelando a cada uma delas uma parcela do VR a ser executado em caso de descumprimento do compromisso; e o cronograma e o prazo de atendimento de cada compromisso ao longo dos quatro anos de vigência do TAC, com vistas a permitir o acompanhamento e possível punição em casos de atrasos ou descumprimentos.

584. Isso significa que, no momento da aprovação do TAC, o CD deve estar munido de todas as informações necessárias para a tomada de decisão do colegiado, incluindo todos os processos a serem considerados no TAC e, conseqüentemente, no seu Valor de Referência, além de todos os dados dos compromissos a serem estabelecidos, incluindo a situação atual de cada critério que define as ações a serem executadas.

585. Entretanto, ao se observar o caso concreto da empresa Telefônica, constatou-se a ausência de tais informações na etapa de aprovação do TAC pelo CD, realizada por meio do Acórdão-Anatel 422, de 17/11/2016 (peça 95) .

586. Conforme relatado na seção II.2 do presente relatório, mesmo já tendo ocorrido anteriormente a aprovação pelo CD do TAC em referência, a Anatel decidiu incluir no acordo 29 processos administrativos, que se referem a um montante de R\$ 511 milhões, que deverão entrar no VR do TAC, além de permitir que seja admitida 'de ofício a inclusão de todos os processos atualmente em trâmite que apurem, no todo ou em parte, as mesmas condutas incluídas nos processos tratados', conforme tratado na seção II.1 da presente instrução.

587. Ou seja, constatou-se uma irregularidade visto que a agência decidiu, posteriormente à aprovação do CD e sem a devida análise, incluir processos que alteram significativamente o VR do TAC, em um acréscimo de um montante que nem a própria Anatel pôde prever, visto que autorizou a inclusão de ofício de qualquer processo sobre os temas tratados (sem saber quais são e qual o valor de suas multas) , mas que já altera o VR em, no mínimo, R\$ 511 milhões, tendendo a ser um valor bem maior.

588. Soma-se a isso o fato de que o termo utilizado pela Anatel para permitir a

588. Somar-se a isso o fato de que o termo utilizado pela Anatel para permitir a inclusão de ofício de processos não explicita até que momento seria aceitável a inclusão de novos processos administrativos, o que deixa a entender que não há um limite temporal para a inserção de novos processos.

589. Assim, o CD admitiu o aumento do VR sem que fossem definidos os compromissos atrelados a ele, sem que fosse avaliada a viabilidade técnica e operacional de execução dessas ações junto à prestadora e sem reajustar o VR e a sua distribuição entre os demais projetos previstos no TAC, inclusive nos compromissos adicionais.

590. Se, hipoteticamente, considerássemos no VR o aumento de R\$ 500 milhões com a inclusão de novos processos, o montante a ser gasto nos projetos de compromissos adicionais já acordados no TAC da Telefônica deixaria de representar 25% do VR e passaria a representar 21%, reduzindo ainda mais a efetividade da multa a ser aplicada à operadora em caso de descumprimento desses projetos, visto que a multa e a execução do TAC usam como base o referido percentual do VR. Além disso, o interesse público do acordo seria ainda mais reduzido, visto que o poder público está elevando o número e o valor das multas a serem abdicadas, mas não está obrigando a operadora a realizar mais investimentos voltados para políticas públicas (compromissos adicionais) .

591. Verifica-se que as fragilidades apontadas prejudicam a legitimidade do TAC a ser assinado, visto que as condições analisadas pela área técnica e Procuradoria Especializada junto à Anatel e as aprovadas pelo CD não foram as mesmas a serem consideradas na assinatura do acordo. Outrossim, potencializam o risco de prejuízo ao interesse público, dado que o VR do TAC foi ampliado significativamente sem que fossem estudados os compromissos vinculados a esse aumento nem as condições a serem exigidas que trariam maiores benefícios à sociedade.

592. Outro fator também prejudica a segurança jurídica do TAC e a garantia do interesse público. Além de o Conselho Diretor, no momento da aprovação do TAC, não ter todas as informações atuais sobre a rede e a operação da empresa, incluindo a ausência de dados sobre o status de cada objeto de compromisso, os municípios e as metas a serem atendidos, entre outros detalhes, a própria Anatel somente terá tais informações após a assinatura do termo com a compromissária e, ainda sim, de forma declaratória pela empresa.

593. A obtenção de dados essenciais para o conhecimento da situação atual da rede da operadora e para o acompanhamento das metas somente após o TAC estar assinado e em vigor coloca a Anatel em uma condição de desvantagem, dada a assimetria de informações e o fato que o acordo já foi assinado, prejudicando o interesse público, sob o risco de estabelecimento de investimentos, como contrapartida das multas e do ajustamento de conduta, inadequados ou já parcial ou totalmente realizados.

594. A ausência de tais informações no momento da aprovação pôde ser verificada na análise do conselheiro relator da matéria, Análise 108/2016-SEI-IF (peça 93, p. 98) , que foi ratificada pelo CD e que resultou na aprovação do TAC da Telefônica:

‘l) A expedição de Despacho Ordinatório à Superintendência de Controle de Obrigações e à Superintendência de Fiscalização para que adotem as seguintes providências:

i) realizar procedimento prévio à celebração do TAC para identificação do status inicial ou situação atual de cada um dos projetos apresentados pela compromissária;’ (sem grifos no original)

595. Além disso, a minuta do TAC aprovada apresenta diversas cláusulas que determinam o envio, somente posterior à assinatura do termo, das informações e status das metas e dos municípios a serem objeto dos compromissos do acordo, como por exemplo (peça 96, p. 8) :

‘Cláusula 3.13. A COMPROMISSÁRIA se obriga a realizar o ressarcimento de cobranças indevidas pendentes nos pados admitidos no presente TAC em até 180 (...) dias a contar da data da assinatura, da seguinte maneira:

(...)

Parágrafo único. A prestadora deverá encaminhar à Agência, no prazo de 90 (...) dias após a assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta, relatório contendo o conjunto de todos os usuários elegíveis ao ressarcimento e seus respectivos valores.’ (sem grifos no original)

596. Nos diversos projetos previstos no capítulo IV da minuta em referência, em que todos se referem a compromissos voltados ao atendimento ou à instalação de infraestrutura em determinadas localidades e municípios, verificou-se a recorrente presença de cláusula que permite que a empresa substitua qualquer município ou

presença de cláusula que permite que a empresa substitua qualquer município, ou conjunto de municípios, listado por outros, desde que a quantidade permaneça a mesma, não importando as demais características da região a ser atendida (peça 96, p. 19 a 24) , algo que pode vir a contrariar o interesse público e desvirtuar o objetivo do TAC.

597. Assim, não apenas a Anatel, no momento da assinatura do TAC, não terá todas as informações necessárias, mas a empresa ainda tem a liberdade de alterar os compromissos de tal forma que possivelmente inviabilize garantir a correspondência da importância e do interesse público entre as localidades previstas originalmente e aquelas escolhidas posteriormente pela prestadora.

598. Diante das informações apresentadas, verifica-se que o recebimento, pela Anatel, de dados fundamentais sobre os compromissos do TAC somente após a assinatura do termo e a permissão de alteração das condições, pela compromissária, ao longo da vigência do acordo prejudicam significativamente o rito processual do TAC.

599. A dimensão do impacto que tais alterações podem causar no Valor de Referência do TAC fica clara ao se avaliar o resultado das mudanças estabelecidas pelo Conselho Diretor da agência ao aprovar o TAC da Telefônica no Acórdão-Anatel 422, de 17 de novembro de 2016.

600. A referida decisão aprovou o acordo com um VR de aproximadamente R\$ 2,2 bilhões condicionando a aprovação à alteração de alguns poucos pontos na proposta. Entretanto, essas mudanças provocaram um aumento de 30% do VR original aprovado pelo CD, resultando em um valor de referência de R\$ 2,8 bilhões aproximadamente.

601. Diante do exposto, verifica-se que a mudança de objeto e metas previstas no acordo, como dos municípios a serem atendidos, pode resultar em insegurança jurídica de um termo já assinado, afetar o interesse público do instrumento e comprometer o estudo de viabilidade financeira do TAC feita pela Anatel, como a análise do fluxo de caixa e seu VPL negativo, a serem analisados com mais detalhes na próxima seção da presente instrução.

602. Dessa forma, em linha com os arts. 13, incisos I a VII, e 24 da Resolução-Anatel 629/2013 e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e/ou no art. 38 da LGT Lei 9.472/1997, estabelece-se para qualquer TAC

612/2013 c/c no art. 36 da LGT, Lei 9.472/1997, estabeleça, para qualquer TAC conduzido pela agência, na minuta a ser aprovada todas as condições iniciais necessárias para o devido acompanhamento dos compromissos previstos no acordo e para garantir a segurança jurídica do TAC, estabelecendo necessariamente:

a) a relação final de processos administrativos de multa que estarão inclusos no TAC;

b) a situação atualizada de cada compromisso a ser firmado, com o detalhamento da condição qualitativa e quantitativa, no momento da assinatura do TAC, de cada uma das metas previstas;

c) as metas e os marcos temporais de avaliação de cada um dos compromissos previstos, com o maior nível de objetividade e detalhamento possível;

d) a relação definitiva dos municípios a serem atendidos pelos compromissos do TAC, especificando as características da região a ser preferencialmente atendida dentro dessas cidades, bem como o valor e a descrição dos investimentos a serem realizados.

603. Visto que dois TACs já foram aprovados no âmbito da agência, também se propõe determinar à Anatel que realize os ajustes previstos na determinação anterior nos TACs que já foram aprovados na agência, submetendo as minutas ajustadas à nova aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel, nos termos do art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013 e dos princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

604. Ademais, propõe-se determinar à Anatel que, para qualquer TAC conduzido pela agência, insira na minuta dos termos cláusula que permita a alteração dos compromissos acordados, incluindo a mudança das localidades a serem atendidas, sempre com a aprovação prévia da agência e somente se comprovada a impossibilidade de cumprimento do compromisso por caso fortuito ou força maior ou se houver alteração nos normativos que impactem nas metas do TAC, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 13, inciso III, da Resolução-Anatel 629/2013 e com os princípios do interesse público e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

605. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros

envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

VII.2.2. Análise da distribuição do valor de referência do TAC e das multas entre os compromissos

606. Com vistas a avaliar as condições aprovadas pela Anatel no TAC da empresa Telefônica, faz-se necessário conhecer a formação do VR do TAC da empresa da Telefônica, conforme encaminhado pela agência em resposta à diligência (peça 45, mídia anexa arquivo 'Anexo III – SEI 1055103') :

Tabela 5 - Planilha de formação do Valor de Referência (VR) do TAC da prestadora Telefônica

Tema	Espécie	Serviço	Compromisso	Total		
				%VR	% VR Item	VR Valor
Ajustamento de Condutas	Metas-meio	Acesso	Projeto Ampliação da cobertura (novos sites 3G e 4G)	49%	12%	R\$ 343.545.638
			Projeto Ampliação da capacidade do SMP (novas portadoras)		10%	R\$ 286.288.031
			Projeto Modernização do Core da Rede		4%	R\$ 114.515.212
			Trans- porte	Projeto Opticalização de		3%

			Optimização de sites (fibra até o Backbone)			R\$ 85.886.409,
			Projeto Ampliação do Backbone nacional	3%		R\$ 85.886.409,
	Atendi- mento		Projeto Sistema Integrado Fixa		4%	R\$ 114.515.212
			Projeto Sistema Integrado Móvel		8%	R\$ 229.030.425
			Projeto Canal Digital Pessoa Física		2%	R\$ 57.257.606,
			Projeto Canal Digital Corporativo		2%	R\$ 57.257.606,
			Certificação da implementação do Projeto Ouvidoria		1%	R\$ 28.628.803,
	Correção da conduta	Indica- dores Quali- dade	IGQ - SMP e STFC	5%	5%	R\$ 143.144.015
		Inter- rupção do Serviço	Indicador de disponibilidade SMP (anual municípios)	7%	2%	R\$ 57.257.606,
			Indicador de disponibilidade STFC (anual municípios)		2%	R\$ 57.257.606,

		Comunicação das interrupções (Usuários, Anatel e Prestadoras)		1%	R\$ 28.628.803,
		Ressarcimento aos usuários (Pendente e Futuro)		1%	R\$ 28.628.803,
		Projeto Sistema automatizado (ressarcimento e comunicação)		1%	R\$ 28.628.803,
	Direito dos Usuários	Indicador de Reclamação na Anatel (IRA)	5%	2%	R\$ 57.257.606,
		Atendimento dos requisitos regulatórios dos temas tratados pelos sistemas integrados (fixo e móvel)		2%	R\$ 57.257.606,
		Ressarcimento aos usuários (Pendente e futuro)		1%	R\$ 28.628.803,
	Univer-salização	Implan-tação Acesso Coletivo	Correção do passivo	8%	0,4%
		Implan-tação STFC - Acesso Indivi-dual e FATB	Correção do passivo		0,4%

				Ajustamento de conduta		0,4%
			Compromissos de Abrangência	Correção do Passivo		0,4%
			CIC	Ajustamento de conduta		0,4%
			Projeto Atualização da Planta TUPs		1%	R\$ 28.628.803,
			Projeto atendimento de 39 novos municípios		1%	R\$ 28.628.803,
			Projeto 900 MHz (atendimento novos municípios)		4%	R\$ 114.515.212
	Fiscalização		Licenciamento de estações		1%	0,4% R\$ 11.451.521,
			Obstrução à fiscalização			0,3% R\$ 8.588.640,9
			Prestação de serviço sem outorga			0,3% R\$ 8.588.640,9
Compro- missos Adicio-nais	Execução de Projetos	Acesso e Transporte	Atendimento de municípios com FTTH (fibra ótica no acesso)		25%	25% R\$ 715.720.079
TOTAL	100%	100%				R\$ 2.862.880.319,20

Fonte: peça 45, mídia anexa arquivo 'Anexo III – SEI 1055103'

607. Verifica-se que o VR do TAC corresponde a um montante de aproximadamente R\$ 2,86 bilhões, sendo que 25% desse montante foram destinados a investimentos dos compromissos adicionais e 75% para ajustamento de conduta.

608. Os processos administrativos (Pados) que compõem o referido TAC estão distribuídos da seguinte forma (peça 45, mídia anexa arquivo 'Anexo I – SEI 1055200') :

Tabela 6 – Distribuição do VR do TAC da empresa Telefônica por temas

Temática	Valor de Referência (R\$)	% em relação ao total do VR
Direitos dos Usuários	1.010.488.179,38	35,3%
Fiscalização	112.243.470,63	3,92%
Interrupções	58.804.002,27	16,0%
Qualidade	726.802.107,71	25,4%
Universalização	554.542.559,20	19,3%
Total	2.862.880.319,20	100%

Fonte: peça 45, mídia anexa arquivo 'Anexo II – SEI 1055200'

609. É possível constatar, pela tabela anterior, que a qualidade dos serviços é o segundo maior tema tratado no âmbito do presente TAC, correspondendo a 25,4% do valor de referência, um total de R\$ 726,8 milhões em multas.

610. Dessa forma, entende-se que, ao se distribuir o VR entre os compromissos a serem cumpridos pela compromissária, as ações referentes à qualidade dos serviços devem possuir grande representatividade no percentual do valor de referência do TAC. Entretanto, esse entendimento não está refletido na tabela 5, que detalha a formação do valor de referência do TAC da prestadora Telefônica.

611. Ainda que o tema qualidade represente 25,4% do montante de recursos previstos no TAC, constata-se que os compromissos voltados especificamente para a correção de conduta sobre os indicadores regulamentados de qualidade dos

a correção de conduta sobre os indicadores regulamentados da qualidade dos serviços correspondem a somente 5% do VR.

612. Ora, o objetivo principal do TAC é justamente a correção da conduta irregular, de maneira que o percentual das ações destinadas à correção direta da conduta

deve ser maior e mais representativo do que das demais ações de melhoria previstas no acordo.

613. Isso significa que as ações que visam corrigir condutas indevidas da prestadora quanto à qualidade do serviço prestado por ela (um tema de grande impacto na sociedade e nos consumidores do setor) possuem baixíssima representatividade no TAC, servindo como desincentivo à empresa para buscar uma melhoria significativa nesse tema.

614. Além disso, conforme já apontado anteriormente na seção II.2 do presente relatório, a forma como será acompanhado esse compromisso de qualidade, por meio do Índice Geral da Qualidade (IGQ), ainda possui diversos problemas, o que prejudica ainda mais a garantia da melhoria da qualidade dos serviços.

615. Na Análise 108/2016-SEI-IF, ratificada pelo Conselho Diretor da Anatel e que resultou na aprovação do TAC em referência, o relator da matéria avaliou a proposta apresentada pela área técnica da agência e fez alterações na proposta (peça 93, p. 26) :

‘4.2.10.15. Como se pode verificar pela síntese da proposta de ajustamento dos indicadores de qualidade apresentada anteriormente, está concentrada unicamente no atingimento das metas regulamentares ao final da vigência do TAC, sem qualquer consideração ou apresentação de ações específicas com foco na melhoria ou aumento da capacidade ou qualidade da rede de telecomunicação de forma a garantir a concretização desse objetivo.

(...)

4.2.10.19. Considero que tamanha complexidade certamente causará grande dificuldade no acompanhamento, fiscalização e certificação do cumprimento. Diante dessa indesejável constatação, **solicitei ao meu Gabinete que reformulasse a metodologia de acompanhamento, com o objetivo de buscar a simplificação do trabalho a ser efetivado pela Agência.**

(...)

4.2.10.24. A partir da análise dessas informações, **identificamos ser possível e conveniente que o acompanhamento e a aferição do ajustamento de todos os indicadores de qualidade se realize por meio desse índice**, simplificando muito a atividade de certificação do cumprimento do TAC, sem perda de informações ou qualquer outro prejuízo, pois a compromissária continuaria com a obrigação de coleta, cálculo, consolidação e envio mensal à Agência nos termos regulamentares.

(...)

4.2.10.37. Nesse contexto, **a continuidade da aferição da qualidade unicamente pela sistemática de indicadores, especialmente no âmbito de um TAC com duração de quatro anos, pode não ser suficiente para se alcançar o resultado final pretendido**. Será preciso que o acordo contemple efetivos investimentos em infraestrutura, na forma de projetos específicos.

(...)

4.2.10.39. Diante desse quadro (carência de infraestrutura, análise baseada em indicadores e possibilidade de alteração desses indicadores após a assinatura do TAC) , **proponho que a aferição do ajustamento das condutas de qualidade seja realizada em duas vertentes: aferição do atingimento das metas da totalidade dos indicadores vigentes ao final do TAC por meio do índice consolidado IGQ de 100% e verificação da realização de ações de investimentos na rede, necessárias para melhoria da qualidade.**' (sem grifos no original)

616. Dessa forma, verifica-se que o relator alterou a proposta da área técnica, que previa a definição de compromissos de ajustamento de conduta de qualidade com base nos indicadores regulamentados pela Anatel, para uma proposta em que o desempenho passou a ser medido, segundo o conselheiro, por dois fatores: um único índice criado no âmbito do próprio processo administrativo do TAC, não utilizando os indicadores regulamentados da agência; e aferição de investimentos na rede da operadora.

617. Ressalta-se que, em 2016, na auditoria operacional feita sobre atuação da Anatel na qualidade da telefonia móvel (TC 023.133/2015-5, Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário) , o TCU já havia apontado falha na prática comumente adotada pela agência de criar cumulativamente, sem uma revisão da regulamentação, indicadores

para acompanhar a qualidade dos serviços.

618. Sobre esse último fator, na análise foram definidos como compromissos de investimentos (peça 93, p. 28) :

a) Projeto Ampliação do Serviço Móvel (SMP) : implantação de novos sites 3G ou 4G em municípios já atendidos;

b) Projeto Ampliação da capacidade móvel: implantação de novas portadoras em municípios já atendidos com a tecnologia 3G ou 4G;

c) Projeto de Opticalização de sites: conectar sites (ERBs) com fibra óptica até o Backbone;

d) Projeto de Ampliação do Backbone nacional: construção de novos trechos de Backbone para aumentar capacidade de atendimento das demandas de tráfego da rede móvel (particularmente 3G e 4G) e melhorar a transmissão de dados de banda larga fixa;

e) Projeto Modernização Core da Rede Fixa: realização de ações para substituição de bancos de bateria, centrais telefônicas obsoletas e substituição de equipamentos de transmissão SDH fora de linha.

619. Ao se avaliar esses pontos na tabela 5, o percentual do valor de referência do TAC da prestadora Telefônica correspondente às ações de qualidade dos serviços aumentaria em 32%, como afirma o conselheiro relator.

620. Entretanto, esses investimentos tratam de compromissos classificados como 'metas-meio', segundo a própria Anatel. Isso significa que o TAC e a composição do seu valor de referência estão priorizando metas-meio, ou seja, investimentos de infraestrutura na rede da empresa, em detrimento de compromissos vinculados aos critérios objetivos que identificaram as condutas irregulares e que resultaram nas multas que motivaram a realização do TAC, visto que as metas-meio correspondem a 32% do VR e as ações de correção de conduta atinentes ao tema qualidade correspondem a somente 5%.

621. A priorização indevida do percentual do VR em metas-meio ao invés dos compromissos avaliados pelos critérios objetivos de correção de conduta e também dos compromissos adicionais, que são a razão pela qual há interesse

público na assinatura de um TAC, pode ser observada não apenas nas ações de qualidade dos serviços como também nas demais ações listadas no TAC. Isso porque ao se analisar a tabela 5, verifica-se que as metas-meio correspondem a 49% do valor de referência do termo da prestadora Telefônica, sendo que as ações mensuradas pelos critérios objetivos de correção de conduta correspondem a somente 26% do VR e as dos compromissos adicionais a 25%.

622. O TAC tem como objetivo claro estimular a correção de condutas irregulares incompatíveis com o ordenamento jurídico. Trata-se de um instrumento que permite que a compromissária, ao invés de pagar multas pelas condutas, utilize seus recursos para ajustar as irregularidades e também realizar investimentos adicionais.

623. Assim, o foco principal do acordo deve ser a garantia de que, após a vigência do TAC, as condutas das prestadoras estarão em plena concordância com os normativos vigentes. Dessa forma, a essência do TAC, incluindo a composição do seu valor de referência e das multas que serão aplicadas a partir dele, é clara e objetiva: devem ser priorizadas as correções de tais condutas, de forma a garantir que os critérios objetivos de medição sejam atendidos, não sendo suficiente priorizar e avaliar somente a execução dos investimentos necessários para corrigi-las.

624. Entretanto, não foi observada tal característica no TAC da empresa Telefônica. Isso porque, ao invés de definir como compromissos de ajustamento de conduta a melhoria do desempenho, em si, dos serviços e o atingimento dos padrões e das metas definidos na regulamentação, a Anatel optou por priorizar como compromissos os investimentos na rede e na operação da própria prestadora, passando a chamá-los de metas-meio, e aplicou a eles a maior parcela do VR do acordo.

625. Ainda que a Anatel opte por considerar como compromissos as metas-meio, elas não deveriam ter uma representatividade, no valor de referência do TAC, superior aos compromissos de ajustamento de conduta e aos compromissos adicionais. Essa opção representa um desvio de finalidade no objeto do TAC, visto que o instrumento está sendo predominantemente utilizado para executar ações que não estão vinculadas com os critérios objetivos de ajustamento de condutas irregulares e que motivaram as multas, o que deveria ser o escopo principal do acordo. Tais ações tampouco estão relacionadas com os compromissos adicionais,

motivação maior para que o Poder Público promova a assinatura de um TAC.

626. Com vista a exemplificar a gravidade do problema relatado, pode-se fazer um comparativo entre algumas das ações previstas na tabela 5 e seus percentuais com relação ao VR do acordo.

627. A Anatel estabeleceu como metas-meio dois compromissos, relacionados com os temas de atendimento e qualidade, chamados 'Projeto Canal Digital Pessoa Física' e 'Projeto Canal Digital Cooperativo'. São ações que consistem no desenvolvimento de aplicativos digitais com vistas a disponibilizar melhorias e novas facilidades nos canais digitais já ofertados aos clientes. Juntas, ambas as ações representam 4% do VR do TAC, o que corresponde a R\$ 114,5 milhões.

628. São compromissos de metas-meio que, embora representem uma melhoria dos serviços, tratam de ações com as seguintes características: possuem um nível de complexidade bastante simples, principalmente quando comparado com as demais ações de investimentos; exigem requisitos e conhecimentos para a sua execução que já são de domínio da empresa; e que representam uma demanda natural do mercado, o que significa que, ainda que em momento posterior, a prestadora já deveria atender em algum momento de sua atuação.

629. Já como compromisso de correção de conduta, conforme explicado anteriormente, a Anatel definiu como ação para o tema qualidade o atingimento de meta de indicadores técnicos, ainda que por meio do Índice Geral de Qualidade (IGQ), que é algo mais complexo de se realizar. Esse compromisso corresponde a 5% do VR do TAC, totalizando R\$ 143 milhões.

630. Verifica-se que, ainda que a ação de correção de conduta avaliada por meio dos critérios objetivos de metas seja mais complexa de ser realizada e que possua uma maior relevância considerando o objeto fundamental do TAC e o interesse público do acordo, sua representatividade no valor de referência do TAC é da mesma ordem de grandeza do compromisso de meta-meio referente ao aprimoramento de aplicativos digitais, um compromisso que tem relevância substancialmente inferior perante a sociedade quando comparada com a melhoria da qualidade dos serviços.

631. Além disso, é um compromisso que representa uma ação mais simples de executar, o que favorece a prestadora e que, como constatado na seção IV.1.3 do presente relatório, pode inclusive ter sido executada pela operadora antes mesmo

da formalização do TAC, sem que a Anatel tivesse o conhecimento sobre o estágio de desenvolvimento do aplicativo.

632. Quando se comparam as metas-meio citadas anteriormente com o compromisso de ajustamento de conduta voltado para o Indicador de Reclamação na Anatel (IRA) , um índice técnico da agência que reflete o atendimento dos usuários, um tema de grande relevância para a sociedade, a situação fica ainda mais discrepante. As ações do IRA na tabela 5 correspondem a somente 2% do VR, um total de R\$ 57,2 milhões. Ou seja, o incentivo para o cumprimento desse compromisso e a multa aplicada à operadora em caso de descumprimento é metade do incentivo e da multa para as ações de melhorias em aplicativos.

633. Dessa forma, verifica-se um claro desvio de objeto no TAC, visto que, ao invés de priorizar ações que resguardam o interesse público do acordo e que trazem mais benefícios à sociedade, a Anatel optou por uma distribuição do valor de referência do TAC que estimula o cumprimento de ações mais simples e que são de maior interesse da prestadora e desincentiva ações de maior vínculo com o interesse público.

634. O desequilíbrio na distribuição do VR do TAC entre os compromissos definidos pela Anatel já foi objeto de análise e crítica pela própria Procuradoria Especializada junto à agência (PFE) , em duas ocasiões, ao tratar do peso dos compromissos previstos para fiscalização:

a) Parecer 361/2016/PFE/ANATEL/PGF/AGU (peça 105, p. 51) :

‘29. Deve ser avaliado se há motivos que indiquem que a cessação da infração de óbice à fiscalização se dê gradualmente, conforme previsão constante do art. 15, inc. II, do RTAC. Este órgão jurídico entende não caber a inclusão dos PADOS relativos a essa infração no TAC;

30. Eventualmente, se o entendimento desta Procuradoria não for acolhido pela Agência, quanto à exclusão dos PADOS relativos à infração de óbice à fiscalização, **recomenda-se a revisão dos compromissos estipulados relativos a essa conduta, visto que são demasiado simples, mas com um valor total de multa alto em relação à simplicidade das obrigações a serem firmadas, o que revela uma desproporção entre a vantagem eventualmente auferida pela compromissária com a celebração do TAC e o eventual benefício decorrente para a sociedade.**’ (sem grifos no original)

para a sociedade, (sem grifos no original)

b) Parecer 399/2016/PFE/ANATEL/PGF/AGU (peça 88, p. 218) :

'218. Outro ponto a ser reavaliado é a inserção, como compromissos de ajustes, de propostas que nada mais são do que providências ordinárias que precisam ser tomadas pela prestadora para o atingimento das metas por ela estabelecidas em conjunto com a Anatel.

219. Desse modo, este órgão de assessoramento jurídico propõe que a área técnica, sem afastar a necessária gradação de condutas, **revise a distribuição de pesos realizada para a obtenção do valor da multa pelo descumprimento das obrigações relativas ao tema Fiscalização.**' (sem grifos no original)

635. É importante ressaltar que o problema relatado da distribuição do VR no TAC da empresa Telefônica é identificado também com relação ao peso dado para as ações referentes aos compromissos adicionais, que representam somente 25% do VR, totalizando R\$ 715,7 milhões.

636. Quando comparado com o percentual dos compromissos de metas-meio, que totalizam 49% do VR e são menos voltados para o interesse público, a representatividade dos compromissos adicionais fica ainda menor.

637. Vale lembrar que a essência do interesse público do TAC consiste em o Poder Público abrir mão diretamente de recursos oriundos de multas para que a prestadora realize investimentos, ordinariamente não previstos, em prol da sociedade. Embora a exigência de que a operadora corrija sua conduta irregular seja um pré-requisito para o TAC, o ajustamento da conduta já seria exigível da empresa independentemente do acordo. Isso significa que o maior benefício obtido do TAC é justamente a previsão de novos investimentos no setor, ou seja, são os compromissos adicionais que a operadora irá realizar.

638. Dessa forma, o interesse público existente na assinatura do TAC da Telefônica aprovado pela Anatel gira, principalmente, em torno dos compromissos adicionais, que devem ser elaborados considerando a sua relevância, sendo que suas ações devem ser incentivadas pela agência reguladora.

639. Pela análise da tabela 5, novamente é possível verificar que a distribuição do VR não foi feita de forma equilibrada. Isso porque, conforme dito anteriormente, o peso dado aos compromissos adicionais (25% do VR) , que são de extrema

relevância para o interesse público, corresponde à quase metade do peso dado aos compromissos de metas-meio (49% do VR) , que são ações estruturais da própria empresa, algumas inclusive de menor complexidade, que não necessariamente estão diretamente relacionadas com o interesse público.

640. Dessa forma, constata-se novamente um desvio de objeto na formação do TAC da empresa Telefônica, visto que a distribuição do VR e, conseqüentemente, das multas aplicáveis à operadora estimula o cumprimento de ações voltadas para metas-meio em detrimento das ações destinadas a atender demandas mais relevantes.

641. O baixo percentual de 25% de VR previsto para os compromissos adicionais representa um risco ainda maior ao interesse público quando comparado com o montante de investimentos previstos para o seu cumprimento.

642. Em resposta à diligência (peça 45, mídia anexa arquivo 'Anexo 1 - Informe 122-2016-SEI-PRUV-SPR') , a Anatel afirmou que o investimento a ser feito pela operadora para atender os compromissos adicionais será de aproximadamente R\$ 1,6 bilhão. Desse modo, ao se comparar o percentual de distribuição do VR para os compromissos adicionais (R\$ 715,7 milhões ou 25% do VR) com o real montante a ser investido pela empresa para cumpri-los (R\$ 1,6 bilhão) , fica claro o desequilíbrio do peso e da relevância atribuídos a essas ações pela Anatel.

643. Sobre esse ponto, não se pode perder de vista que a parcela do valor de referência prevista para uma ação será cobrada, ou executada, pela Anatel caso a prestadora não cumpra aquele compromisso e ainda servirá de base para estabelecer multas a serem aplicadas à empresa em caso de atrasos.

644. Soma-se a isso o fato de que, ainda que a operadora descumpra integralmente os compromissos adicionais do TAC, que são essenciais para garantir o interesse público do acordo, essa irregularidade não resulta, seja durante a vigência do TAC ou no seu término, na execução integral do TAC, visto que esses projetos correspondem a somente 25% do valor de referência, não sendo aplicável a regra do art. 29 do regulamento de TAC, que define que atrasos ou descumprimentos de obrigações correspondentes a mais de 50% do VR resultam em seu descumprimento integral do TAC.

645. Verifica-se, pois, um desvio de finalidade do objeto do TAC da empresa Telefônica no que se refere à distribuição do valor de referência do acordo

telefônica no que se refere a distribuição do valor de referência do acordo entre os compromissos a serem realizados visto que o montante previsto na distribuição do VR permite que a empresa possua mais estímulo para não executar os investimentos e ser penalizada do que de fato cumprir aqueles compromissos previstos.

646. Assim, propõe-se reavalie os percentuais do Valor de Referência (VR) previstos para cada compromisso do TAC, dando prioridade e maior relevância aos compromissos adicionais do TAC e, principalmente, aos compromissos que correspondem ao ajuste direto de condutas irregulares segundo as métricas e metas definidas nos normativos da Anatel, não estando incluídos nesse grupo os compromissos de metas-meio, em razão de a situação atual está em desacordo com os princípios da finalidade e interesse público previstos no art. 36 da Resolução 612/2013 e nos arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

647. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

VII.3. Irregularidades na definição e no cálculo do VPL dos compromissos adicionais pactuados no TAC da empresa Telefônica

VII.3.1. Irregularidades e fragilidades do projeto escolhido como compromissos adicionais do TAC da Telefônica

648. O regulamento de TAC da Anatel, Resolução-Anatel 629/2013, assim dispõe sobre os compromissos adicionais:

‘Art. 18. Além do compromisso de ajustamento da conduta irregular, serão estabelecidos compromissos adicionais que impliquem benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço, das seguintes espécies (...);

Art. 19. Na execução de projetos, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a:

I - no mínimo, 80% (oitenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida; e,

II - no mínimo, **40% (quarenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos demais casos.**

§ 1º **Somente serão admitidos projetos que apresentem Valor Presente Líquido (VPL) negativo**, a ser apurado conforme metodologia de cálculo usualmente empregada pela Agência.' (sem grifos no original)

649. Dessa forma, ao avaliar o TAC da empresa Telefônica, é necessário analisar as condições e decisões aprovadas pela Anatel sobre os compromissos adicionais a serem realizados pela prestadora.

650. A proposta de compromissos adicionais analisada pela área técnica da agência se referia à realização de investimentos na rede da Telefônica por meio da instalação de armários multisserviços (MSAN-FTTC) no estado de São Paulo (peça 93, p. 78) . Trata-se de um projeto de tecnologia chamado *fiber to the curb* (FTTC) , em que se amplia a capacidade da rede por meio da instalação de fibra óptica até o armário ou caixa de distribuição.

651. A análise da área técnica da Anatel, ao tratar dessa proposta de compromissos adicionais, entendeu como positiva e benéfica a proposta de FTTC (peça 111, p. 23) :

'5.69. Este projeto de encurtamento de rede e modernização dos armários é um projeto que incrementa a qualidade da oferta de banda larga fixa com impactos, também, na competição.

(...)

5.71. Apesar disso, não se observa, no âmbito da competição, óbice ao projeto apresentado pela empresa. Pesa a favor que **este Compromisso Adicional vai ao encontro das diretrizes estabelecidas para os projetos adicionais, quais sejam, massificação, modernização e elevação dos padrões de qualidade.**' (grifos nossos)

652. Entretanto, após ser encaminhada ao relator da matéria no Conselho Diretor da Anatel, a proposta foi alterada, por solicitação da prestadora. Ou seja, a proposta foi apresentada após finalizado o prazo previsto para o período de negociação, o que constitui uma ação incompatível com o regulamento de TAC, conforme relatado nas

seções 1.2 e 1.3 da presente instrução.

653. Dessa feita, os compromissos adicionais passaram a ser exclusivamente a implantação de acessos de banda larga em alta velocidade por meio de fibra óptica até as dependências do cliente, que é a tecnologia chamada de *fiber to the home* (FTTH) (peça 93, p. 78) .

654. A nova proposta, ratificada e aprovada pelo relator e pelo Conselho Diretor da Anatel, passou a prever as seguintes ações:

‘4.2.15.6. A nova proposta consiste em projeto de investimento denominado ‘Projeto de Ultra Banda Larga’ (...) , **consistente na implantação e provimento de acessos de banda larga fixa através da tecnologia FTTH (Fiber To The Home) em 100 (cem) municípios dentro (35) e fora (65) do estado de São Paulo**, incluindo aumento da capacidade do Backbone e acesso em alta velocidade.

4.2.15.7. O projeto prevê a disponibilização de 1.463.790 (um milhão, quatrocentas e sessenta e três mil, setecentas e noventa) novas facilidades de banda larga, sendo 420.011 (quatrocentas e vinte mil e onze) dentro do Estado de São Paulo (em 35 municípios) e 1.043.779 (um milhão, quarenta e três mil, setecentas e setenta e nove) distribuídas em 65 municípios de quatorze estados fora de São Paulo.’

655. O relator da matéria, após sua análise, aprovou a proposta de compromissos adicionais de FTTH com base em um comparativo entre o que o país possui atualmente de acessos com essa tecnologia e o que a Telefônica estava propondo instalar:

‘4.2.15.22. Atualmente o país conta com 1,4 milhão de consumidores com acesso a fibra óptica (até seu domicílio) , conforme informação obtida nos sistemas da Anatel (por Operadora) :

(...)

4.2.15.23. **A proposta apresentada pela compromissária consiste na disponibilização de 1,463 milhões de novos acessos o que permitiria, ao final do TAC, dobrar a quantidade de consumidores atendidos por essa tecnologia**, chegando, assim, a 2,8 milhões de consumidores com acesso a essa tecnologia.

4.2.15.24. **Portanto, considero o projeto de ultra banda larga apresentado pela compromissária é o tipo de projeto que um instrumento com o TAC deveria**

compromissaria e o tipo de projeto que um instrumento com o TAC deveria custear ou fomentar para permitir ao país alcançar um patamar cada vez maior na oferta de serviços de banda larga ao maior número possível de **consumidores**, permitindo, assim, o acesso desses à informações, cultura, lazer e oportunidades de trabalho e de crescimento pessoal, profissional e econômico que esse tipo de serviço pode possibilitar.’ (grifos nossos)

656. Entretanto, entende-se que a avaliação transcrita acima, referendada pelo CD, embora esteja correta quanto aos benefícios de ampliação e melhoria dos serviços resultantes de um projeto de investimento em FTTH pela prestadora, deixa de levar em consideração o grau de interesse público da escolha desse projeto específico em detrimento de outros projetos que poderiam ser realizados com esse volume de recursos de que o Poder Público está abdicando.

657. Conseguir levar a fibra até a casa do cliente é um ideal que as operadoras e a sociedade buscam e têm como projeção de futuro. Entretanto, entende-se que priorizá-lo como política pública no Brasil não faz sentido se levarmos em consideração a atual situação deficitária de infraestrutura do país quanto ao acesso à internet.

658. Segundo dados da pesquisa TIC Domicílios 2015, elaborado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGI (acessado em 30/3/2017 e disponível em http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Dom_2015_LIVRO_ELETRONICO.pdf), o acesso à internet está disponível em somente 56% dos domicílios urbanos, contra apenas 22% na zona rural. Nesse estudo, também são apontadas diferenças regionais relevantes, como, por exemplo, entre a região Sudeste, que apresenta 60% de seus domicílios com acesso à rede, e a região Norte, onde a taxa é de 35%.

659. Assim, verifica-se que a definição dos compromissos adicionais do TAC utilizando o fornecimento de FTTH atende à demanda de uma região que conta com um elevado percentual de acesso e que possui vantagens socioeconômicas suficientes para atrair investimentos, independentemente do incentivo pelo Poder Público. **A proposta aprovada pelo CD da Anatel evidencia, portanto, uma política com um alcance restrito, difícil de compatibilizar com uma política pública de um país com as características atuais do Brasil.**

660. A adequação da proposta de compromissos adicionais que visassem a implantação de FTTH foi inclusive avaliada por um dos conselheiros da Anatel, que

implantação de FTTH foi inclusive avaliada por um dos conselheiros da Anatel, que apresentou divergência de opinião com o relator da proposta de TAC da Telefônica, no momento da aprovação pelo conselho (peça 94, p. 52) :

‘5.231. O projeto submetido pela área técnica à PFE-Anatel versava sobre a

implantação, substituição e modernização da rede de acesso multisserviço (MSAN) em municípios do Estado de São Paulo, para aumento da capacidade de provimento de banda larga, por meio de tecnologia xDSL, em áreas mais distantes das centrais públicas de telefonia. Parte desses armários seriam Fiber To The Curb ou Fibert To The Carbinet (FTTC) .

5.232. O projeto trazido à apreciação do Conselho Diretor, por sua vez, consiste na implantação e provimento de acessos de banda larga fixa através da tecnologia FTTH (Fiber To The Home) em 100 (cem) municípios dentro (35) e fora (65) do Estado de São Paulo, incluindo-se aumento da capacidade do backbone e acesso em alta velocidade.

5.233. **Cabe observar que o projeto de implementação de FTTH não consta da lista de projetos elegíveis como compromissos adicionais** pelo Ato nº 50.004, de 5 de janeiro de 2016, cujo rol foi assim determinado:

(...)

5.234. Em que pese ao fato de ser possível a apresentação de outros projetos, em razão do disposto no parágrafo único do art. 1º do Ato nº 50.004, analisando-se os autos do Processo nº 53500.013012/201514, **verifica-se que a Análise nº 214/2015GCIF, de 13 de novembro de 2015, da lavra do Relator destes autos, ponderou que a tecnologia FTTC seria mais adequada do que a FTTH:**

‘4.25. A outra opção que proponho ser adicionada ao rol de projetos estratégicos – utilização de fibra ótica nas redes de acesso – complementa a sugestão feita pela SPR de uso de fibra no backhaul.

4.26. Entre as topologias que empregam fibra ótica nas redes de acesso de última milha, entendo que as do tipo FTTC (Fiber To The Curb ou Fiber To The Cabinet) são mais adequadas à realidade socioeconômica do país, ponderando-se custos de implantação e quantidade de pessoas beneficiadas, especialmente quando comparadas à opção FTTH (Fiber To The Home) . Ademais, também vão ao encontro das diretrizes estabelecidas para projetos

estratégicos.

(...) .’

5.235. Há, portanto, uma aparente incongruência entre a aceitação do projeto de FTTH, na medida em que o Conselho Diretor, em outra oportunidade, considerou o FTTC mais adequado à necessidade brasileira.

5.236. Consigno que seria prudente, em razão da substituição total da proposta encaminhada pela área técnica e apreciada pela PFE, demonstrar as razões pelas quais o projeto de FTTH seria melhor do que o de FTTC, mormente quando houve posicionamento diverso da parte do Conselheiro Relator.’ (sem grifos no original)

661. Dessa forma, verifica-se que, assim como foi apontado pelo voto divergente à aprovação do TAC da Telefônica, o próprio Conselho Diretor da Anatel (incluindo o relator do TAC) já havia se pronunciado quanto à ausência de interesse público em projetos com FTTH quando comparado com outros projetos a serem executados com aqueles recursos.

662. Ressalta-se que, conforme relatado anteriormente, as alterações na proposta de compromissos adicionais do TAC da Telefônica foram realizadas no âmbito do Conselho Diretor, sendo remetido para a área técnica somente para a atualização dos cálculos. Assim, a nova proposta e as suas características e impactos não foram objeto de análise pela área técnica, com vistas a avaliar o conteúdo alterado, nem pela Procuradoria Especializada junto à Anatel.

663. A ausência de análise da nova proposta por essas instâncias fragiliza o processo, reduz a confiabilidade das informações utilizadas no momento da aprovação da proposta, e ainda pode resultar em prejuízos ao interesse público, caso o CD deixe de considerar algum ponto relevante que poderia ser visto ou apresentado pelas demais áreas e instâncias.

664. Diante dos dados apresentados, propõe-se determinar à Anatel que, ao definir os compromissos adicionais dos TACs, aprove projetos destinados a garantir o uso dos recursos públicos alocados nos acordos em prol da política pública de universalização da banda larga conforme estabelecido pelo então Ministério das Comunicações, em consonância com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016, o art. 19, §3º, da Resolução Anatel 629/2013 e com o princípio de interesse público previsto no art

Resolução-Anatel 629/2013 e com o princípio do interesse público previsto no art. 36, parágrafo único, da Resolução 612/2013 c/c o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

665. Visto que a agência já aprovou o TAC de duas operadoras e com o objetivo de garantir o atendimento da determinação proposta anteriormente, também se propõe

determinar à Anatel que ajuste os projetos dos compromissos adicionais dos TACs já aprovados pela agência de forma a atender as condições descritas na determinação anterior, em consonância com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016, o 3º do art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013 e com o princípio do interesse público previsto no art. 36, parágrafo único, da Resolução 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

VII.3.2. Fragilidades dos critérios objetivos e especificações técnicas das metas dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica

666. Outro ponto importante a ser avaliado é a forma como a Anatel definiu e aprovou as especificações técnicas previstas no projeto de compromissos adicionais no TAC da Telefônica.

667. A minuta do TAC assim define o projeto de compromissos adicionais nos seguintes termos (peça 96, p. 32) :

‘Cláusula 5.1. A COMPROMISSÁRIA se obriga a executar os compromissos adicionais, consistentes na **implantação e provimento de acessos de banda larga fixa através da tecnologia FTTH (Fiber To The Home) em 100 (cem) municípios**, relacionados no Anexo E, incluindo aumento da capacidade de Backbone e acesso em alta velocidade.

§2º. A obrigação assumida na presente cláusula observará o cronograma constante da tabela abaixo:

1º Ano	2º Ano	3º Ano	4º Ano
10 municípios	28 municípios	30 municípios	32 municípios

§3º Entende-se por **implantação a construção de rede e/ou infraestrutura de telecomunicações, resultando na disponibilização de pontos de acesso no território municipal.**’ (sem grifos no original)

668. Verifica-se que a minuta traz uma descrição ampla e geral sobre o projeto, não havendo maiores detalhamentos sobre as metas e mecanismos de controle a serem considerados pela agência na avaliação do cumprimento dos compromissos.

669. Assim, por meio de diligência (peça 73) , foi solicitado à Anatel que encaminhasse o documento que especifica tecnicamente o projeto dos compromissos adicionais a ser executado pela Telefônica e que informasse se as especificações e os detalhes técnicos nele previstos teriam validade jurídica para embasar o controle, acompanhamento e sanção das metas.

670. Em sua resposta, a Anatel afirmou (peça 82) :

‘3.5. Dessa forma, percebe-se que o compromisso envolve, ao mesmo tempo, o atendimento de municípios com provimento de acessos de banda larga fixa através da tecnologia FTTH (*Fiber To The Home*) , por meio de construção de rede e/ou infraestrutura de telecomunicações, e que **tal atendimento envolverá a disponibilização de uma quantidade mínima de portas, com uma capacidade mínima, para cada município.**

(...)

3.9. Ressalta-se, portanto, que deverá constar do Manual um maior detalhamento quanto aos critérios objetivos para verificação e atesto da obrigação de ampliação da cobertura da rede FTTH, prevalecendo o entendimento de que a infraestrutura para a cobertura dos domicílios (acessos) com a rede FTTH corresponde ao compromisso de Home Passed a ser cumprido.

3.10. Destaca-se também que é parte constante do MAF [*manual de acompanhamento e fiscalização do TAC*]: **(i) a exigência de apresentação da situação inicial dos municípios envolvidos no que concerne a presença de FTTH; (ii) a exigência de apresentação de projeto executivo detalhado** – cuja execução será acompanhada *pari passu* pela Agência; e (iii) a exigência de relatório certificado demonstrando a efetiva instalação dos equipamentos acordados, sua ativação, e disponibilização do acesso a banda larga em todos os municípios considerados, assim como da quantidade de portas determinadas no Termo de Ajustamento de Conduta.’ (sem grifos no original)

671. Assim, a Anatel afirma somente que o atendimento envolverá a

disponibilização de uma quantidade mínima de portas para cada município e que as especificações e os critérios serão definidos posteriormente, com o desenvolvimento de um manual de fiscalização e acompanhamento pela agência.

672. Resta evidente que, apesar de já ter sido aprovado o TAC da empresa Telefônica, a Anatel ainda não possui o detalhamento da meta a ser atingida nos compromissos adicionais nem das especificações técnicas e critérios objetivos a serem exigidos da operadora.

673. Aprovar o termo sem essas informações representa uma irregularidade na atuação da agência, visto que a falta de transparência e de definição prévia dos critérios e das metas resulta na fragilidade do acordo, na possível distorção entre os valores e dispêndios previstos e os que deverão ser realizados e, principalmente, na insegurança jurídica do TAC, uma vez que as definições posteriores podem gerar conflitos e questionamentos entre as partes, inclusive judiciais.

674. Como resultado de um bom processo de negociação, é necessário deixar claro, antes da assinatura do termo, os dados e critérios objetivos a serem exigidos, como os seguintes exemplos, mas não restrito a eles:

a) se o cumprimento será atestado quando o acesso chegar às facilidades da casa dos usuários, dado que o projeto FTTH corresponde à entrega de fibra na casa do cliente;

b) se a disponibilização mínima de portas, como afirmou a Anatel, é suficiente para considerar cumprido o compromisso;

c) qual a capacidade mínima das portas que será admitida como cumprimento efetivo da implantação do acesso;

d) quais localidades, regiões e bairros de cada um dos cem municípios terão seu atendimento aceito como meta dos compromissos adicionais;

e) se deverá ocorrer o fornecimento dos acessos independentemente de haver demanda de clientes dispostos a custear o novo serviço;

f) se, ao avaliar o VPL dos compromissos adicionais, foram consideradas todas as receitas ou os gastos existentes, como o possível fornecimento de equipamentos em comodato para os clientes finais; etc.

675. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que estabeleça na minuta a ser assinada todos os critérios objetivos e as especificações técnicas das metas a serem exigidas da operadora no cumprimento dos compromissos adicionais, seja no projeto de *Fiber-to-the-home* (FTTH) seja em qualquer outro escolhido, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013 e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

VII.3.3. Irregularidades na definição das localidades a serem atendidas nos compromissos adicionais do TAC da Telefônica

676. Além da escolha da tecnologia do projeto apresentado para os compromissos adicionais do TAC em referência, é necessário avaliar também outros aspectos dessa decisão.

677. Inicialmente, pelo fato de o Brasil ter dimensões continentais e uma infraestrutura de banda larga deficitária e desigual quando comparadas as suas diversas regiões, é importante que os incentivos promovidos pelo Poder Público foquem em localidades em que não há interesse comercial de atendimento pelas prestadoras de telecomunicações em um futuro próximo.

678. Assim, conforme já citado no presente relatório, embora projetos com tecnologia FTTH representem, de fato, melhorias nas redes de telecomunicações, a própria Anatel, ao designar os projetos prioritários no Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016 (peça 110), entendeu que eles não devem compor a lista de ações prioritárias do Poder Público ao destinar o uso recursos públicos. Isso porque, além do custo de oportunidade de deixar de aplicar esses valores em projetos que atendam municípios remotos, sem infraestrutura e sem interesse comercial das prestadoras, o projeto com FTTH beneficia a operadora, porque possui um grande apelo comercial e um público-alvo com poder aquisitivo maior, representando maior rentabilidade do projeto, sem que seja garantido o interesse público.

679. Tal benefício fica ainda mais evidente ao se levar em consideração a prática comum das operadoras em fornecer aos clientes pacotes de serviços (conhecidos como combos) que englobam diversos produtos ofertados pela empresa e que são impulsionados justamente pelo fornecimento de acesso à internet a alta velocidade.

680. Ao avaliar o mapa apresentado pela Anatel que demonstra a escolha dos municípios a serem atendidos pelo projeto do TAC da Telefônica, fica bastante claro que estão sendo priorizadas regiões do país com menos carência de infraestrutura (peça 137, p. 1) .

681. Verifica-se que estão sendo privilegiados projetos que atendem localidades nas regiões Sul e Sudeste do país, que possuem maior infraestrutura e um índice de desenvolvimento maior, em detrimento de regiões mais deficitárias de rede de telecomunicações, como Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

682. Esse fato fica ainda mais evidente ao se analisar a lista de municípios (peça 137, p. 2) , visto que, apesar de muitos serem considerados municípios pequenos, estão listadas algumas capitais e outras localidades que possuem grande potencial comercial para a prestadora, como, por exemplo, cidades turísticas, localidades consideradas polos tecnológicos e cidades geograficamente bastante próximas de regiões industriais.

683. Está em andamento na Anatel o processo de revisão do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) , aprovado pela Resolução-Anatel 600, de 8 de novembro de 2012, que dispõe sobre o incentivo e a promoção da competição livre, ampla e justa no setor de telecomunicações (processo Anatel 53500.207215/2015-70) .

684. Embora a revisão ainda esteja em andamento, é possível fazer uma análise preliminar entre a proposta de PGMC da Anatel e os municípios considerados como compromissos adicionais do TAC da Telefônica.

685. Na minuta de Resolução do PGMC em consulta pública está previsto que (disponível em https://sei.anatel.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?tQtIDB84dQL5PAkxBvInILtS4jaiW8RP8B5qu5g4w0bN35Nq3mp4pCInugH0zwUH8aMW e acessado em 10/2/2017) :

‘Art. 4ºA. A Anatel poderá estabelecer obrigações diferenciadas com base no nível de competição de mercados de varejo ou atacado, identificados nos estudos conduzidos segundo as diretrizes do Anexo I e categorizados da seguinte forma:

I – **Categoria 1: competitivos**, ou seja, que não requerem a aplicação de Medidas Regulatórias Assimétricas;

II – **Categoria 2: potencialmente competitivos** a partir da aplicação de Medidas Regulatórias Assimétricas mínimas;

III – **Categoria 3: pouco competitivos**, ou seja, potencialmente competitivos a partir da aplicação de Medidas Regulatórias Assimétricas mais severas que aquelas da Categoria 2;

IV – **Categoria 4: não competitivos**, ou seja, onde Medidas Regulatórias Assimétricas não são suficientes para, no médio prazo, promover a competição.’
(grifos nossos)

686. Buscou-se fazer um comparativo entre os municípios escolhidos no TAC para a implantação de FTTH como compromisso adicional e a categoria em que eles estariam inseridos segundo a análise de competitividade prevista na proposta do PGMC, conforme gráfico abaixo, elaborado a partir dos dados na peça 137, p. 3.

Figura 6 – Percentual dos municípios do TAC da Telefônica em cada categoria do PGMC

Fonte: peça 137, p. 3

687. Verifica-se que 48% dos municípios escolhidos pela Telefônica e aprovados pela Anatel se encontram em regiões competitivas ou com bom potencial competitivo, às quais, segundo a agência, seria necessária somente a aplicação de medidas regulatórias assimétricas mínimas.

688. Além disso, verifica-se que nenhum dos municípios incluídos no TAC pertence à classificação 4, referente a regiões não competitivas em que, segundo a Anatel, as medidas regulatórias assimétricas não são suficientes para, no médio prazo, promover a competição, de forma que se torna necessária a atuação direta de incentivo do Poder Público.

689. Assim, constatou-se novamente que o ente público, após optar por abdicar de recursos públicos com vistas a incentivar ações de investimentos no setor de telecomunicações, não está priorizando ações em localidades mais deficitárias de infraestrutura, resultando em um possível prejuízo ao interesse público.

690. Também foi feita uma análise com vistas a avaliar o nível de desenvolvimento dos municípios a serem atendidos nos compromissos adicionais do TAC da Telefônica. Utilizou-se como base o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal

telefônica. Utilizou-se como base o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), um indicador produzido pelo PNUD Brasil, o Ipea e a Fundação João Pinheiro adaptando do IDH Global e utilizando os dados dos censos demográficos do IBGE (acessado em 19/4/2017 e disponível em http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/o_atlas/idhm/).

691. O IDHM é um número que varia entre 0 e 1. Quanto mais próximo de 1, maior o desenvolvimento humano de um município, conforme escala abaixo:

Figura 7 – Escala dos níveis de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM)

Fonte: disponível em http://www.atlasbrasil.org.br/2013/pt/o_atlas/idhm/ e acessado em 19/4/2017.

692. Ao comparar os municípios selecionados nos compromissos adicionais do TAC da Telefônica, constatou-se que nenhum dos municípios está classificado nas faixas de ‘baixo desenvolvimento’ e nem de ‘muito baixo desenvolvimento’. Além disso 89% das localidades possuem alto desenvolvimento, conforme gráfico abaixo (peça 137, p. 4):

Figura 8 – Classificação dos municípios dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica conforme Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM)

Fonte: peça 137, p. 4

693. Novamente, fica claro que a escolha dos municípios a serem atendidos pelos compromissos adicionais do TAC da Telefônica prioriza localidades que possuem um nível de desenvolvimento maior e mais avançado, em detrimento de regiões deficitárias, o que beneficia indevidamente a prestadora e representa um possível prejuízo ao interesse público do acordo.

694. Ressalta-se que a minuta de TAC do termo da empresa Telefônica ainda prevê, sobre os compromissos adicionais (peça 96, p. 33):

‘§6º. A COMPROMISSÁRIA poderá substituir município, ou qualquer conjunto de municípios, integrante (s) do Anexo E por outro município, ou conjunto de municípios, desde que o VPL (com multiplicador) para tal município ou conjunto de municípios seja igual ou mais negativo do que aquele para o (s) municípios substituídos, considerados os parâmetros econômicos e metodologia de cálculos dos planos de negócios acordados na data de assinatura do TAC, mediante notificação da ANATEL.’

695. Assim, de forma a agravar ainda mais o problema relatado na presente seção quanto aos compromissos adicionais do TAC da Telefônica, **a empresa ainda poderá mudar, a qualquer momento, os municípios listados no termo, o que**

traz ainda mais insegurança do acordo quanto à garantia de interesse público na escolha das localidades.

696. Observa-se que, ainda que a minuta exija que, em caso de troca de município, o valor do projeto novo deva ser igual ou superior ao original, não detalha as especificações técnicas dos acessos a serem fornecidos. Assim como foi relatado na seção anterior do presente relatório, não estão claras informações como, por exemplo, a localização ou os bairros que possuem prioridade no fornecimento dos serviços. Dessa forma, faltam mecanismos que garantam que estejam sendo selecionadas localidades com mais carência de infraestrutura e mais compatíveis com o interesse público do acordo.

697. Por conseguinte, a prestadora pode optar por um projeto cujos dispêndios sejam significativos e equivalentes ao do município original, porém localizado em regiões de maior interesse comercial do que as demais, o que iria de encontro com a política pública de redução de desigualdades regionais. Não há, pois, garantia de que a infraestrutura custeada com os recursos públicos seja implantada em bairros mais carentes e necessitados.

698. A falta de especificações permite inclusive que fosse válido, como cumprimento do compromisso, o mero atendimento do município listado, ainda que para isso a empresa tenha simplesmente lançado uma rede redundante em bairros de maior atratividade econômica, como forma de disputar o mercado. Nesse caso, ainda que a medida traga ganho da competição entre operadoras, fica claro que ele não cumpre o objetivo da política pública de universalizar a banda larga em locais desprovidos de infraestrutura, pois levaria a infraestrutura resultante de compromissos adicionais a cidadãos que já possuem acesso à internet, não contribuindo para o aumento do acesso à rede em nosso país, por meio de infraestrutura e banda larga.

699. Ressalta-se que, no âmbito do TAC, se trata da implantação de uma infraestrutura a ser construída ou expandida por meio de recursos públicos e que, por isso, deve atender ao interesse público. Dessa forma, não é relevante se a

localidade a ser atendida possui demanda de usuários interessados em pagar pelo serviço, visto que esse não constitui o objetivo primordial dos compromissos adicionais.

700. Conforme dito nos parágrafos anteriores, a troca posterior à assinatura do contrato dos municípios e das regiões que deverão ser atendidas só deve ser admitida em casos pontuais e com uma motivação clara. Ainda assim, não basta apenas a equivalência entre o estudo financeiro do projeto original e o do novo investimento, ou seja, não basta que ambos tenham Valores Presentes Líquidos (VPL) negativos correspondentes. É necessário que o perfil e as características do novo local a ser atendido (como a carência de infraestrutura, por exemplo) sejam equivalentes ou até mais deficientes do que a região prevista originalmente como meta.

701. Por exemplo, ainda que o dispêndio final dos dois projetos fosse o mesmo, não seria aceitável a troca do fornecimento de um acesso à internet em um município classificado como categoria 4 do PGMG (com custo de atendimento alto) pelo fornecimento de um acesso em um município de categoria 1, com maior capacidade para compensar a redução do custo de atendimento da nova localidade.

702. O objetivo dos compromissos adicionais (e também do TAC) não é puramente a realização de investimentos, mas sim a sua aplicação em locais que mais necessitam de recursos públicos, como prevê o próprio Decreto 8.776/2016 do Programa Brasil Inteligente.

703. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que, ao definir os critérios objetivos e as especificações técnicas das metas a serem exigidas das operadoras no cumprimento dos compromissos adicionais, inclusive para os acordos já aprovados e que deverão ser revistos, que estabeleça detalhadamente as regiões e, preferencialmente, os bairros que serão considerados prioritários e aceitáveis como localidades a serem atendidas pelos compromissos, em consonância com o art. 13, incisos I a IV, da Resolução-Anatel 629/2013 e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

704. Considerando que foi verificado que há a possibilidade de futuros requerimentos por parte da operadora em alterar as localidades a serem atendidas,

propõe-se também determinar à Anatel que em casos de repactuação dos TACs devido a caso fortuito ou força maior ou à alteração nos normativos que impactem nas metas do acordo, inclua nas minutas de TAC cláusula que estabeleça que a troca dos municípios e das regiões a serem atendidos pelos compromissos do TAC, sejam eles de ajustamento de conduta ou compromissos adicionais, só será admitida após análise pela Anatel e desde que a mudança esteja devidamente motivada e haja compatibilidade entre os investimentos previstos para ambos os projetos e entre as características sociais e de infraestrutura existente entre a localidade nova e a originalmente prevista, em respeito aos princípios de interesse público e de segurança jurídica, previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

705. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

VII.3.4. Ausência de justificativa da existência de interesse público em atribuir os percentuais máximos de desconto aos compromissos adicionais do TAC da Telefônica

706. O regulamento de TAC da Anatel prevê:

‘Art. 19. Na execução de projetos, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a:

I - no mínimo, 80% (oitenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida; e,

II - no mínimo, 40% (quarenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos demais casos.

§ 1º Somente serão admitidos projetos que apresentem Valor Presente Líquido (VPL) negativo, a ser apurado conforme metodologia de cálculo usualmente empregada pela Agência.

(...)

Art. 20 - **Na concessão temporária de benefícios diretos a usuários**, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a:

I - **no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência** do TAC, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida;

II - **no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) do Valor de Referência** do TAC, em relação aos demais casos.' (sem grifos no original)

707. Assim, o regulamento de TAC (RTAC) define que os compromissos adicionais deverão ser estabelecidos pela Anatel a partir de um percentual mínimo determinado no regulamento, que depende do tipo de processo administrativo e do tipo de compromisso a ser assumido.

708. Considerando que o ajustamento de conduta trata de correções que as operadoras já eram obrigadas a fazer por força dos normativos vigentes, o interesse público dos TACs reside no fato de que o Poder Público irá abdicar dos recursos das multas em troca da realização de ações e investimentos que beneficiam a sociedade, ou seja, os compromissos adicionais.

709. Assim, ao aceitar, por meio dos incisos I e II dos arts. 19 e 20 do RTAC, que o valor dos compromissos adicionais sejam menores do que o valor de referência do TAC (que corresponde ao valor das multas incluídas no acordo) , a Anatel permite que, discricionariamente, seja reduzido o valor dos projetos a serem feitos nos compromissos adicionais, parcela do TAC vinculada diretamente ao interesse público.

710. Assim, essa redução prevista pelo regulamento de TAC representa um risco para os TACs conduzidos pela Anatel, visto que há um possível prejuízo ao interesse público do acordo, já que as multas estão sendo trocadas por compromissos que não possuem valores equivalentes à elas.

711. Não foram identificados as motivações e os estudos que fundamentaram a opção da agência em permitir que os compromissos adicionais possuíssem um valor menor do que o valor das multas incluídas no TAC. Constatou-se, inclusive, que a versão do regulamento de TAC que foi para consulta pública não possuía qualquer previsão do tipo para os compromissos adicionais, chamados anteriormente de Plano de Ação Adicional (acessado em 4/5/2017 e disponível em

<https://sistemas.anatel.gov.br/SICAP/comum/VerificaArquivoAberto.asp?CodDocumentoProcesso=4088845&idArquivo=597329> .

712. Diante do exposto, propõe-se determinar à Anatel que justifique a motivação e os critérios utilizados para fundamentar a permissão dada pela agência nos arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013 para que o valor dos compromissos adicionais possa ser inferior ao valor das multas incluídas nos TACs, esclarecendo também os critérios e estudos feitos para calcular os percentuais estabelecidos nos referidos dispositivos, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da legalidade, da motivação e do interesse público previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999 c/c o art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e os arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997.

713. Sobre o caso concreto da Telefônica, foi feita uma análise dos valores do referido TAC, obtidos após a atualização pela área técnica da agência dos valores e das mudanças determinados pelo Conselho Diretor da agência na aprovação do acordo, em que verificou-se que os mínimos exigidos são:

Tabela 7 – Valor mínimo para os compromissos adicionais do TAC da Telefônica:

Mínimos dos
Compromissos Adicionais

Valor aplicado atualizado	R\$ 892.525.932,78	Valor aplicado atualizado	R\$ 1.970.354.386,42
Limite mínimo previsto no Art. 19, inciso I, do RTAC	80%	Limite mínimo previsto no Art. 19, inciso I, do RTAC	40%
Limite mínimo do compromisso adicional para multas aplicadas	R\$ 714.020.746,23	Limite mínimo do compromisso adicional para multas aplicadas	R\$ 788.141.754,57
VALOR MÍNIMO EXIGIDO DOS COMPROMISSOS ADICIONAIS	R\$ 1.502.162.500,79		

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados presentes na peça 45, mídia anexa

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados presentes na peça 70, mídia anexa arquivo ' Anexo I – SEI 1055200'

714. Assim, considerando o desconto máximo permitido pelo regulamento, o valor de projeto de compromissos adicionais deve igual ou superior a R\$ 1,502 bilhão.

715. O projeto aprovado pela Anatel possui um valor aproximado de R\$ 1,66 bilhão (peça 93, p. 80) , ou seja, somente R\$ 163 milhões a mais que o desconto máximo permitido. Isso significa que, em um amplo universo de escolha de valores de projetos a serem escolhidos, a **Anatel optou em aprovar os compromissos adicionais da empresa Telefônica dando praticamente o desconto máximo permitido, sem que houvesse uma motivação clara para esse benefício dado à operadora.**

716. A escolha da agência, por intermédio do seu Conselho Diretor, em dar os descontos máximos e a ausência de motivação para essa decisão foram objetos de críticas pela própria área da Anatel (peça 111 p. 25-27) :

'5.84. Ocorre que o TAC é instrumento que pode ser utilizado como incentivo a investimentos em regiões com maior déficit de infraestrutura e serviços, ou seja, regiões que, por não serem atrativas, dificilmente serão atendidas com alta tecnologia. E esta possibilidade, a de alcançar estas regiões, pode se concretizar neste momento, fazendo do TAC a ponte para se chegar até elas.

(...)

5.86. Diante do exposto, **propõe-se que, para os compromissos adicionais até o momento apresentados, sejam conferidos menores descontos de multa, de forma a motivar a Telefônica a investir em municípios que demandam mais a sua presença, por se tratarem de áreas carentes de infraestrutura.** A seguir, será detalhada proposta da área técnica para a concessão gradual de descontos em relação ao valor de referência do TAC e em sintonia com o disposto no artigo 19 do RTAC.' (sem grifos no original)

717. A admissão, pela Anatel, de proposta próxima ao desconto máximo permitido pelo regulamento se torna ainda mais inadequada ao se levar em consideração o projeto de FTTH e as localidades a serem atendidas por ele.

718. Conforme dito na seção anterior do presente relatório, **os municípios selecionados no TAC da Telefônica a serem atendidos pelos compromissos**

adicionais não atingem as localidades e regiões com maior deficiência de infraestrutura no país e ainda possuem um potencial comercial para a prestadora, contrariando o próprio Decreto 8.776/2016, que institui o Programa Brasil Inteligente.

719. Ora, a não priorização nos compromissos adicionais das localidades mais remotas e com infraestrutura mais precária (ou até inexistente) , sendo atendidas localidades de maior interesse comercial da prestadora, é mais uma razão para que não sejam permitidos os descontos máximos do regulamento, evitando um prejuízo do interesse público no acordo.

720. Dessa forma, propõe-se determinar à Anatel que apresente justificativa ao TCU para o desconto dado pela agência ao total dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica, tendo em vista o fato de que os municípios escolhidos apresentam características comercialmente atraentes para a operadora, o que foi verificado pelo IDH elevado da maioria dos municípios e pela classificação do nível de competitividade dado a eles pela Anatel na proposta do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) , com potencial prejuízo ao interesse público previsto no art. 15 da Resolução-Anatel 629/2013 e no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.

721. Além disso, visto que estão em andamento na agência negociações de outros TACs, propõe-se dar ciência à Anatel sobre o seu dever legal de apresentar a motivação para seus atos administrativos de forma fundamentada, principalmente com relação a decisões que resultem em redução de benefícios ao interesse público, como a aplicação de descontos nos valores a serem investidos pelas celebrantes de TAC, em consonância com o previsto no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999.

VII.3.5. Irregularidades e fragilidades do procedimento de cálculo e aprovação do VPL dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica

722. O regulamento de TAC (RTAC) dispõe sobre os compromissos adicionais:

‘Art. 19. Na execução de projetos, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a:

(...)

§ 1º Somente serão admitidos projetos que **apresentem Valor Presente Líquido (VPL) negativo, a ser apurado conforme metodologia de cálculo usualmente empregada pela Agência.**

§ 2º No caso deste artigo, **o montante dos compromissos adicionais assumidos no TAC corresponderá ao valor absoluto do Valor Presente Líquido (VPL) de cada projeto multiplicado pelo respectivo fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, que variará entre 1 (um) e 2 (dois) .'** (grifos nossos)

723. Dessa forma, cabe à Anatel, por meio de metodologia usualmente usada na agência, calcular os dispêndios e os investimentos a serem realizados como compromissos adicionais, bem como as receitas e os benefícios, garantindo que a análise financeira tenha um VPL negativo, ou seja, que sejam projetos que representem ônus às operadoras.

724. Ao aprovar o TAC da empresa Telefônica, a Análise 108/2016-SEI-IF (peça 93) , que relatou a proposta de aprovação do referido acordo e que foi referendada pelo Conselho Diretor da Anatel no Acórdão-Anatel 422/2016, afirmou:

'4.2.15.12. Em atendimento à minha solicitação, a SPR elaborou o Informe nº 122/2016/SEI/PRUV/SPR, de 19/10/2016, apresentando a seguinte análise:

(...)

3.31. Neste sentido, a Telefônica embasou seus cálculos nas mesmas premissas gerais utilizadas pela Anatel. Ou seja, elaborou planilha de cálculo a partir de modelagem econômica baseada no método de cálculo do Valor Presente Líquido do fluxo de caixa livre do projeto no horizonte de 10 anos.

3.32. Especificamente em relação ao projeto apresentado pela Telefônica, de implantação de acesso local com fibra ótica até a casa do assinante (FTTH) , a Agência não possui os elementos de custos necessários para a sua mensuração, já que, nem no modelo de custos, nem nos editais de licitação, são calculadas redes de fibra ótica urbanas. No entanto, a Anatel recebeu do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações MCTIC, por meio do Ofício nº 39225/2016/SEIMCTIC, 'modelo técnico econômico elaborado pela empresa Advisia OC & C Strategy Consultants com base no Edital Unesco 0047/2014', capaz de estimar a necessidade de aporte de recursos públicos

para viabilizar o modelo de negócio de prestadoras de serviço de acesso à banda larga fixa e móvel, a taxas de retorno de mercado, para que sejam atingidas metas de políticas públicas de cobertura e penetração para diferentes tecnologias.

(...)

3.34. Em ambos os casos, as variáveis de cálculo apresentam similaridades, tanto que os resultados são próximos. **O cálculo do VPL realizado pela Telefônica resultou em um valor negativo de R\$ 619.485.898,67 para os municípios do Estado de São Paulo e de R\$ 1.045.694.164,22 para os demais municípios, totalizando R\$ 1.665.180.062,89 (um bilhão, seiscentos e sessenta e cinco milhões, cento e oitenta mil, sessenta e dois reais e oitenta e nove centavos) , contra o valor de R\$ 1.601.921.321,00 (um bilhão, seiscentos e um milhões, novecentos e vinte e um mil, trezentos e vinte e um reais) , apurado pelo modelo de cálculo elaborado pela consultoria. (sem grifos no original)**

3.35. A proximidade entre os resultados obtidos por planilhas de cálculo diferentes, reforçam a similaridade das premissas de cálculo utilizadas e permitem a validação dos seus resultados. Sugere-se, assim, a utilização do valor encontrado por meio da planilha fornecida pelo Ministério, qual seja, R\$ 1.601.921.321,00 (um bilhão, seiscentos e um milhões, novecentos e vinte e um mil, trezentos e vinte e um reais) , por apresentar elementos de custos apurados por consultoria especializada contratada para este fim e estar amparada em dados fornecidos pela própria Agência.

4.2.15.20. Diante do exposto, considero que a proposta apresentada pela compromissária tem possibilidade de atender plenamente as premissas estabelecidas no Regulamento de TAC. (...) ' (sem grifos no original)

725. Algumas importantes informações da referida análise merecem destaque.

726. Primeiramente, verificou-se que o VPL negativo apresentado pela empresa Telefônica correspondia a R\$ 1,66 bilhão e o VPL negativo aprovado pela Anatel foi de R\$ 1,60 bilhão. Pela proximidade dos números, a Anatel considerou que a proposta apresentada pela Telefônica atendia plenamente as premissas do regulamento, optando por ficar com o estudo financeiro da agência.

727. Constatou-se também que a Anatel, contrariando o regulamento de TAC que exige o uso 'metodologia usualmente empregada pela agência', optou por avaliar o VPL do projeto utilizando, pela primeira vez, ferramenta criada por uma consultoria

VPL do projeto utilizando, pela primeira vez, ferramenta criada por uma consultoria contratada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) para outros fins que não têm relação com os TACs.

728. A agência justificou sua opção por não ter ‘os elementos de custos necessários para a mensuração’. Entretanto, entende-se que tal justificativa não é suficiente para esclarecer a escolha pelas razões descritas a seguir.

729. A Anatel possui um modelo de custos detalhado, elaborado inclusive com o apoio da consultoria da União Internacional de Telecomunicações (UIT) , cujo objetivo é justamente permitir ‘acesso a informações de custos das diferentes áreas de negócio e linhas de produtos das prestadoras de serviços de telecomunicações, o que contribuirá para o aperfeiçoamento da regulação do setor como um todo’, como afirma a própria Anatel em seu site (acessado em 3/4/2017 e disponível em <http://www.anatel.gov.br/setorregulado/modelo-de-custos>) .

730. Dessa forma, o modelo de custos adotado usualmente pela agência foi desenhado de forma a avaliar o setor como um todo, incluindo as diferentes formas de atendimento dos clientes, de maneira que a ferramenta poderia auxiliar na avaliação do TAC, ainda que fosse necessário complementar o estudo com dados de outras fontes.

731. Além disso, em diversas interações com o TCU, como na aprovação de licitações de outorgas, por exemplo, a Anatel demonstrou ter o domínio da metodologia de cálculo de fluxo de caixa de investimentos das operadoras, inclusive possuindo uma significativa base de dados para a realização de tais cálculos, não sendo necessária uma consultoria externa para tal avaliação.

732. A opção pelo uso da ferramenta nova da consultoria do MCTIC é ainda menos justificável ao se considerar que a Anatel possui todos os instrumentos necessários para levantar informações e ter acesso aos dados de custos de rede tanto das operadoras como dos elementos e equipamentos do setor.

733. Ressalta-se que a decisão por inovar e fazer uso de nova metodologia foi tomada em um processo de TAC cujos compromissos adicionais correspondem a R\$ 1,6 bilhão. Pela elevada materialidade, esperava-se zelo e prudência por parte da agência.

734. A escolha de uma nova metodologia de cálculo do VPL dos investimentos de

compromissos adicionais do TAC, além de ir de encontro com o art. 19, § 1º, RTAC, fragiliza o estudo e os resultados obtidos pela Anatel, visto que foi adotada ferramenta que nunca havia sido utilizada pela agência, potencializando os riscos de erros e possível adoção de premissas inadequadas, não submetida ao processo de consulta pública da sociedade, diferentemente do que foi feito com o modelo de custos da agência.

735. Dessa forma, propõe-se recomendar à Anatel adotar, em qualquer TAC conduzido pela agência, os procedimentos, as regras e as metodologias usuais e já de domínio da agência para o cálculo do VPL dos investimentos de compromissos adicionais, evitando que novas metodologias sejam testadas diretamente em casos concretos, sem passar pelos procedimentos normais da agência, conforme previsto no art. 19, § 1º, da Resolução-Anatel 629/2013.

736. Com vistas a avaliar o que foi calculado pela agência para o TAC da Telefônica foram feitas diversas solicitações de informações à Anatel, a saber.

737. Em 21/10/2016 (peça 28) , foi feita diligência ao órgão regulador solicitando, entre outras informações, a proposta final apresentada pela Telefônica (e aquelas referentes aos demais TACs aceitos pela Anatel) , a proposta final aceita pela área técnica juntamente com a análise que a aceitou, o parecer da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, as análises feitas pelos membros do Conselho Diretor e a proposta aprovada pelo CD.

738. Diante da resposta da agência, constatou-se que ainda faltavam informações para subsidiar a presente análise, de forma que, por meio de nova diligência (peça 37) , realizada em 7/12/2016, foram questionadas informações específicas sobre o TAC da Telefônica, a seguir detalhadas:

a.3) As cidades escolhidas pela Vivo para serem atendidas pelos compromissos adicionais propostos no TAC já foram abrangidas por outro projeto ou política pública de fomento ao investimento em telecomunicações?

a.4) Caso afirmativo:

(..)

a.4.3) de que forma a Anatel considerou o impacto desse projeto/política na sua análise sobre o Valor Presente Líquido (VPL) do compromisso adicional

sua análise sobre o Valor Presente Líquido (VPL) do compromisso adicional apresentado pela Vivo?

b) encaminhe os seguintes documentos:

b.1) Informe nº 122/2016/SEI/PRUV/SPR, de 19/10/2016, contendo todos os seus anexos;

b.2) Ofício nº 39.225/2016/SEI-MCTIC, **contendo todos os seus anexos, inclusive o ‘modelo técnico-econômico elaborado pela empresa Advisia - OC & C Strategy Consultants com base no Edital Unesco 0047/2014’;**

b.3) **planilhas que demonstrem o cálculo realizado pela Anatel do VPL dos compromissos adicionais propostos pela Vivo e aprovados na minuta de TAC pelo Conselho Diretor;** (...) (grifos nossos)

739. Assim, foi solicitado que a Anatel encaminhasse o cálculo do VPL realizado pela agência na minuta de TAC aprovada pelo CD da Anatel. Além disso, solicitou-se que fosse encaminhado também o modelo técnico-econômico da consultoria do MCTIC e que fossem apresentados esclarecimentos sobre o tema.

740. Embora os ofícios encaminhados ao TCU pela Anatel (peças 45-47) apresentassem algumas respostas quanto aos pontos questionados na diligência, incluindo o cálculo do VPL, verificou-se que as planilhas encaminhadas pela agência não permitiam a visualização e o rastreamento de todos os dados utilizados nos cálculos, de forma que foi necessária nova diligência (peça 54) :

‘Ante ao exposto, propõe-se, preliminarmente, (...) a realização de diligência à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) para que, no prazo de cinco dias úteis, **encaminhe as planilhas, com fórmulas discriminadas, sem a exigência de senhas de acesso ou qualquer forma de bloqueio aos cálculos, e com a descrição do inter-relacionamento das planilhas apresentadas, que demonstrem o cálculo realizado pela Anatel do VPL dos compromissos adicionais propostos pela Vivo e aprovados na minuta de TAC pelo Conselho Diretor.**’

741. Todavia, os dados encaminhados pela agência entre 20/12/2016 e 14/2/2017 (peças 45, 46, 47, 62, 63, 66-70) , em resposta ao TCU, ainda não apresentaram todos os dados e esclarecimentos solicitados.

742. Dessa forma, foi necessário reiterar, por meio da quarta diligência em 13/3/2017, os requerimentos de informações sobre os dados faltantes do VPL dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica. Solicitou-se que fossem encaminhados os documentos complementares e, principalmente, que fossem explicadas diversas premissas utilizadas no cálculo e identificadas pelo TCU (peça 73, p. 1-3) :

a) em relação ao fluxo de caixa para calcular o VPL do compromisso adicional do TAC da Telefônica, justifique:

a.1) o período de dez anos para o fluxo de caixa;

a.2) a ausência de recebimento pela prestadora de receita referente ao projeto do TAC nos dois anos iniciais;

a.3) o início do cálculo do fluxo de caixa no ano de 2015, ou seja, no mínimo dois anos antes da efetiva assinatura do TAC entre a Anatel e a Telefônica;

a.4) a implantação da infraestrutura distribuída regionalmente em granulação inferior a informada pela prestadora e prevista na minuta de TAC, ou seja, a adoção de setores censitários para modelar a cobertura dos municípios pactuados;

a.5) o mesmo preço de comercialização para todas as cidades do país e todas as prestadoras, variando somente em função da velocidade contratada;

b) com relação à taxa de desconto utilizada no cálculo do fluxo de caixa, WACC real:

b.1) esclareça o valor utilizado de 3,29% de WACC real, apresentando o embasamento científico-matemático e a justificativa das premissas utilizadas, incluindo a abrangência das séries históricas utilizadas tanto para o cálculo do WAAC nominal utilizado quanto o cálculo do IST considerado;

b.2) informe se já há valor calculado para o WACC em 2016;

b.3) esclareça se, ao adotar apenas o valor do IST do exercício de 2015, ao invés de, por exemplo, considerar uma média de um período compatível com o WACC, a Anatel considerou que o ano de 2015 foi um ano atípico em relação à série histórica do IST, de forma que a utilização desse valor pode acarretar em distorções nos resultados do fluxo de caixa com relação ao que pode ocorrer na realidade;

c) com relação às demais premissas, esclareça:

c.1) quais são os critérios utilizados na ponderação da implantação da infraestrutura nas cidades selecionadas pela Telefônica, e como a taxa de cobertura prevista para

cada região de cada cidade a ser atendida foi definida, uma vez que a prestadora comprometeu-se a instalar infraestrutura somente no nível de município e não no nível de bairro, distrito, região ou setor censitário;

c.2) se houve qualquer tipo de análise da Anatel sobre as cidades propostas pela Telefônica acerca da eventual presença e percentual de participação no mercado das demais prestadoras de serviços de banda larga fixa, ou mesmo da própria Telefônica, e o possível impacto que essa configuração de mercado e infraestrutura poderia trazer ao projeto do TAC;

c.3) a redução identificada no fluxo de caixa das despesas administrativas e comerciais quando são comparados o cenário da implantação do projeto de TAC e o cenário de referência sem esse investimento, justificando também porque as despesas comerciais são menores após o TAC em quase todos os anos do fluxo;

c.4) porque os custos de operação, manutenção e aluguel são menores no fluxo de caixa após a expansão prevista pelo TAC em quase todos os anos do fluxo de caixa;

c.5) como são estimadas as despesas operacionais e não-operacionais da prestadora no modelo utilizado, especificando os critérios e parâmetros que balizaram a opção pela metodologia usada no caso concreto de cálculo do VPL do projeto do TAC;

d) com relação ao projeto de investimentos:

d.1) encaminhe o documento que especifica tecnicamente o projeto dos compromissos adicionais a ser executado pela Telefônica, que foi submetido à aprovação do Conselho Diretor e à anuência da prestadora na fase de negociação do TAC, com maiores detalhes e especificações do que a Carta Telefônica CT/LLA 1.431/2016;

d.2) informe se as especificações e detalhes técnicos previstos no projeto de investimentos calculado pela Anatel dos compromissos adicionais do TAC

correspondem às especificações técnicas do projeto apresentado pela Telefônica, como equipamentos estimados, capacidade de rede, distância entre a fibra a ser implantada pela Telefônica e a casa do cliente para cada um dos acessos a serem implantados, a distribuição geográfica dos acessos nos municípios selecionados;

d.3) informe se o documento e especificações técnicas previstos no projeto apresentado pela Telefônica ou no projeto calculado pela Anatel têm validade jurídica para embasar o controle, acompanhamento e sanção das metas do compromisso adicional do TAC em referência;

e) encaminhe todos os arquivos base necessários para permitir uma análise completa do chamado cenário de referência do modelo com respeito ao cálculo do VPL do TAC da Telefônica.

743. Assim, fica claro que, embora a Anatel tivesse encaminhado o cálculo, restaram dúvidas quanto às premissas utilizadas e quanto à ferramenta de cálculo encaminhada pela agência.

744. Após pedir prorrogação de prazo à quarta diligência realizada, a Anatel apresentou resposta (peças 80 a 84) , encaminhando alguns dos dados solicitados e afirmando (peça 84, p. 2-3) :

‘3.3. Com o objetivo de atender aos questionamentos formulados (...) , os técnicos da Superintendência de Competição e da Superintendência de Planejamento e Regulamentação analisaram em detalhes o modelo técnico-econômico construído, tendo esse esforço resultado na identificação de algumas inconsistências em premissas, regras de negócio, dados de entrada e fórmulas de cálculo utilizadas que não se adequariam ao objeto específico do presente processo.

3.4. Desta forma, considerando que o saneamento de todas as inconsistências encontradas poderá resultar em alteração do valor calculado para o projeto de compromisso adicional do TAC da prestadora Telefônica Brasil S.A, levando conseqüentemente à necessidade de nova deliberação do Conselho Diretor sobre o referido Termo de Ajustamento, **sugerimos ao Conselho Diretor da Agência que solicite o sobrestamento do Processo de Desestatização TC 022.280/2016-2 ao TCU, até que seja realizada nova deliberação sobre a matéria.**’ (sem grifos no original)

745. Novamente a agência não foi capaz de encaminhar ao TCU, após sucessivas diligências, os esclarecimentos e explicações sobre a motivação das premissas adotadas no cálculo aprovado pela agência nem todos os dados utilizados como base para o cálculo do VPL aprovado.

746. Ao longo de todo esse período, foram feitos diversos contatos com a agência e foram realizadas várias reuniões com o intuito de obter os esclarecimentos necessários (peça 77, p. 3) , mas os técnicos do órgão regulador não lograram responder a todos os questionamentos feitos, inclusive sobre premissas básicas do estudo, e afirmaram que o conhecimento sobre a ferramenta seria objeto de treinamento futuro da equipe técnica da agência.

747. Ressalta-se que, após solicitar os dados que fundamentaram o cálculo final do VPL encaminhado pela Anatel, verificou-se que os valores apresentados pela agência não eram compatíveis com aqueles que foram referenciados no cálculo encaminhado originalmente, havendo uma discrepância superior a 10% nos valores obtidos no cálculo.

748. Agravando a situação, não apenas foi identificada a falta de informações e motivação quanto às premissas e valores utilizados, como não foi possível ver a ferramenta, de fato, calcular o estudo financeiro.

749. No TCU a ferramenta não completou a análise, apresentando problemas técnicos. Diante dessa situação, os auditores do TCU solicitaram à Anatel que disponibilizasse nas dependências da agência computador que possuísse a ferramenta de cálculo salva na máquina e que conseguisse rodar as rotinas e contas da ferramenta, para que fosse possível auditar o conteúdo e funcionamento do instrumento.

750. Entretanto, em 14/3/2017, ao avaliar a ferramenta nas próprias dependências da Anatel, não foi comprovado o funcionamento da ferramenta, o que foi ratificado pelos próprios técnicos da agência, que reconheceram que o modelo não era robusto e não estava preparado para apresentar os dados e os cálculos necessários.

751. A flexibilidade da ferramenta, ao permitir que sejam alterados seus parâmetros e condições para avaliar diferentes cenários, é fundamental para garantir que a Anatel possua uma ampla e completa visão de todas as variáveis que compõem o projeto e o cenário financeiro dos compromissos adicionais e dos impactos no

projeto e o cenário financeiro dos compromissos adicionais e dos impactos no resultado do TAC.

752. O domínio do órgão regulador sobre a referida ferramenta de análise financeira e sobre a alteração e a atualização dos parâmetros nela presentes se torna ainda mais relevante ao se considerar que o setor de telecomunicações é muito dinâmico e as tecnologias e os padrões dos equipamentos evoluem rapidamente, sendo necessário refletir essas alterações na ferramenta a ser utilizada.

753. Soma-se a isso o fato de que a agência já se manifestou diversas vezes afirmando que a metodologia aplicada no TAC da Telefônica, além de ser utilizada em todos os TACs da agência, servirá de modelo a ser aplicado como base do cálculo dos outros projetos de infraestrutura de telecomunicações, como os projetos estruturantes da migração do modelo de concessão. Nesse sentido, é extremamente relevante garantir a consistência, a confiabilidade, a atualidade, a robustez e a adequação da metodologia utilizada.

754. Sobre as dificuldades apresentadas pela agência ao responder as diligências, ressalta-se que o cálculo do VPL foi aprovado pela Anatel em 17/11/2016, pelo Acórdão-Anatel 422/2016 (peça 95) . Dessa forma, **os questionamentos feitos pelo TCU, que a Anatel não conseguiu esclarecer, referem-se a um estudo que foi aprovado pelo Conselho Diretor cinco meses antes, o que torna a morosidade da Anatel em atender às diligências, bem como as dificuldades apresentadas pela agência, ainda mais injustificadas.**

755. Diante do exposto nas diligências e nas reuniões realizadas, constatou-se a clara falta de domínio da Anatel quanto à ferramenta utilizada para o cálculo do VPL dos compromissos adicionais da Telefônica, a ausência de motivação e até de conhecimento das premissas utilizadas, além da não comprovação quanto ao funcionamento da ferramenta.

756. A própria agência, ao afirmar em sua última resposta (peça 84) que o estudo possui 'inconsistências em premissas, regras de negócio, dados de entrada e fórmulas de cálculo utilizadas que não se adequariam ao objeto específico do presente processo', comprovou a irregularidade apontada na presente instrução.

757. As irregularidades constadas são agravadas pelo fato de o Conselho Diretor da Anatel já ter aprovado o TAC da Telefônica.

758. Ora, se a agência não soube explicar questionamentos básicos sobre o estudo e nem comprovar o funcionamento da ferramenta, como é possível a Anatel ter aprovado o TAC com uma garantia mínima de confiabilidade e segurança das condições ali estabelecidas?

759. Ressalta-se que se trata de um acordo em que os compromissos adicionais calculados no VPL somam R\$ 1,6 bilhão, o que deveria representar para a Anatel uma razão de cautela ainda maior ao aprovar o acordo.

760. A aprovação do TAC da empresa Telefônica sem que houvesse um estudo financeiro confiável e completo do VPL dos compromissos adicionais, estritamente necessário para embasar o acordo, representa uma irregularidade grave da Anatel, que prejudica o interesse público do acordo e pode acarretar danos significativos ao erário, visto que as condições do termo não são conhecidas ou podem estar distorcidas.

761. Registre-se que, em 28/4/2017, a Anatel encaminhou novo estudo de VPL ao TCU, adotando a metodologia tradicional da agência para cálculo de VPLs, que é radicalmente diferente da anterior usada no TAC da Telefônica. Esse estudo foi novamente submetido ao CD e aprovado pelo Acórdão-Anatel 145/2017 (peça 130) e tanto a área técnica (peça 127, p. 2-3) quanto o Conselheiro Relator destacaram que esse recálculo foi motivado principalmente pelos sucessivos questionamentos da unidade técnica do TCU sobre inconsistências e fragilidades no estudo original (peça 125, p. 23-24) :

‘Da revisão da metodologia de cálculo dos compromissos adicionais

Em trabalho de resposta ao Memorando Circular nº 24/2017/SEI/AUD, da Auditoria Interna da Anatel, que lhes encaminhou questionamentos apresentados em diligência pela Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e Mineração do Tribunal de Contas da União - TCU, por meio do Ofício nº 0050/2017-TCU/SeinfraTelecom, com vistas ao saneamento do Processo TC 022.280/2016-2, as Superintendências de Planejamento e Regulamentação (SPR) e de Competição (SCP) verificaram a necessidade de reanalisar, em detalhes o modelo técnico-econômico construído para o cálculo do VPL do projeto de compromissos adicionais do TAC, que havia sido disponibilizado à Anatel pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações - MCTIC, por meio do Ofício nº 39225/2016/SEI-MCTIC.

Tal esforço, conforme exposto no Informe nº 43/2017/SEI/PRUV/SPR (SEI 1381192) , **resultou na crítica a premissas, regras de negócio, dados de entrada e fórmulas de cálculo utilizadas que não se adequariam ao objeto específico do presente processo.** Diante disso, nos termos do referido Informe e de seu Anexo (SEI 1381895) são apresentadas nova metodologia e novos valores dela decorrentes. O VPL do projeto analisado resultou em valor negativo de R\$ 1.464.220.170 (um bilhão, quatrocentos e sessenta e quatro milhões, duzentos e vinte mil, cento e setenta reais) . (...) .

Quanto à revisão da metodologia de cálculo dos compromissos adicionais, entendo que andou bem a área técnica, tendo produzido resultado robusto. Dentre os **pontos positivos da revisão destaco o emprego de modelo de engenharia baseado em referências internacionais; terem os dados de demanda e custos unitários sido obtidos dos Modelos de Custo da Anatel; terem as projeções de despesas sido extraídas do DSAC da TELEFÔNICA e dos Modelos de Custo da Agência; terem as projeções de receita sido obtidas do acompanhamento de ofertas da TELEFÔNICA e do DSAC; e apresentar estudo descritivo da modelagem do cálculo.**' (sem grifos no original)

762. Como as evidências arroladas ao longo da presente instrução já indicavam, o valor obtido pelo primeiro cálculo feito pela agência estava, de fato, superestimado. Segundo o novo estudo, essa diferença é de R\$ 137.701.150,67 milhões, pois o novo valor do VPL é negativo em R\$ 1.464.220.170,33 (peça 128, p. 47) . Dito de outra forma, **se não fossem as indagações e diligências realizadas pelo TCU no âmbito do presente processo, o TAC da Telefônica poderia ter sido firmado pela Anatel contendo um dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões.**

763. A nova aprovação do estudo de cálculo do VPL dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica é uma nítida evidência de quanto o processo de aprovação do valor anterior foi irregular e lesivo ao interesse público. Na ocasião, a área técnica e a maioria dos Conselheiros tiveram meses para analisar e criticar todas as propostas apresentadas pela Telefônica e ainda assim aprovaram um valor superestimado, obtido por meio de uma metodologia com inconsistências graves e não-auditável.

764. Registre-se que o valor de VPL obtido pelo cálculo da Anatel é inferior ao limite mínimo de compromissos adicionais exigido para o TAC da Telefônica, R\$

1.508.162.500,79 (peça 129, p. 1) . Assim, a agência solicitou complementação do projeto para a operadora que propôs a inclusão de outros cinco municípios e a ampliação do projeto em outros quatro. Com isso, o VPL foi recalculado pela Anatel em R\$ 1.518.795.744,32 (peça 129, p. 1-2) .

765. Em um exame sumário, constata-se que o novo estudo considera parâmetros usuais da metodologia empregada em outras ocasiões pela Anatel, como: o uso da taxa de desconto do fluxo de caixa normatizada e atualizada anualmente pela agência; o detalhamento da forma de estimativa dos valores de receitas e despesas; a elaboração de fluxo de caixa de acordo com normativos tributários aplicáveis ao setor; e a apresentação de relatório técnico justificando e detalhando as premissas consideradas no cálculo do VPL dos compromissos adicionais (peça 128) .

766. Entretanto, considerando a extensão das propostas de determinações contidas na presente instrução de mérito, que abrangem a modificação de diversas premissas e diversos parâmetros basilares do projeto de compromisso adicional apresentado pela Telefônica, entende-se que, neste momento processual, uma análise mais detida acerca do cálculo do novo estudo de VPL representaria um esforço adicional dispensável, uma vez que a gravidade das irregularidades a serem corrigidas implicam necessariamente na realização de outro cálculo de VPL por parte da Anatel.

767. Como será amplamente discutido na seção que analisa o pedido de sobrestamento feito pela agência, a ausência desse cálculo do VPL não se constitui em impeditivo para a conclusão da presente análise de mérito.

768. Assim, não serão propostas deliberações específicas para o cálculo do VPL da Telefônica na presente instrução. Porém, tendo em vista que no caso da TAC da Telefônica a Anatel não respeitou inicialmente a previsão regulamentar do art. 19, § 1º e 2º, do RTAC de adotar metodologia usual da agência para cálculo do VPL dos compromissos adicionais, faz-se necessário assegurar que tal obrigação seja cumprida com relação a todos os outros TACs em tramitação na agência.

769. Por isso, propõe-se determinar à Anatel que, em consonância com o art. 19, § 1º e 2º, da Resolução-Anatel 629/2013, com os princípios da motivação e da segurança jurídica previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e com os princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, registre formalmente nos estudos financeiros conduzidos pela

agência para o cálculo do Valor Presente Líquido (VPL) dos compromissos adicionais de todos os TACs, inclusive na minuta do respectivo TAC, as seguintes premissas e suas respectivas motivações e fundamentos, entre outras que a agência julgar necessárias:

- a) extensão do período considerado no fluxo de caixa;
- b) distribuição e origem das receitas consideradas;
- c) distribuição e origem de todas as despesas consideradas, inclusive o comportamento no fluxo de caixa das despesas administrativas, das despesas comerciais, dos custos de operação, manutenção e aluguel, e dos demais gastos;
- d) como são estimadas as despesas operacionais e não-operacionais;
- e) data ou ano de início do cálculo do fluxo de caixa;
- f) critérios objetivos escolhidos para a distribuição da implantação da infraestrutura nas regiões dos municípios pactuados;
- g) escolha do preço de comercialização do serviço para cada região e cidade do país a serem atendidas;
- h) a previsão de investimentos, incluindo a descrição técnica dos elementos que compõem o projeto proposto;
- i) taxa de desconto, chamada pela Anatel de Custo Médio Ponderado de Capital, utilizada no cálculo do fluxo de caixa e o período considerado nesse índice;
- j) análise sobre as cidades a serem atendidas acerca da eventual presença e percentual de participação no mercado das demais prestadoras de serviços de banda larga fixa, ou mesmo da própria operadora.

770. Adicionalmente, devido à gravidade das irregularidades relatadas na presente seção e à atuação direta do Conselho Diretor da Anatel que resultou na aprovação do TAC da Telefônica contendo tais irregularidades por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, será proposta responsabilização individual de todos os conselheiros envolvidos, em seção específica ao final da presente instrução.

VII.3.5. Inclusão nos compromissos adicionais dos TACs de ações já previstas ou em andamento na Telefônica

771. Por meio de ofício (peça 121) , a Anatel encaminhou ao TCU informações adicionais e complementares sobre o TAC da empresa Telefônica, apresentando o Acórdão-Anatel 145/2017, que aprovou o conteúdo e propostas dispostos na

Análise 68/2017/SEI/IF (peça 125) .

772. Entre outros pontos abordados na análise, o conselheiro relator da matéria afirmou (peça 125, p. 24) :

‘4.49. Igualmente, conforme já acima exposto, em 24/04/2017, **veio autos petição da TELEFÔNICA (CT/LLACB nº 535/2017 - SEI 1403750}**, no âmbito da qual **manifesta o interesse de concluir os compromissos adicionais aprovados, no que tange aos municípios apontados em cronograma para vencimento de meta nos próximos meses de 2017.** Em acréscimo apresenta Relatório de Comprovação de Estado Inicial e Projetos Executivos relativos a esses compromissos. Salienta, por fim, que assume o ônus dos referidos investimentos caso o TAC deliberado não venha a ser celebrado. Com isso que tais ‘investimentos e projetos’ já sejam considerados pela Agência para fins de cumprimento do TAC, após sua avaliação pelo TCU e assinatura.

4.50. Nesse passo, observo que, conforme dispõe o RTAC, em seus arts. 11 e 13, VIII, a vigência do instrumento se inicia a partir de sua assinatura e não da deliberação do CD que aprova sua celebração. A Cláusula 19.1 da MINUTA -TAC observa tal linha ao prever que, com as assinaturas sejam produzidos os efeitos ‘legais e jurídicos’ do instrumento. **Ou seja, no momento anterior àquele da celebração não há qualquer suporte para que a Anatel exija o cumprimento de compromissos adicionais assentados em obrigações previstas no TAC.**’ (sem grifos no original)

773. Verifica-se que a **Telefônica já está executando, ou está até mesmo em vias de concluir, investimentos e ações que estão listados como compromissos adicionais no TAC aprovado pela Anatel.**

774. Entretanto, diferentemente da petição da Telefônica, entende-se que, ao se negociar e assinar um TAC, somente podem ser incluídas no acordo ações e investimentos ainda não realizados pela operadora e que não estão previstos no planejamento de rede e operacional da empresa. Tal entendimento se faz ainda mais relevante quando se trata dos compromissos adicionais, visto que são ações

relevante quando se trata dos compromissos adicionais, visto que são ações impostas pelo poder público para garantir o interesse público em celebrar tal acordo.

775. Ressalta-se que, embora o relator na Análise 68/2017/SEI/IF (peça 125, p. 25-26) tenha enfatizado que antes da efetiva assinatura do TAC não há como a Anatel cobrar ou acompanhar a realização de tais ações, o conselheiro, em momento algum, afirmou pela ilegalidade de se considerar no TAC ações e investimentos que já foram concluídos antes mesmo da assinatura do termo.

776. Permitir que, no momento da assinatura do TAC, o termo possua compromissos que já foram realizados pela operadora consiste em uma irregularidade no acordo. Ora, o propósito do TAC era que a Anatel abdicasse de recursos públicos em prol de incentivar ou obrigar a operadora a realizar investimentos que não seriam feitos por ela se não fosse o incentivo público. **Inserir nesse acordo ações que a empresa já efetuou antes mesmo do TAC é uma distorção da finalidade do termo e representa uma falta de interesse público no acordo.**

777. Trata-se de uma impropriedade ainda mais grave ao se referir dos compromissos adicionais. Em essência, os compromissos adicionais consistem em projetos deficitários, com VPL negativo, e que não estariam nos planos da empresa em um futuro próximo, sendo realizados somente com o incentivo dos recursos do TAC por trazer benefícios ao interesse público.

778. Assim, se antes mesmo de assinar o acordo a empresa já está realizando os investimentos e assumindo o risco de que tais ações não sejam consideradas no TAC, como está ocorrendo com a Telefônica, fica claro que tais investimentos não estavam dependentes e vinculados aos incentivos trazidos pelo TAC e que a situação representa um forte indício de que os investimentos já faziam parte dos planos de expansão de rede da operadora, ainda que a previsão não fosse no mesmo prazo de tempo.

779. A preocupação de não se prever no TAC compromissos de investimentos que fazem parte dos planos corriqueiros da empresa já havia sido objeto de preocupação da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE), em seu Parecer 1071/2013/PFE-Anatel/PGF/AGU (TC 033.413/2015-0, peça 1, p. 69) :

‘308. Para tanto, é fundamental que, a partir dos compromissos adicionais, os

308. Para tanto, é fundamental que, a partir dos compromissos adicionais, os consumidores tenham acesso a serviço e infraestrutura que não seriam proporcionados pela expansão natural do setor de telecomunicações, movida pelos interesses econômicos das prestadoras.

309. Em outras palavras: um compromisso só pode ser tido como compromisso adicional se, de fato, proporcionar ao consumidor final benefício a que ele não teria acesso se não houvesse a celebração do TAC.

310. Além disso, **faz-se premente que a prestadora não possa simplesmente utilizar dinheiro das multas para realizar seus investimentos normais em locais de atratividade econômica.** Os valores das multas substituídas devem ser encarados como recursos públicos. E, na qualidade de recursos públicos, devem ser destinados a investimentos sem atratividade econômica.' (sem grifos no original)

780. A inclusão no TAC de ações e investimentos que já estejam sendo realizados pela operadora, ou que estão em processo de conclusão, além de consistir em uma irregularidade que compromete o interesse público do acordo, ainda reduz a efetividade das multas diárias previstas no TAC. Isso porque, se, no momento da assinatura do TAC, forem admitidos compromissos cujos investimentos já foram realizados, não será aplicável a multa diária já que não há a possibilidade de se atrasar a entrega de um investimento já concluído.

781. Ressalta-se que a efetividade das multas diárias é essencial para garantir o interesse público dos TACs, como afirma a própria PFE (peça 1, p. 15 a 17 peça 1, p. 15 a 17) :

'189. Ou seja, no caso de eventual descumprimento do TAC, o total das multas por esse inadimplemento (sem incluir as multas diárias) não será superior ao Valor de Referência. Ocorre que o Termo de Compromisso não abrange apenas a correção das condutas que implicaram a instauração dos PADO's substituídos pelo TAC, que nada mais são do que obrigações regulatórias que já deveriam ter sido cumpridas pela prestadora. O TAC abrange também os compromissos adicionais.

(...)

192. Por esse motivo, a multa diária servira, para os TAC's celebrados pela Agencia, como forma de corrigir esse 'abrandamento' de sancionamento da prestadora que com ela firmar acordo.' (sem grifos no original)

782. Considerando o pedido de feito pela Telefônica à agência, propõe-se recomendar à Anatel que, ao celebrar qualquer TAC, garanta que os compromissos adicionais previstos no acordo não sejam compostos por ações, atividades e investimentos que já tenham sido realizados pela operadora ou que estejam em andamento no momento da assinatura do termo, com vistas a garantir o interesse público do TAC e a sua efetividade.

VIII. ANÁLISE DO PEDIDO DE SOBRESTAMENTO E DO SEU POSTERIOR PEDIDO DE DESISTÊNCIA FEITOS PELA ANATEL EM UM INTERVALO DE TRINTA DIAS

783. Como dito anteriormente, a quarta diligência encaminhada à Anatel tinha como objetivo solicitar esclarecimentos e reiterar o requerimento de dados sobre o cálculo realizado pela agência para avaliar o fluxo de caixa financeiro dos investimentos a serem executados pela empresa Telefônica nos compromissos adicionais do TAC. Ressalta-se que o referido cálculo foi utilizado como um dos diversos parâmetros que embasaram a aprovação do TAC da Telefônica pelo Conselho Diretor da Anatel, conforme Acórdão-Anatel 422, de 17/11/2016 (peça 95) , e parecer do conselheiro relator, por meio da Análise 108/2016/SEI/IF (peça 93, p. 78-82) .

784. Em sua resposta, a Anatel manifesta-se com a seguinte argumentação para não apresentar todos os dados requeridos e solicita o sobrestamento do presente processo (peça 83, p.1-2) :

‘2. Em atenção aos pontos suscitados no supracitado Ofício, esta Agência elaborou análise consubstanciada no Informe nº 20/2017/SEI/CPAE/SCP, de 24 de março de 2017 (SEI nº 1313935) , **por meio da qual aponta a necessidade de rever algumas premissas de cálculo dos valores de investimento em compromissos adicionais a serem realizados pela Prestadora Telefônica S.A. no cumprimento do TAC a ser celebrado com a Anatel.**

3. Tem-se que essa medida poderá implicar em modificação do objeto deliberado pelo Conselho Diretor, no bojo do Processo nº 53500.019039/2015-11 (TAC do Grupo Telefônica) , **motivo pelo qual é necessário que o Colegiado se manifeste novamente sobre os resultados alcançados pela área técnica desta Agência.**

(...)

6. Os Acórdãos de números 4292/2014-TCU-2ª Câmara e 3063/2016-TCU-Plenário reconheceram, em situação análoga ao presente caso, a possibilidade de sobrestamento do feito ante a necessidade de os fiscalizados produzirem elementos de convicção imprescindíveis à correta análise do processo.

7. Dessa forma, visando subsidiar os argumentos ora apresentados, encaminho o Informe nº 20/2017/SEI/CPAE/SCP, e **solicito, nos termos do Art. 157 do RITCU c/c Art. 2º, XXII da Resolução – TCU nº 191, de 21 de junho de 2006, o sobrestamento da instrução do presente feito, até que o Conselho Diretor desta Agência delibere a questão.** (sem grifos no original)

785. Avaliando os argumentos apresentados pela Anatel e, principalmente, o escopo do presente processo de representação e os dados obtidos ao longo do trâmite processual, verifica-se que o pedido não deve prosperar.

786. As alegações da agência de que foram identificadas inconsistências no estudo do TAC da Telefônica como consequência dos questionamentos feitos em diligências, além de evidenciarem irregularidades na atuação da Anatel no processo de TAC (o que é exatamente o objeto de avaliação do presente processo de representação), não são suficientes para motivar o sobrestamento deste processo, como será melhor detalhado a seguir.

787. No Informe Anatel 20/2017/SEI/CPAE/SCP, a área técnica da agência justifica o seu pedido de sobrestamento (peça 84, p. 2-3) :

‘3.2. Primeiramente, informamos que as planilhas de cálculo utilizadas pela Anatel para o cálculo do VPL do projeto de compromisso adicional do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, da prestadora Telefônica Brasil S.A. consistem em modelo técnico-econômico pré-concebido, com o objetivo de ‘estimar a necessidade de aporte de recursos públicos para viabilizar o modelo de negócios de prestadoras de serviço de acesso à banda larga fixa e móvel, a taxas de retorno de mercado, para que sejam atingidas metas de política pública dinamicamente estabelecidas de cobertura e penetração do serviço para diferentes tecnologias’.

3.3. Com o objetivo de atender aos questionamentos formulados no Ofício 0050/2017-TCU/SeinfraTelecom, **os técnicos da Superintendência de Competição e da Superintendência de Planejamento e Regulamentação analisaram em detalhes o modelo técnico-econômico construído, tendo esse esforço resultado na identificação de algumas inconsistências em premissas**

esforço resultando na identificação de algumas inconsistências em premissas, regras de negócio, dados de entrada e fórmulas de cálculo utilizadas que não se adequariam ao objeto específico do presente processo.

3.4. Desta forma, considerando que o saneamento de todas as inconsistências

encontradas poderá resultar em alteração do valor calculado para o projeto de compromisso adicional do TAC da prestadora Telefônica Brasil S.A, levando conseqüentemente à necessidade de nova deliberação do Conselho Diretor sobre o referido Termo de Ajustamento, **sugerimos ao Conselho Diretor da Agência que solicite o sobrestamento do Processo de Desestatização TC 022.280/2016-2 ao TCU, até que seja realizada nova deliberação sobre a matéria.**' (sem grifos no original)

788. Vê-se que a Anatel alega que o sobrestamento seria justificado pela necessidade da agência de rever algumas premissas de cálculo dos valores de investimento em compromissos adicionais a serem realizados pela prestadora Telefônica no cumprimento do TAC a ser celebrado com a Anatel. Afirma, ainda, que possíveis mudanças nas premissas poderão resultar em alteração do valor calculado para o projeto de compromisso adicional do TAC da prestadora Telefônica e, por isso, o presente processo deveria ser sobrestado.

789. Entretanto, ocorre que o escopo da presente representação trata exatamente de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TACs) pela Anatel de forma geral, não se tratando, portanto, de processo de análise exclusivamente do TAC da empresa Telefônica nem do cálculo do valor presente líquido do projeto para atendimento dos compromissos adicionais negociados com a empresa Telefônica. Com efeito, cuidam os presentes autos da avaliação da condução e das decisões da Anatel em todo o rito processual de assinatura de qualquer TAC de qualquer prestadora com a agência.

790. A presente representação tem como objetivo analisar as informações e minutas de TAC de diversos processos em tramitação na agência, verificando a existência de possíveis irregularidades, tanto na análise dos requerimentos e das propostas apresentadas ou até aprovadas na Anatel, quanto nas cláusulas das minutas de TAC já em andamento na agência, que representam possíveis riscos de prejuízo ao interesse público e dano ao Erário.

791. Deve ser registrado que, conforme informações encaminhadas pela agência, até dezembro de 2016, estavam em tramitação na Anatel um total de 37 pedidos de celebração de TAC, abrangendo inúmeros processos administrativos da agência, podendo chegar ao valor de R\$ 9,1 bilhões (peça 25, mídia anexa - Anexo I - Relação de processos TAC) .

792. Assim, diante da alta relevância, do alto risco e da alta materialidade do presente processo de representação, verifica-se a necessidade premente de atuação do Tribunal sobre TACs em tramitação na Anatel e sobre aqueles que poderão ser posteriormente instaurados, o que torna ainda mais importante e urgente a continuidade da análise de mérito da presente representação, independentemente dos eventuais ajustes no cálculo do VPL dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica inicialmente apresentados pela Anatel.

793. O sobrestamento do presente processo se torna ainda mais descabido ao se avaliar o possível impacto das mudanças no cálculo no VPL dos compromissos adicionais na análise a ser realizada pelo TCU sobre o TAC da Telefônica. Referida análise envolve, como visto nas seções anteriores, a avaliação de diversos aspectos tanto da minuta do texto do acordo quanto das decisões e do rito processuais da Anatel, que não se restringem, de forma alguma, ao cálculo de um valor numérico.

794. Diferentemente do que alega a Anatel, as questões em avaliação no escopo do presente processo, seja na análise geral de todos os TACs da agência ou da minuta do termo específico da Telefônica, se referem aos fundamentos e às motivações técnicas e legais das decisões e das premissas adotadas pela agência, que são muito mais abrangentes e relevantes do que o valor do cálculo de um VPL de um TAC em si.

795. O resultado final do cálculo do VPL dos compromissos adicionais, seja da empresa Telefônica ou de qualquer outra, embora seja importante para uma análise completa do TCU sobre os TACs conduzidos pela Anatel, não é essencial para a análise de mérito do presente processo, uma vez que o escopo do trabalho é analisar as decisões e ações adotadas pela Anatel no processo do TAC, tanto nos aspectos relacionados ao ajuste de conduta quanto nos compromissos adicionais. Especificamente em relação aos compromissos adicionais, são analisados projetos, investimentos, metas e premissas dos compromissos adicionais, de forma que o resultado numérico do cálculo em si não é indispensável para a análise do TCU, já que resulta de uma etapa posterior à etapa de definição dos critérios citados e que poderão ser questionados na presente representação.

796. Ainda que, por hipótese, o presente processo tratasse especificamente do TAC da Telefônica, os indícios de irregularidades que motivaram avaliação do TCU sobre o referido acordo abrangem diversos aspectos do termo, alguns inclusive mais graves e relevantes com relação ao interesse público do que o cálculo do VPL dos compromissos adicionais, não sendo alterações nesse valor suficientes para sobrestar o processo como um todo.

797. Pelo contrário, a própria manifestação da agência diante das diligências do TCU, afirmando que há a necessidade de corrigir premissas e mudar o cálculo do TAC da empresa Telefônica (peças 83 e 84), é evidência da necessidade de atuação relevante e tempestiva do TCU sobre o tema. De fato, as alegações da agência comprovam que a Anatel aprovou, em outubro de 2016, o TAC da empresa Telefônica e definiu seu VPL utilizando um estudo com severas fragilidades e incompleto, que não pôde ser encaminhado ao TCU pela Anatel mesmo passados mais de cinco meses.

798. Diante da análise de todos os dados obtidos no presente processo, incluindo o texto final da minuta de TAC, as considerações sobre sua elaboração e futura execução e as análises e os estudos realizados pela Anatel ao aprovar o TAC da Telefônica, entende-se que existem elementos suficientes para justificar que o TCU, de pronto, analise e manifeste-se no mérito a respeito das informações que já foram prestadas, inclusive para possibilitar eventuais correções na versão do TAC a ser firmada entre a Anatel e todas as prestadoras, incluindo a Telefônica.

799. Dessa maneira, as alegadas alterações nesse cálculo não são suficientes para sobrestar o presente processo sob nenhum aspecto. Pelo contrário, as propaladas mudanças na metodologia demonstram uma evidência ainda mais forte da necessidade da continuidade do processo no Tribunal, de modo a garantir que tais correções sejam obrigatoriamente aplicadas a todo e qualquer TAC a ser aprovado na agência.

800. O eventual sobrestamento da presente representação prejudicaria a avaliação do TCU sobre os processos de TAC, visto que impediria a expedição de eventuais determinações e recomendações visando melhorias e correções nos processos em andamento na agência, incluindo o próprio processo da empresa Telefônica.

801. Com efeito, essa avaliação e as deliberações dela advindas, por si só, já poderão demandar alterações pela Anatel nos cálculos do VPL dos compromissos

poderao demandar alteraço'es, pela Anatel, nos calculos do VPL dos compromissos adicionais da Telefônica, o que torna ainda menos justificado suspender, no atual contexto, a deliberação de mérito do Tribunal sobre a metodologia e condução dos processos de TAC em andamento da Anatel.

802. Por todo o exposto, constata-se que as informações pendentes de envio ao TCU, embora sejam importantes para analisar um dos aspectos do TAC da Telefônica, não constituem qualquer óbice ao imediato exame de mérito acerca da atuação da Anatel sobre todos os seus TACs, que é objeto do presente processo.

803. Assim, não resta configurado surgimento de matéria ou fato que obste o regular prosseguimento dos autos, tendo sido possível concluir de forma integral a análise de mérito dos autos somente com as informações enviadas pela Anatel. Não é, pois, possível aplicar, ao presente caso, o sobrestamento previsto no art. 157 do Regimento Interno do TCU e nos arts. 2º, inciso XXI, e 47 da Resolução TCU 259/2014.

804. Ressalta-se que o sobrestamento do presente processo potencializa o risco de que as irregularidades constatadas e analisadas, com elevada probabilidade de dano ao erário, não sejam sanadas nos processos avaliados. Outrossim, aumenta-se o risco de que as impropriedades apontadas nesta instrução sejam repetidas nos inúmeros processos em andamento na Anatel, que correspondem a negociações de multas da ordem de R\$9,1 bilhões.

805. A título de esclarecimento, cabe destacar que, em sua manifestação a Anatel cita os Acórdãos 4.292/2014-TCU-2ª Câmara e 3.063/2016-TCU-Plenário como precedentes ao presente caso.

806. Entretanto, ao avaliar tais decisões verifica-se que a situação e as condições que culminaram nos sobrestamentos dos processos citados são diversas das ora apresentadas e resultaram em consequências diferentes das que ocorreriam ao mérito do presente processo, caso fosse sobrestado, como está explicado a seguir.

807. O Acórdão 3.063/2016-TCU-Plenário trata de recurso à decisão que determinou a anulação de concorrência destinada à execução da obra de construção de um novo prédio em uma universidade federal. Por sua vez, o Acórdão 4.292/2014-TCU-2ª Câmara trata de tomada de contas especial em razão de irregularidades identificadas na execução de convênio celebrado entre um município e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) com

município e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), com vistas à construção de três creches.

808. As razões que motivaram os referidos sobrestamentos são específicas daqueles casos concretos e, de fato, impediam as respectivas análises de mérito.

Contudo, no presente processo, conforme já exposto anteriormente, a ausência do resultado do cálculo do VPL dos compromissos adicionais não compromete as atividades de controle exercidas pelo Tribunal, uma vez que já foram apresentados elementos suficientes para analisar o mérito e expedir deliberações visando melhorias no processo conduzido pela Anatel. O presente processo se difere ainda mais dos exemplos dados pela agência reguladora ao se considerar que o sobrestamento traria maior prejuízo ao interesse público e potencializaria o risco de haver maiores danos à atuação da Anatel, à sociedade e ao erário.

809. Além disso, outra significativa diferença entre o presente processo e os casos citados é que, neles, os objetos de análise se restringiam, respectivamente, a uma contratação e a um convênio específicos, não sendo possível concluir o exame de mérito sem as informações faltantes. Já nos presentes autos, o objetivo é avaliar a atuação e as decisões da Anatel na assinatura de TACs de forma geral, o que significa que os eventuais ajustes que a Anatel realize no VPL dos compromissos adicionais de um TAC de uma operadora específica correspondem a somente uma pequena parcela da análise feita pelo Tribunal, que não é, sequer, a parcela mais significativa do objeto dos autos, tampouco possui a mesma relevância que os demais aspectos analisados.

810. Cabe mencionar, por fim, que se encontra sobrestado no TCU um processo que analisa outro TAC conduzido pela Anatel (TC 033.413/2015-0), restrito ao TAC da empresa Oi. Nesse caso, a motivação para o sobrestamento está fundada, única e exclusivamente, no fato de a empresa ter entrado com pedido de recuperação judicial na justiça brasileira, um processo que afeta juridicamente as questões legais atinentes a multas incluídas no TAC. Diferentemente do pedido ora analisado, o sobrestamento, naquele caso, de fato tem fundamento, visto que as decisões que vierem a ser adotadas no processo de recuperação de judicial poderão impactar no termo negociado entre Oi e Anatel.

811. Em vista do exposto, entendia-se que era cabível proposta de indeferir o pedido de sobrestamento apresentado pela Anatel no Ofício Anatel 7/2017/SEI/PR-ANATEL, visto que não foi configurada matéria ou fato que

obste o regular prosseguimento dos autos, não sendo aplicável ao caso concreto o disposto no art. 157 do Regimento Interno do TCU e nos arts. 2º, inciso XXI, e 47 da Resolução-TCU 259/2014.

812. **Todavia, cerca de trinta dias após apresentar pedido de sobrestamento ao TCU, a Anatel encaminha novo ofício, respondendo integralmente a diligência e manifestando sua intenção de desistir do pedido de sobrestamento feito anteriormente** (peça 121) . Assim, é necessário tecer alguns comentários sobre essa situação.

813. Cabe ressaltar que é de conhecimento da agência que o regimento interno do TCU prevê a possibilidade de solicitar prorrogação do prazo de atendimento de diligências caso a unidade jurisdicionada não consiga, por qualquer motivo, atender ao que foi demandado pela unidade técnica do Tribunal. E, sob este prisma, a solicitação inicial de sobrestamento feita pela Anatel parece ser ainda mais descabida.

814. Na data de recebimento do ofício da Anatel, em 28/4/2017, a minuta da presente instrução contendo a análise do pedido de sobrestamento já se encontrava em fase de revisão pela Secretaria. Porém, optou-se por manter essa análise original na íntegra na presente instrução para registrar o descabimento de tal pedido, retirando-se apenas a proposta de deliberação no sentido de indeferir o pedido de sobrestamento apresentado pela Anatel.

IX. ILEGALIDADES E DANO AO ERÁRIO DE PELO MENOS R\$ 137,7 MILHÕES IDENTIFICADOS NA ATUAÇÃO DO CONSELHO DIRETOR DA ANATEL NOS PROCESSOS DE APROVAÇÃO DO ATO DE DESCONTO DOS COMPROMISSOS ADICIONAIS DE TODOS OS TACS E DE APROVAÇÃO DO TAC DA TELEFÔNICA

815. Ao longo da presente instrução foram relatadas diversas ilegalidades e irregularidades que decorreram diretamente da atuação dos integrantes do Conselho Diretor da Anatel, tanto na aprovação do ato que definiu o fator de descontos dos compromissos adicionais de todos os TACs, quanto no processo de negociação e aprovação do TAC da empresa Telefônica.

816. Considera-se que as ações adotadas pelos conselheiros da agência em ambos os casos implicaram diretamente a aprovação, pelo Conselho, de dois documentos ilegais e com potencial de causar dano ao erário da ordem de milhões de reais: os Acórdãos Anatel 2/2016 e 122/2016

817. Com respeito à **aprovação do TAC de qualidade e universalização da Telefônica** no âmbito do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, foram identificadas as **seguintes irregularidades**, já relatadas com detalhes ao longo da presente

instrução:

a) **Extensão irregular, pelo CD, do prazo da negociação dos termos e das condições do TAC** sem previsão em regulamento e sem a participação da área técnica e da Procuradoria, resultando na alteração significativa, pelo CD, dos compromissos, das metas, dos investimentos e dos prazos pactuados no TAC e na inclusão de processos no TAC após o fim do prazo limite regulamentar e até mesmo após a sua aprovação, contrariando o art. 9º do Regulamento de TAC, o art. 38 da LGT e o *caput* do art. 37 da Constituição Federal;

b) Aprovação do TAC da Telefônica, contrariando o art. 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 c/c art. 37-A da Lei 10.522/2002, o art. 19, §§ 1º e 2º, da Resolução-Anatel 629/2013 e os princípios da legalidade, da motivação, do interesse público e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, porque o **CD não requisitou e analisou todas as informações necessárias para:**

b.1) **definir o valor de referência do TAC**, abrangendo todas as multas incluídas na negociação e a atualização desse valor pelo IGP-DI durante a vigência do TAC, e **concluir os respectivos estudos que demonstrem a situação inicial de cada um dos projetos e dos investimentos** pactuados para a correção de conduta e os compromissos adicionais, prejudicando o seu interesse público e podendo acarretar em significativos danos ao erário, visto que as condições do termo não são conhecidas ou podem estar distorcidas e que esse valor de referência não será atualizado pela Selic;

b.2) **realizar um estudo financeiro confiável e completo do valor presente líquido (VPL) dos compromissos adicionais**, estritamente necessário para embasar o acordo, que foi estimado pela Telefônica em R\$ 1,61 bilhão, calculado inicialmente pela Anatel em R\$ 1,60 bilhão e posteriormente recalculado em resposta à diligência do TCU em R\$ 1,46 bilhão. Ou seja, o Conselho Diretor aprovou o TAC da Telefônica **contendo um dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões;**

c) Não execução das garantias de execução dos Compromissos de Abrangência apresentadas pela Telefônica conforme os Editais de Licitação 2/2007-SPV-Anatel, 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e 2/2012/PVCP/SPV-Anatel, proporcionalmente aos compromissos assumidos e não cumpridos no prazo

exigido, em desacordo com os arts. 136, § 3º, e 137 da LGT c/c a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel, além de incluir no TAC cláusula permitindo a devolução da garantia apresentada pela Telefônica para cumprimento dos compromissos de abrangência do Serviço Móvel Pessoal (SMP) previstos no Edital de Licitação Anatel 2/2010/PVCP/SPV, sem que a empresa tenha cumprido com todos os compromissos editalícios;

d) Aprovação de prazos e metodologias de cumprimento dos projetos, metas e investimentos pactuados no TAC incompatíveis com outros regulamentos e com a legislação vigente, substituindo-se a atual metodologia regulamentada pela Anatel de acompanhamento da qualidade dos serviços por um indicador informal criado pelo próprio Conselho Diretor durante a negociação do TAC, que não garante o ajustamento das condutas irregulares relacionadas à esse tema, contrariando o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) , Lei 8.078/1990; os incisos I, III e V do art. 13, o art. 16 e o *caput* e § 1º do art. 17, do Regulamento de TAC; os arts. 85, parágrafo único, e 89 do RGC; o art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei 10.703/2003; os princípios da publicidade e segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013; os incisos I e V do art. 96 e o inciso X do art. 127 da LGT;

e) Aprovação da distribuição do valor de referência (VR) do TAC entre os compromissos a serem realizados, que será usado para calcular as eventuais multas por descumprimento do TAC, **sem ponderar a relevância e a materialidade dos compromissos adicionais** para a garantia do interesse público nem a relevância dos compromissos destinados à correção direta de condutas irregulares, resultando em desvio de finalidade do objeto do TAC, o que contraria os princípios da finalidade e do interesse público previstos no art. 36 da Resolução 612/2013 e no art. 38 da LGT;

f) Aprovação do TAC da Telefônica permitindo que, após a assinatura do termo, a prestadora possa fazer alterações unilaterais e significativas nos

compromissos de investimentos e projetos, impactando no interesse público do acordo e podendo resultar em dano ao erário, em afronta ao art. 13, inciso III, da Resolução-Anatel 629/2013 e aos princípios do interesse público e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 38 da LGT.

818. Em face das irregularidades relatadas anteriormente, que impactam o valor, a execução e o próprio interesse público do referido TAC, propõe-se a realização de audiência dos conselheiros que integravam o Conselho Diretor e votaram pela aprovação do TAC pelo Acórdão-Anatel 422/2016-CD, de 27/10/2016 (peça 95, p. 2-3) , a seguir arrolados, para que apresentem razões de justificativa para a aprovação do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta da Telefônica com as irregularidades e as ilegalidades apontadas na presente instrução, contendo um dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões e contrariando os princípios da legalidade, da publicidade, da motivação, da finalidade, do interesse público e da segurança jurídica previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e no *caput* do art. 37 da Constituição Federal; os arts. 38, 96, incisos I e V, 127, inciso X, 136, § 3º, e 137 da Lei Geral das Telecomunicações; o art. 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 c/c o art. 37-A da Lei 10.522/2002; o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) , Lei 8.078/1990; o art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei 10.703/2003; a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel; as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel; as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel; os arts. 9º, § 2º, 13, incisos I, III e V, 16, 17, *caput* e § 1º, 19, §§ 1º e 2º, do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013; e os arts. 85, parágrafo único, e 89 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) , Resolução-Anatel 632/2014:

a) Juarez Martinho Quadros do Nascimento (CPF 003.722.772-68) , Presidente do Conselho Diretor da Anatel em 27/10/2016, data em que o Acórdão-Anatel 422/2016-CD foi aprovado;

b) Aníbal Diniz (CPF: 183.210.702-72) , Conselheiro em exercício na data de 27/10/2016;

819. Tendo em vista que o Conselheiro Rodrigo Zerbone Loureiro votou contra o uso do IGP-DI na atualização do VR do TAC durante sua vigência (peça 95, p. 2-3) , não será proposto que ele seja responsabilizado por essa irregularidade. Entretanto,

esse conselheiro votou a favor da aprovação do TAC da Telefônica contendo as demais irregularidades.

820. Assim, propõe-se a realização de audiência do conselheiro que integrava o Conselho Diretor e votou pela aprovação do TAC pelo Acórdão-Anatel 422/2016-CD, de 27/10/2016 (peça 95, p. 2-3) , a seguir arrolado, para que apresentem razões de justificativa para a aprovação do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta da Telefônica com as irregularidades e as ilegalidades apontadas na presente instrução, contendo um dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões e contrariando os princípios da legalidade, da publicidade, da motivação, da finalidade, do interesse público e da segurança jurídica previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e no *caput* do art. 37 da Constituição Federal; os arts. 38, 96, incisos I e V, 127, inciso X, 136, § 3º, e 137 da Lei Geral das Telecomunicações; o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) , Lei 8.078/1990; o art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei 10.703/2003; a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel; as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel; as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel; os arts. 9º, § 2º, 13, incisos I, III e V, 16, 17, *caput* e § 1º, 19, §§ 1º e 2º, do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013; e os arts. 85, parágrafo único, e 89 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) , Resolução-Anatel 632/2014:

a) Rodrigo Zerbone Loureiro (CPF: 095.272.947-46) , Conselheiro em exercício na data de 27/10/2016.

821. O Conselheiro Igor Vilas Boas de Freitas foi o relator da minuta de TAC da Telefônica e, conforme demonstrado ao longo da presente instrução e evidenciado nas justificativas de voto desse conselheiro (peça 93) , ele propôs a inclusão de irregularidades na minuta de TAC da Telefônica e manifestou-se a favor da aprovação dessa minuta com todas as irregularidades listadas anteriormente, incluindo a atualização do VR do TAC pelo IGP-DI.

822. Desta forma, propõe-se a realização de audiência do conselheiro que integrava o Conselho Diretor, relatou a minuta do TAC e votou pela aprovação do TAC da Telefônica pelo Acórdão-Anatel 422/2016-CD, de 27/10/2016 (peça 95, p. 2-3) , a seguir arrolados, para que apresentem razões de justificativa para a elaboração e a aprovação do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta da Telefônica com as irregularidades e as ilegalidades apontadas na presente instrução, contendo

um dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões e contrariando os princípios da legalidade, da publicidade, da motivação, da finalidade, do interesse público e da segurança jurídica previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e no *caput* do art. 37 da Constituição Federal; os arts. 38, 96, incisos I e V, 127, inciso X, 136, § 3º,

e 137 da Lei Geral das Telecomunicações; o art. 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 c/c o art. 37-A da Lei 10.522/2002; o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/1990; o art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei 10.703/2003; a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel; as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel; as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel; os arts. 9º, § 2º, 13, incisos I, III e V, 16, 17, *caput* e § 1º, 19, §§ 1º e 2º, do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013; e os arts. 85, parágrafo único, e 89 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC), Resolução-Anatel 632/2014:

a) Igor Vilas Boas de Freitas (CPF: 081.286.988-50), Conselheiro em exercício na data de 27/10/2016.

823. Na presente instrução, também foi detalhadamente relatada a ocorrência de **irregularidades e ilegalidades** na atuação do Conselho Diretor ao definir e aprovar os parâmetros para concessão de descontos nos valores dos compromissos adicionais a serem executados pelas prestadoras nos TACs conduzidos pela Anatel, conforme **Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016** (peça 110), uma vez que:

a) o **conteúdo do ato**, ou seja, a forma de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais para conceder descontos em até 50% às prestadoras que firmarem TACs, não atende ao disposto no art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, no art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016 e no art. 19, § 3º, da Resolução-Anatel 629/2013, pois **favorece localidades em que já há um desenvolvimento tecnológico maior, ainda que reduzido quando comparado com os grandes centros e metrópoles do país, deixando de privilegiar municípios e localidades em que, de fato, não há interesse de atendimento pelas operadoras;**

b) o **ato não cumpriu os procedimentos administrativos de tramitação e aprovação exigidos pela legislação vigente**, visto que sua minuta não foi submetida à manifestação da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel nem a consulta pública, além de não ter sido editado o tipo de instrumento

normativo exigido pela legislação, que seria uma Resolução, conforme art. 42 da LGT e arts. 40, incisos I e III, 59 e 62 da Resolução-Anatel 612/2013.

824. Devido à aprovação do Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016 (peça 110) , com as irregularidades relatadas anteriormente, que impactam a celebração e o valor de

todos os TACs a serem firmados no âmbito da agência, propõe-se a realização de audiência dos Conselheiros que integravam o Conselho Diretor e votaram pela aprovação do ato pelo Acórdão-Anatel 2/2016-CD (peça 110, p. 3) , a seguir arrolados, para que apresentem razões de justificativa para o fato de o Conselho Diretor da Anatel não ter submetido a minuta do ato aos procedimentos previstos na legislação vigente e por ter adotado metodologia de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais do TAC em desacordo com as diretrizes dos normativos vigentes, contrariando o interesse público e possibilitando um dano ao erário da ordem de milhões de reais:

a) João Batista de Rezende (CPF 472.648.709-44) , Presidente do Conselho Diretor da Anatel na data de 16/12/2015, data em que o Acórdão-Anatel 2/2016-CD foi aprovado;

b) Aníbal Diniz (CPF: 183.210.702-72) , Conselheiro em exercício na data de 16/12/2015;

c) Otavio Luiz Rodrigues Júnior (CPF: 438.391.263-04) Conselheiro em exercício na data de 16/12/2015.

825. A elaboração desse ato foi relatada pelo Conselheiro Igor Vilas Boas de Freitas e teve um voto revisor proferido pelo Conselheiro Rodrigo Zerbone Loureiro, sendo que as irregularidades apontadas na forma e no conteúdo do referido foram propostas e aprovadas por eles.

826. Por isso, propõe-se a realização de audiência dos Conselheiros que integravam o Conselho Diretor, elaboraram a minuta do ato e votaram pela aprovação do ato pelo Acórdão-Anatel 2/2016-CD (peça 110, p. 3) , a seguir arrolados, para que apresentem razões de justificativa para o fato de terem elaborado a minuta e aprovado o ato sem submetê-lo aos procedimentos previstos na legislação vigente e por ter adotado metodologia de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais do TAC em desacordo com as diretrizes dos normativos vigentes, contrariando o interesse público e possibilitando um dano ao erário da ordem de milhões de reais:

milhões de reais.

a) Rodrigo Zerbone Loureiro (CPF: 095.272.947-46) , Conselheiro em exercício na data de 16/12/2015;

b) Igor Vilas Boas de Freitas (CPF: 081.286.988-50) , Conselheiro em exercício na data de 16/12/2015.

CONCLUSÃO

827. Trata-se de representação da unidade técnica do TCU em face de possíveis irregularidades na potencial celebração, pela agência, de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta abrangendo processos sancionatórios relativos a vários temas, como qualidade e fiscalização dos serviços de telecomunicações (parágrafo 1) .

828. Com base em indícios de irregularidades identificados em documentos obtidos no processo de representação em andamento no TCU sobre o TAC da empresa Oi (TC 033.413/2015-0) , em notícias na imprensa e em documentos públicos obtidos no próprio sistema eletrônico de processos da Anatel, a unidade técnica do TCU abriu, no dia 28/7/2016, representação com vistas a avaliar as possíveis irregularidades encontradas, de forma geral, nos processos de TAC em andamento na Anatel (parágrafos 2 a 6) .

829. Deve ser registrado que até dezembro de 2016, estavam em tramitação na Anatel um total de 37 pedidos de celebração de TAC, abrangendo inúmeros processos administrativos da agência, estimados em R\$ 9,1 bilhões, montante que provavelmente será aumentado com a atualização monetária dos valores que o compõem e com a inclusão de novos processos de sanção (parágrafo 13) .

830. Sobre a definição e as características do TAC, é importante esclarecer que um Termo de Ajustamento de Conduta consiste em um acordo entre o Poder Público e uma prestadora de serviço público, com vistas a impedir a continuidade de uma situação irregular na prestação do serviço que desrespeita normativos e regulamentos vigentes. Trata-se de ato jurídico complexo, característico da Administração Pública, consensual e praticado entre a Administração e o administrado, que resulta em um termo com caráter de título executivo extrajudicial, em que o Poder Público deve buscar meios de garantir que descumprimentos e irregularidades do acordo resultem na execução do título e em penalização e sanção das operadoras (parágrafos 16 a 25)

sarização das operadoras (parágrafos 10 a 25) .

831. Segundo regulamento de TAC da Anatel (RTAC) , o TAC divide-se em duas partes principais: ajuste de conduta irregular e compromissos adicionais. A seção do ajuste de conduta corresponde à obrigação da prestadora de corrigir todas as

condutas que infringiram a legislação e a regulamentação da agência e de reparar todos os usuários atingidos por essas condutas, além de prevenir que a prestadora não continuará cometendo novas infrações desse tipo durante e após a vigência do TAC. A outra seção dos TACs são os compromissos adicionais, que devem implicar benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço, com a execução de projetos de investimentos ou com a concessão temporária de benefícios direitos aos usuários (parágrafos 26 a 48) .

832. Ao longo da presente instrução, foram avaliados aspectos gerais e irregularidades que perpassam a discussão e a tramitação de todos os TACs da agência, além de ter sido analisado o caso concreto da minuta de termo de ajustamento da Telefônica (parágrafo 54 e 55) , o único acordo aprovado pela Anatel, com exceção do TAC da empresa Oi, o qual é objeto de outro processo do TCU.

833. Com relação às questões gerais do instrumento TAC, que podem ser aplicadas a todos os acordos, foram constatadas as seguintes irregularidades ou fragilidades, descritas de forma resumida:

a) inclusão de processos (Pados) nos TACs após o fim do prazo limite regulamentar de 120 dias, inclusive, no caso da Telefônica, após a aprovação do próprio TAC pelo Conselho Diretor da Anatel, uma atuação incompatível com o Regulamento de TAC, que traz benefícios indevidos às operadoras e com elevado potencial lesivo ao erário (parágrafos 57 a 76) ;

b) o Conselho Diretor da agência decidiu por incluir, de ofício, qualquer processo administrativo da prestadora mencionada que estivesse em andamento na Anatel e que estivesse relacionado aos temas analisados no âmbito do TAC. Tal decisão de inclusão de Pados no TAC sem que houvesse uma análise de admissibilidade pela área técnica da Anatel permitiu uma sobreposição de atividades que deveriam ser executadas pela Anatel em momentos distintos (parágrafos 70 a 76) ;

c) forma de negociação do TAC entre Prestadoras e Conselho Diretor em desacordo com o Regulamento de TAC (RTAC) visto que a Anatel tem aceitado reiteradamente

com o regulamento de TAC (RTAC) , visto que a Anatel tem aceitado reiteradamente que as operadoras apresentem novas propostas, tanto de correção de conduta, quanto de projetos de investimentos para compromissos adicionais, após o prazo máximo definido pelo RTAC de 420 dias (parágrafos 77 a 79) ;

d) o Conselho Diretor da Anatel realizou alterações significativas da proposta já analisada em outras instâncias, modificando quase integralmente a proposta anterior, na maioria dos casos invalidando e desperdiçando todo o tempo e o esforço dedicado pelos servidores integrantes da Comissão de Negociação e pela Procuradoria na análise e na discussão para adequação das propostas originais, algo que atenta não só contra o Regulamento do TAC, como também aos princípios da eficiência, do interesse público, da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, sendo os três últimos previstos na Lei Geral das Telecomunicações (parágrafos 80 a 95) .

834. Foram avaliadas também questões referentes à capacidade da Anatel em fiscalizar as metas e os compromissos dos TACs, em que foram constatadas as seguintes irregularidades ou fragilidades:

a) ausência de motivação clara que justifique a dispensa, por parte da agência, da prerrogativa de requisitar das operadoras informações relevantes para a valoração dos investimentos propostos e para a sua posterior fiscalização, como o planejamento de investimentos e análises financeiras de ações relativas a ajuste de condutas e a projetos adicionais, nada obstante tais informações já existam no âmbito das prestadoras (parágrafos 352 e 353) ;

b) aprovação da minuta de TAC da Telefônica, pelo Conselho Diretor, em 27/10/2016, com base em dados incompletos e desatualizados, que não permitiam a devida análise de aceitação dos projetos propostos pela operadora, determinando que, em seguida, fosse feita uma atualização e obtenção de dados relevantes (parágrafos 549 a 557) ;

c) identificaram-se irregularidades na própria estruturação interna da agência para fiscalizar o andamento do TAC, visto que já foram aprovados termos de duas grandes operadoras sem que a Anatel tivesse concluído o 'Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC', previsto com vistas a normatizar a fiscalização dos acordos e estabelecer objetivamente as regras que orientarão a interação entre as partes, um instrumento essencial para garantir a efetividade e o

interesse público do TAC (parágrafo 368 a 372) . Ressalta-se que situação semelhante ocorreu com os chamados Planos de Melhoria da Qualidade (PMQ) , em que o acompanhamento realizado pela Anatel não se mostrou efetivo para garantir a melhoria da qualidade do serviço e o cumprimento dos termos de acordo pelas empresas (parágrafos 374 a 378) ;

d) está em curso a elaboração do Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC no âmbito do próprio processo de discussão do TAC, sem que haja transparência, isonomia ou oportunidade de manifestação da sociedade, incluindo contraditório para as outras prestadoras, nem qualquer garantia de consistência entre as disposições previstas nos manuais do TAC de cada operadora (parágrafos 415 a 433) . Para além dos aspectos formais, o próprio conteúdo da minuta do manual viola princípios e dispositivos legais, ao prever que;

d.1) o acompanhamento da execução do TAC pode ser realizado de outras formas além das previstas no próprio manual e as disposições sobre essa fiscalização podem ser alteradas posteriormente, a critério da Anatel, o que traz insegurança jurídica para o TAC, tanto do ponto de vista da operadora como para a sociedade e o interesse público (parágrafos 146 e 147) ;

d.2) a maioria dos projetos e compromissos de ajuste de conduta serão verificados e acompanhados por meio de relatórios elaborados pela empresa terceirizada e enviados à agência, inclusive a verificação do estágio inicial de todos os investimentos pactuados no TAC, proposta carece de fundamentação legal, uma vez que representa a efetiva terceirização da atividade finalística da Anatel, atualmente sob competência da Superintendência de Fiscalização, o que é proibido pelo parágrafo único do art. 22 da LGT. Ademais, em nenhum momento durante a tramitação da minuta do regulamento de TAC ou dos próprios TACs, a Anatel propôs ou discutiu publicamente com qualquer instância, interna ou externa, a pretensão de transferir suas responsabilidades e competências legais de fiscalização para uma empresa terceirizada (parágrafos 384 a 399) .

835. Também foi avaliado, na presente instrução, o processo de declaração de descumprimento e de execução das multas do TAC, em que foram encontradas resumidamente as seguintes irregularidades ou fragilidades:

a) necessidade de que a Anatel reduza o tempo de atingimento do teto da multa diária, dado que um prazo muito longo desestimula o cumprimento da obrigação ao reduzir o valor da multa diária, além de haver a possibilidade de o Conselho Diretor

reavaliar o cumprimento da obrigação antes que o teto seja alcançado, o que representa um desestímulo para a operadora cumprir a obrigação rapidamente (parágrafos 476 a 496) ;

b) possibilidade de que a Anatel postergue a decisão de descumprimento ou não de cada item até a análise final do TAC, perdendo assim a efetividade do acompanhamento e desestimulando a operadora a cumprir no prazo certo a obrigação, visto que não será declarado o descumprimento do item até o final do acordo, algo que nitidamente fere o interesse público do instrumento (parágrafos 497 a 509) .

836. Outrossim, foram identificadas fragilidades quanto ao procedimento previsto pelo regulamento e pelos manuais de TAC para o acompanhamento do grau de cumprimento e para a execução das multas dos TACs:

a) possível sobreposição de competências, em prejuízo da tempestividade da tramitação do TAC, uma vez que, embora o regulamento do TAC preveja que o 'acompanhamento da execução dos compromissos constantes no TAC caberá à Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) ', a minuta do manual de fiscalização prevê a criação de um escritório de governança que ficará responsável por gerenciar o acompanhamento e receber os relatórios de fiscalização da empresa terceirizada, ainda que a estrutura atual da SCO seja mantida e, segundo o regulamento, deveria ser responsável por acompanhar todos os TACs (parágrafos 408 a 414) ;

b) previsão de instauração de diversos processos administrativos de acompanhamento a serem submetidos a julgamento pelo Conselho Diretor sem que esteja previsto o estabelecimento de prazos diferenciados para a conclusão desses processos, de forma a dar celeridade ao TAC e garantir que não seja seguido o trâmite processual comum a todos os demais processos administrativos, o que compromete a efetividade do TAC, dado que se trata de um instrumento de exceção que gera um título executivo extrajudicial, o que garante maior celeridade para a cobrança dos valores devidos (parágrafos 510 a 516) .

837. É importante destacar que todas as irregularidades e os riscos apontados anteriormente são agravados ao se avaliar o modelo estabelecido pela Anatel no RTAC, art. 11, §3º, em que todos os processos sancionatórios que originaram o TAC serão arquivados após a assinatura do termo, o que significa que os processos

deixarão de existir, permanecendo só o processo do TAC (parágrafos 517 a 519) .

838. O relatório apresentou uma seção específica para falar das questões relacionadas a possíveis riscos decorrentes de revisões legais e normativas, a seguir explicados:

a) está em curso na Anatel uma revisão do modelo de gestão da qualidade dos serviços de telecomunicações, incluindo a reavaliação do arcabouço normativo do tema, que pode prejudicar significativamente as ações, resultados e a efetividade dos TACs, já que os TACs de qualidade referem-se a condutas definidas como irregulares segundo o regulamento vigente atualmente, incluindo os parâmetros técnicos e indicadores das metas (parágrafos 97 a 109) ;

b) considerando que estão em andamento ações focadas em reavaliar o modelo de prestação dos serviços de telecomunicações, não apenas na Anatel mas no setor todo, prevendo inclusive anular as metas de universalização dos serviços prestados em regime público, constatou-se risco de que o valor correspondente às ações previstas nos TACs cujo tema seja a universalização fosse anulado ou considerado como cumprido, algo que estaria prejudicando o interesse público do termo (parágrafos 139 a 168) ;

c) alterações conduzidas atualmente pela Anatel na metodologia de cálculo das multas aplicadas às infrações que já foram incluídas nos TACs também prejudicam o interesse público no firmamento do acordo (parágrafos 115 a 125) .

839. Ressalte-se que, diferentemente do que se observou na alteração do modelo de gestão da qualidade, em que se prevê a alteração dos indicadores e das metas de qualidade e não a anulação do controle e da atuação da Anatel sobre a qualidade em si, no caso dos TACs que tratam da universalização, o próprio objeto do acordo será prejudicado, uma vez que deixará de ser exigível, acarretando a perda do interesse público na celebração do acordo. Nessas condições, verificou-se que os TACs referentes a universalização do serviço de telefonia fixa restam prejudicados dado que não há interesse público na celebração desses acordos. As alterações previstas tanto no novo Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) quanto na revisão do modelo de telecomunicações prejudicarão os compromissos de ajustamento de conduta desses TACs, reduzindo-os ou até mesmo os anulando, o que representa benefícios às operadoras em detrimento do erário (parágrafo 168) .

840. No que tange ao monitoramento do ajustamento de conduta, foram

constatadas as seguintes irregularidades:

a) ao invés de utilizar os indicadores de qualidade previstos nos regulamentos da agência, e que originaram as multas incluídas nos TACs, a Anatel optou por criar um novo indicador o IGQ, rejeitando o monitoramento (proposto pela própria área

técnica da agência) por meio dos indicadores já regulamentados na Anatel, e que motivaram as multas que culminaram na assinatura do acordo. Entretanto, a troca de indicadores não permite verificar o ajuste de condutas, princípio básico do TAC, dado que gera incomparabilidade entre as condutas irregulares que geraram as infrações, e conseqüentemente o TAC, e a conduta acompanhada pela Anatel após o acordo. Ademais, o novo indicador é regulamentado por meio de instrumento inadequado, não submetido às necessárias consultas públicas e procedimentos internos de validação, e de baixa publicidade (parágrafos 169 a 184) ;

b) o cálculo e o resultado do referido indicador se mostram ineficazes como instrumentos de acompanhamento, controle e avaliação do desempenho da qualidade do serviço medido, por não refletirem adequadamente a evolução do desempenho e os resultados da operadora diante das ações previstas pelo TAC, além de não deixar claro qual seria o valor de referência adequado do IGQ a ser atingido pelas operadoras (parágrafos 185 a 192) ;

c) prevê-se que a aferição do cumprimento do IGQ será realizada ao final do TAC, como meta única, com base no IGQ do último mês do 4º ano de vigência do TAC, algo que agrava as fragilidades dos termos do TAC, visto que a Anatel deixa de avaliar periodicamente o IGQ ao longo do período de vigência do acordo, reduzindo o controle e o acompanhamento *pari passu* do desempenho das operadoras que garantiria a efetiva melhoria da qualidade dos serviços ao longo da vigência do TAC. Ademais, prejudica a efetividade da multa diária prevista no acordo, pois, em caso de descumprimento ou atraso de compromisso que somente se considera descumprido no final do TAC, poderá não haver tempo hábil para a aplicação máxima de tal penalização (parágrafos 210 a 223) .

841. A presente instrução também apresentou uma seção específica para falar das questões relacionadas aos compromissos adicionais dos TACs, cujas ações devem refletir políticas públicas desenhadas para beneficiar a sociedade e o interesse público. Em geral, as metas e os objetivos dessas políticas não seriam realizados pela operadora ao longo do tempo, dado não haver interesse comercial em alcançá-los. Ressalta-se que o Decreto 8.776/2016, institui o programa de governo Brasil

Inteligente, que tem como finalidade a universalização do acesso à internet no país.

842. Na análise dos compromissos adicionais, foram constatadas as seguintes irregularidades:

a) os projetos de compromissos adicionais dos TACs já aprovados ou propostos nos processos em andamentos da Anatel apresentam características que não estão integralmente de acordo com a política pública de universalização da banda larga, visto que eles não priorizam o atendimento de localidades desprivilegiadas, remotas e sem interesse comercial, com baixos índices de desenvolvimento social e regional. Nessas condições, o país perde em duas frentes: i) deixa de ser aproveitada a oportunidade do TAC de impor às operadoras obrigações de investimentos em regiões desfavorecidas e que normalmente não seriam atendidas pelas prestadoras; e ii) perdem-se ainda recursos que, caso as multas fossem cobradas, seriam destinados a fundos específicos cuja função principal é estimular políticas públicas do setor de telecomunicações (parágrafos 224 a 242) ;

b) sobre o chamado fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos (usado para diminuir parte dos investimentos exigidos da operadora caso sejam atendidas localidades mais carentes de infraestrutura) , constatou-se que a discussão sobre quais projetos poderiam ser considerados na elaboração do fator foi restrita à participação da Anatel e das próprias operadoras, sem que pudesse ser considerada a participação da sociedade de maneira geral. Apurou-se também que, no cálculo do fator, diferentemente do que se previa e do que foi proposto pela área técnica da Anatel, o Conselho Diretor da agência decidiu por priorizar o atendimento de localidades de maior atratividade econômica por terem mais capacidade de consumo, por meio do Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, favorecendo localidades em que já há um desenvolvimento tecnológico maior, ainda que reduzido quando em comparação com os grandes centros e metrópoles do país, deixando de privilegiar municípios e localidades em que, de fato, não há interesse de atendimento pelas operadoras (parágrafo 246 e 264) ;

c) não foi identificada se foi feita uma avaliação, pela Anatel, sobre os possíveis efeitos dos investimentos dos TACs no cenário atual de competição entre as prestadoras, já que a entrada de prestadoras de serviços de telecomunicações, sobretudo utilizando um estímulo como a desoneração resultante do TAC sobre os custos de investimento, pode desequilibrar o funcionamento das empresas

custos de investimento, pode desequilibrar o funcionamento das empresas existentes na localidade, podendo inclusive tornar insustentável a sua operação, reduzindo a competição que existia anteriormente naquela região (parágrafo 312 a 318) ;

d) também não foi constatado nenhum estudo ou análise por parte da agência que avaliasse quais acessos e investimentos previstos no termo estariam submetidos às regras de compartilhamento e tampouco a previsão, em nenhum documento, incluindo a minuta do termo, de exigência, pela Anatel, de compartilhamento da infraestrutura entre outras operadoras (parágrafos 319 a 331) .

843. O presente relatório também apresentou seção em que foi feita análise do conteúdo da minuta de TAC da operadora Telefônica, em que foram constatadas as seguintes irregularidades:

a) compromissos de correção de conduta que infringem leis e regulamentos vigentes, em especial: i) simplificação de cadastro, exigindo-se dos novos clientes somente a informação do número do seu CPF, o que vai de encontro ao disposto na Lei 10.703/2003, que exige dados completos; ii) previsão de ressarcimento de cobranças indevidas feitas pela Telefônica aos seus clientes através do depósito do valor no Fundo de Direitos Difusos (FDD) , no caso da telefonia fixa, o que vai de encontro ao Regulamento-Geral de Direitos do Consumidor da Anatel, que prevê que somente após tentativas frustradas de localizar e ressarcir o usuário é que a prestadora pode encaminhar o valor correspondente ao FDD; e iii) no caso dos ressarcimentos por interrupções, previsão do depósito do valor referente ao STFC no FDD e da concessão de minutos para falar com a mesma operadora, no caso dos clientes pré-pagos de telefonia móvel que não possuem planos ilimitados, dispositivos esses que contrariam a Lei 8.078/1990, que prevê a devolução do dobro do valor cobrado do cliente, acrescido de correção monetária e juros legais (parágrafos 524 a 533) ;

b) alterações irregulares em obrigações previstas em editais de licitações. O projeto solução 900 MHz, proposto pela Telefônica, destina-se a compensar o não cumprimento de obrigações de cobertura impostas pelo edital de licitação de frequências da Anatel 2/2010/PVCP/SPV, em que pese o edital ter previsto garantia a ser executada em caso de descumprimento das obrigações. A Anatel não executou essa garantia, mesmo passados sete anos da data do certame, nem apresentou qualquer justificativa aceitável para isso. Pelo contrário, a agência

possibilitou que tal obrigação fosse alterada substancialmente e incluída no TAC da operadora. Trata-se de violação explícita do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, além de prática antieconômica e lesiva ao interesse e aos cofres públicos, uma vez que possibilita a substituição de um instrumento de maior

liquidez financeira, exigível de pronto, por um processo mais burocrático e de execução mais lenta, sobretudo ao se considerar o prazo de cumprimento do TAC e o modo (cheio de falhas) por meio do qual a Anatel pretende fiscalizá-lo (parágrafos 534 e 548) ;

c) autorização de implementação de três projetos distintos de ampliação de cobertura e qualidade da telefonia móvel que, na verdade, configuram partes intrínsecas de um mesmo projeto de instalação de infraestrutura de telecomunicações, ocasionando a diluição da relevância e do valor das multas de descumprimento dos demais investimentos do TAC, além de sobrestimar o percentual do valor do TAC que será atribuído àqueles projetos (parágrafos 549 e 550) ;

d) permissão dada pela Anatel de a operadora escolher e alterar livremente quais cidades serão beneficiadas com esses projetos, sem que haja uma análise e priorização dos municípios por parte da agência, que leve em conta critérios como quantidade de reclamações, desempenho das metas de qualidade dos serviços, grau de competição do mercado de telefonia móvel, *backbone* existente, demanda existente, previsão de atendimento em editais de licitação para outras prestadoras, ou mesmo relação com as cidades abrangidas pelos pados incluídos no TAC (parágrafo 551) ;

e) formulação genérica de alguns investimentos e projetos exigidos no TAC, o que dificulta o seu acompanhamento e a sua atestação posterior, além de não ser capaz de garantir a correção de todas as condutas irregulares abrangidas pelos Pados aceitos no TAC, uma vez que tais itens não ficam especificados no texto do termo de ajuste. Também foi verificado que existem compromissos que atendem parcialmente as condutas a serem regularizadas, porém não abrangem outras condutas irregulares que constam dos Pados admitidos no TAC (parágrafo 555) ;

f) incongruências entre o que o TAC prevê e o que está disposto em outros regulamentos, ou mesmo o que já foi prometido pela própria prestadora no âmbito de outras negociações na agência, no que tange aos prazos de cumprimento

pactuados para cada projeto e obrigação incluído no TAC. Cita-se como exemplo, entre outros casos, o dispositivo da minuta do TAC que estabelece que, a partir do segundo ano de vigência do TAC, a Telefônica somente ativará as estações do serviço de comunicação multimídia (SCM) que estejam regularmente licenciadas, ou seja, o texto do TAC autoriza a operadora a ativar estações em desacordo com a regulamentação vigente sobre licenciamento na Anatel durante o primeiro ano do termo de ajuste (parágrafos 558 e 582) .

844. Ainda com relação ao TAC da empresa Telefônica, na presente instrução foi feita análise do valor de referência do TAC e da divisão de multas definida pela Anatel. Nessa avaliação foram constatadas as seguintes irregularidades:

a) inclusão, posteriormente à aprovação pelo CD e sem a devida análise, de processos que alteram significativamente o VR do TAC. sequer foi possível a própria Anatel prever o montante acrescido ao TAC, visto que autorizou a inclusão, de ofício, de qualquer processo sobre os temas tratados (sem saber quais são e qual o valor de suas multas) , mas que, segundo levantado nesta representação, altera o VR em, no mínimo, R\$ 511 milhões, tendendo a ser um valor bem maior. Soma-se a isso o fato de que o termo utilizado pela Anatel para permitir a inclusão de ofício de processos não explicita até que momento seria aceitável a inclusão de novos processos administrativos, o que deixa a entender que não há um limite temporal para a inserção de novos processos (parágrafos 589 e 591) ;

b) com a inclusão posterior de processos, as condições analisadas pela área técnica e Procuradoria Especializada junto à Anatel diferem significativamente das aprovadas pelo CD, o que prejudica a legitimidade do TAC a ser assinado, além de ensejar possível prejuízo ao interesse público, dado que o VR do TAC foi ampliado sem que fossem estudados os compromissos vinculados a esse aumento e as condições a serem exigidas que trariam maiores benefícios à sociedade (parágrafo 593) ;

c) previsão, na minuta de TAC, de possibilidades de mudanças no objeto e nas metas previstas, a exemplo da alteração dos municípios a serem atendidos, o que pode resultar em insegurança jurídica de um termo já assinado, afetar o interesse público do instrumento e comprometer o estudo de viabilidade financeira do TAC feito pela Anatel (parágrafo 603) ;

d) desequilíbrio na distribuição do valor de referência e das multas entre os compromissos previstos no TAC, com priorização de metas-meio em detrimento

compromissos previstos no TAC, com priorização de metas-meio em detrimento dos ajustes de conduta, o que representa um desvio de finalidade e a redução do interesse público no acordo. Ou seja, na minuta aprovada pelo Conselho Diretor da Anatel, foram privilegiados investimentos de infraestrutura na rede da empresa, que permanecerá com os ativos e benefícios deles advindos, em detrimento de compromissos vinculados aos critérios objetivos de correção das condutas irregulares que resultaram nas multas que motivaram a realização do TAC (parágrafos 608 a 648) .

845. Na análise dos compromissos adicionais e do estudo financeiro (VPL) que os embasou no TAC da empresa Telefônica, foram constatadas as seguintes irregularidades ou fragilidades:

- a) o projeto de compromissos adicionais selecionado deixa de levar em consideração o grau de interesse público desse projeto específico, que possui uma política com um alcance restrito, em detrimento de outros projetos que poderiam ser realizados com esse volume de recursos e que seriam mais compatíveis com a política pública de universalização da banda larga no Brasil (parágrafos 650 a 666) ;
- b) aprovação do termo sem o detalhamento das metas a serem atingidas nos compromissos adicionais nem das especificações técnicas e dos critérios objetivos a serem exigidos da operadora, o que implica a fragilidade do acordo, a possível distorção entre os valores e dispêndios previstos e os que deverão ser realizados, na dificuldade de verificação do cumprimento ou não das metas e, principalmente, a insegurança jurídica do TAC, visto que eventuais definições posteriores podem gerar conflitos e questionamentos entre as partes, inclusive judiciais (parágrafos 668 a 677) ;
- c) não priorização de ações em localidades mais deficitárias de infraestrutura, resultando em possíveis benefícios indevidos à prestadora e um possível prejuízo ao interesse público (parágrafos 678 a 705) ;
- d) ausência de justificativas e motivação clara para a aplicação do desconto máximo previsto no RTAC para definição do volume de recursos a serem aplicados nos compromissos adicionais, com benefício da operadora Telefônica em detrimento do interesse público. O fato é agravado ao se levar em consideração o pequeno alcance do projeto de FTTH e das localidades a serem atendidas por ele (parágrafos 708 a 723) .

846. No tocante ao cálculo do VPL negativo a ser considerado para fixação dos compromissos adicionais, verificou-se que o valor apresentado pela empresa Telefônica correspondia a R\$ 1,66 bilhão, enquanto o aprovado pela Anatel foi de R\$ 1,60 bilhão. Na análise da metodologia e premissas de cálculo adotadas, foram

constatadas as seguintes fragilidades ou irregularidades:

a) constatou-se que a Anatel, contrariando o regulamento de TAC que exige o uso 'metodologia usualmente empregada pela agência', optou por avaliar o VPL do projeto utilizando, pela primeira vez, ferramenta criada por uma consultoria contratada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) para outros fins que não tem relação com os TACs, uma decisão que, além de ir de encontro com o art. 19, § 1º, RTAC, ainda fragiliza o estudo e resultados obtidos pela Anatel, visto que foi adotada ferramenta que nunca havia sido utilizada pela agência, potencializando os riscos de erros e possível adoção de premissas inadequadas, e que nunca passou pelo processo de consulta pública da sociedade, como foi feito com o modelo de custos usualmente adotado pela agência (parágrafo 729 a 737) ;

b) sobre o cálculo em si e a ferramenta utilizada, a agência não foi capaz de esclarecer ao TCU, após sucessivas diligências, a motivação das premissas adotadas no cálculo aprovado pela agência nem todos os dados utilizados como base para o cálculo do VPL aprovado. Além disso, em reuniões, os servidores da agência não souberam responder a todos os questionamentos feitos, inclusive sobre premissas básicas do estudo, e que afirmaram que o conhecimento sobre a ferramenta seria objeto de treinamento futuro da equipe técnica da agência (parágrafos 741 a 748) ;

c) não foi possível ver a ferramenta, de fato, executar o cálculo do estudo financeiro, dado que, ao tentar utilizá-la nos equipamentos do TCU, a ferramenta não completou a análise, apresentando problemas técnicos, e, em visita à Anatel pela equipe do Tribunal para avaliar a ferramenta, não foi comprovado pelos servidores da agência o funcionamento da ferramenta nas próprias dependências do órgão regulador, em 14/3/2017 (parágrafos 750 a 754) ;

d) a Anatel fez a aprovação do TAC da empresa Telefônica pelo Conselho Diretor sem que houvesse um estudo financeiro confiável e completo do VPL dos compromissos adicionais, insumo estritamente necessário para embasar o acordo,

que prejudica o interesse público do acordo e pode acarretar em danos significativos ao erário, visto que as condições do termo não são conhecidas ou podem estar distorcidas (parágrafo 762) .

847. Em face das dificuldades enfrentadas com o cálculo do VPL, a Anatel solicitou ao TCU o sobrestamento do presente processo, justificando-o com a necessidade de a agência rever algumas premissas de cálculo.

848. Entretanto, constatou-se que as informações pendentes de envio ao TCU, embora importantes para analisar um dos aspectos do TAC da Telefônica, não constituem qualquer óbice à continuidade da avaliação completa da atuação da Anatel sobre todos os seus TACs, objeto do presente processo, não impedindo a realização da análise de mérito da presente representação. Com efeito, a dificuldade (ou mesmo, a impossibilidade) da Anatel em prestar os esclarecimentos solicitados em relação à metodologia e à ferramenta utilizadas no cálculo do VPL consiste, essencialmente, em uma evidência que corrobora as fragilidades e inconsistências apontadas na presente análise (parágrafos 785 a 816) .

849. Um mês depois de pedir o sobrestamento do presente processo, a Anatel solicitou a desistência do pedido e apresentou um novo cálculo do VPL, com valor inferior em mais de cem milhões de reais ao valor inicialmente aprovado pelo CD em 2016, o que representa uma quantificação do dano ao erário mínimo que ocorreria com a assinatura do TAC da Telefônica nos termos aprovados pelo CD (parágrafos 763 a 770) .

850. Diante das constatações detalhadas ao longo desta instrução, foi avaliada a possibilidade de responsabilização do Conselho Diretor da Anatel pela aprovação do TAC da Telefônica (Acórdão-Anatel 422/2016-CD) com as falhas e irregularidades identificadas e contendo um dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões (parágrafo 764) . Do mesmo modo, avaliou-se a conduta do referido colegiado na aprovação do ato que disciplinou o fator de desconto das desigualdades regionais (Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016) com todas as irregularidades relatadas anteriormente, que impactam na celebração e no valor de todos os TACs a serem firmados no âmbito da agência (parágrafos 817 a 828) .

851. Nessa avaliação, levou-se em conta o procedimento para análise e aprovação dos TACs pela Anatel, cujo minucioso e cuidadoso detalhamento no RTAC deixa evidente a preocupação em se garantir que os fundamentos do termo de

ajustamento de conduta, além de observarem os princípios gerais que regem qualquer ato expedido pelo Poder Público, sejam sólidos, inequívocos e plenamente aderentes ao interesse público. A propósito, não se poderia esperar tratamento diferente, tendo em vista o caráter excepcional do TAC, por meio do qual se realiza uma verdadeira renúncia de receitas públicas, condicionada ao cumprimento dos compromissos ajustados.

852. A ponderação também considerou a gravidade e a possível repercussão dos atos sobre todos os demais pedidos de TACs que tramitam na agência, chegando-se à conclusão de que se faz necessária a realização de audiência dos conselheiros que integravam o Conselho Diretor no momento de aprovação do TAC pelo Acórdão-Anatel 422/2016-CD e do Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016.

853. Repise-se que, embora a agência não tenha tido acesso ao conteúdo da minuta da presente instrução, justamente porque se tratava de minuta, a decisão do CD de 27/4/2017 corrige algumas das irregularidades apontadas na presente instrução quanto ao manual de fiscalização do TAC da Telefônica, que seriam objeto de proposta de determinação na presente instrução, inclusive (parágrafo 855) .

854. Tal conduta somente reforça as evidências fartamente apresentadas ao longo da presente instrução de que o ato de aprovação da minuta de TAC da Telefônica deu-se sem que houvesse uma análise suficientemente técnica, precisa, adequada e completa, nem uma preocupação com a observância da legislação e da regulamentação vigentes em todos os aspectos. A correção de flagrantes irregularidades por parte da unidade jurisdicionada antes mesmo dela ter acesso às considerações de mérito da unidade técnica do TCU comprova a gravidade dessas irregularidades e o quanto a sua violação à legislação vigente eram patentes e explícitas desde o começo, posto que bastou uma segunda análise mais detida da área técnica e do Conselho Diretor da Anatel para que tais irregularidades fossem corrigidas espontaneamente (parágrafo 856) .

855. Por fim, cabe destacar que o Regulamento do TAC não determina que todos os instrumentos desse tipo sejam analisados ou aprovados em nenhum momento pelo TCU, o que de fato nem é possível, pois as resoluções da Anatel não possuem competência legal para demandar a atuação do Tribunal. Além disso, é notório que o TCU não é instância revisora ou recursal das decisões da agência. Assim, ao longo da presente instrução, foram avaliados aspectos gerais e irregularidades que perpassam a discussão e tramitação de todos os TACs da agência.

856. Ressalta-se que a atuação do TCU, no seu papel constitucional de controle externo, se destina a fiscalizar as ações conduzidas pela Anatel mediante a definição de um escopo de trabalho, um universo e uma amostra a serem examinados com relação aos procedimentos da agência. Esta Corte exerce, neste caso, o chamado 'controle de segunda ordem', com o objetivo de verificar a regularidade da atuação da agência no exercício de suas atividades finalísticas. Dessa forma, não se pretende, na presente avaliação, convalidar, ou não, a aprovação dos processos de TAC, e sim verificar se há irregularidades e fragilidades nos pontos avaliados pelo Tribunal quanto a um determinado processo executado pelo órgão regulador.

857. De acordo com o disposto no art. 4º, § 2º, da Resolução-TCU 254/2013, que dispõe sobre a classificação da informação quanto à confidencialidade no âmbito do Tribunal, cabe 'ao TCU respeitar a classificação atribuída na origem às informações recebidas de pessoa física ou jurídica externa ao Tribunal'. Em ofícios enviados pela Anatel ao TCU (peças 46, p. 1), consta solicitação da agência para que seja dado tratamento sigiloso a peças do presente processo, uma vez que seu conteúdo atende ao disposto no art. 39, parágrafo único, da Lei 9.472/1997. Diante da solicitação da Anatel, propõe-se classificar como sigiloso o conteúdo das peças 45, 102, 128 e 137 do presente processo.

858. Registre-se que, de acordo com despacho do Ministro Relator Bruno Dantas, em 3/1/2017 (peça 48), a presente instrução de mérito deve ser encaminhada ao Gabinete do Procurador-Geral Ministério Público junto ao TCU, para manifestação do *Parquet* e posterior envio ao gabinete daquele ministro.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

859. Ante o exposto, submetem-se os autos ao Gabinete do Procurador-Geral Ministério Público junto ao TCU, para manifestação do *Parquet* e posterior envio ao Gabinete do Ministro Relator Bruno Dantas, propondo:

a) determinar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

a.1) com relação a todos os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) a serem assinados pela agência:

a.1.1) se abstenha de aplicar a regra prevista no art. 38, inciso IV, do Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (RTAC) , Resolução-Anatel 629/2013, aos processos sancionatórios cuja inclusão no TAC tenha sido feita posteriormente ao período de transição previsto no regulamento, seja por requerimento da prestadora ou por inclusão de ofício pela própria agência, de forma que, em relação a esses processos seja devido o pagamento de 10% do valor correspondente às multas aplicadas, em razão de a situação verificada estar em desacordo com o art. 38, inciso IV, da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC;

a.1.2) somente aprove termos de ajustamento de conduta após analisar, anteriormente à aprovação, a admissibilidade de cada processo a ser incluído no TAC e o impacto causado por cada um deles nas condições e nos valores que compõem o acordo de ajustamento de conduta, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 7º e 9º da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e com o previsto no art. 2º, *caput* e inciso VII, da Lei 9.784/1999, que dispõe sobre o princípio da motivação como exigência de indicação de pressupostos de fato e de direito que determinam decisões em atos da Administração Pública;

a.1.3) em caso de alteração relevante pelo Conselho Diretor da proposta da minuta de TAC encaminhada pela comissão de negociação com relação às metas, projetos, compromissos, cronogramas, condições de execução ou fiscalização, valores, condutas a serem corrigidas ou processos abrangidos pelo TAC, afetando significativamente as condições do acordo firmado na comissão, remeta a minuta final novamente à área técnica e à Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à Anatel para nova análise, por a situação atual estar em desacordo com a obrigação legal de garantir que a Procuradoria exerça sua competência e dever de analisar a minuta de TAC, nos termos do art. 9º, *caput* e § 2º, do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013, e de garantir que as decisões da Anatel sejam baseadas em informações técnicas e em dados reais e atualizados (não apenas estimados) , garantindo a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT) , Lei 9.472/1997;

a.1.4) no prazo de 60 (sessenta) dias, inclua explicitamente no texto de todos os TACs que eventuais atrasos na definição e aprovação dos modelos de acompanhamento não têm o condão de postergar a data de cumprimento de

qualquer meta ou compromisso assumido pela operadora em sua assinatura, nem de alterar a metodologia de cálculo das multas diárias por descumprimentos, nem retardar a aplicação dessas multas e a execução do termo extrajudicial, garantindo a observância dos princípios da legalidade e do interesse público, previstos no

caput do art. 37 da Constituição Federal e no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.5) no prazo de 60 (sessenta) dias, instaure processo administrativo específico para elaborar, submeter a consulta pública e apreciar as cláusulas e condições gerais do manual de fiscalização dos TACs, incluindo procedimentos, critérios e parâmetros objetivos para posteriores alterações, aplicáveis a todos os TACs a serem firmados pela agência, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 38 e 42 e o inciso VI do art. 127 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.6) no âmbito de cada processo de TAC, elabore e aprecie as cláusulas e condições específicas aplicáveis à fiscalização de seus termos, garantindo à prestadora diretamente afetada a oportunidade de enviar contribuições e sugestões e submetendo a minuta à Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 38 e o inciso VI do art. 127 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.7) realize fiscalizações acerca do cumprimento de todos os TACs diretamente nas prestadoras nos prazos definidos nos cronogramas de metas e compromissos do referido TAC, podendo utilizar, como insumo, metodologia de amostragem e, subsidiariamente, outros documentos enviados por empresas privadas que sejam eventualmente contratadas para emitir relatórios sobre a execução do TAC, em razão de a situação estar em desacordo com o parágrafo único do art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997;

a.1.8) se abstenha de exigir a contratação de empresa privada pelas prestadoras que firmarem TACs com a agência, o que configura delegação da fiscalização da execução das metas, compromissos e investimentos pactuados no TAC a terceiros e contraria o parágrafo único do art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997;

a.1.9) se abstenha de assinar qualquer TAC antes da conclusão dos estudos que demonstrem a situação inicial de cada um de seus projetos e investimentos pactuados para a correção de conduta e os compromissos adicionais, com vistas a permitir o acompanhamento e a fiscalização mais efetivos e precisos, por a situação

permitir o acompanhamento e a fiscalização mais efetivos e precisos, por a situação atual estar em desacordo com os arts. 13, incisos I a VII, e 24 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e com os princípios do interesse público, eficiência e segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.10) no prazo de 90 (noventa) dias, apresente ao TCU justificativa para a aplicação do valor mínimo regulamentar dado pela agência ao estabelecer o teto das multas diárias aplicáveis aos compromissos dos TACs já aprovados pela agência e para o estabelecimento de um critério único de limite máximo de multas diárias, independentemente da relevância do compromisso para a sociedade e da sua importância com relação ao demais compromissos do TAC, em razão de a situação atual estar em desacordo com os princípios da motivação, razoabilidade e do interesse público, previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999, no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 15 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, c/c o art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.11) nos processos de TAC, apresente motivação e justificativa com base em critérios objetivos e técnicos para cada decisão que suspenda a aplicação de incidência da multa diária ou que limite a sua aplicação em momento anterior ao fim do prazo máximo estabelecido para o atingimento do teto da multa diária, adotando as medidas necessárias para garantir que, no caso de persistência do descumprimento mesmo após decisão do Conselho Diretor, haja o acompanhamento e eventual determinação posterior de complementação do pagamento, em razão de a situação atual estar em desacordo com os princípios da legalidade, da motivação e do interesse público previstos no *caput* do art. 2º da Lei 9.784/1999, no parágrafo único do art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e os arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.12) estabeleça nas minutas de TACs conduzidos pela agência a previsão de declarar o descumprimento de itens do cronograma pactuado no TAC mesmo antes do término da vigência do respectivo TAC, de forma a aumentar os incentivos para o cumprimento tempestivo das metas e dos compromissos pactuados no TAC, em razão de a situação atual estar em desacordo com os princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.13) no prazo de 60 (sessenta) dias, exclua dos manuais de fiscalização dos TACs

qualquer referência à criação de instância, estranha à atual estrutura administrativa da agência, que se aproprie da atribuição regulamentar da Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) de acompanhar a execução dos compromissos constantes nos TACs, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art.

23 do RTAC, Resolução-Anatel 629/2013, c/c inciso III do art. 158 do Regimento Interno da Anatel;

a.1.14) no prazo de 120 (cento e vinte) dias, estabeleça, para os processos administrativos de acompanhamento e fiscalização do cumprimento das metas e obrigações pactuadas nos TACs, um procedimento mais célere do que o previsto para os processos sancionatórios comuns da Anatel, tornando o prazo de acompanhamento e sanção dos TACs compatível com a celeridade e efetividade exigida do processo de execução de títulos extrajudiciais, visto que as multas previstas no TAC são de natureza cominatória, em razão de as multas dos TACs analisados e dos manuais de fiscalização estarem em desacordo com o § 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985, e com os princípios de celeridade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, nos arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997, e no parágrafo único do art. 36 do Regimento Interno da Anatel;

a.1.15) no prazo de 120 (cento e vinte) dias após a publicação dos novos normativos que concretizem alterações de normativos da Anatel durante a vigência do TAC, redistribua em novos compromissos ou estabeleça na forma de pagamento direto o valor relativo aos compromissos de ajustamento de conduta incluídos nos TACs cujo objeto, ações e obrigações forem reduzidas ou prejudicadas pela revisão do normativo, garantindo, assim, a existência de mecanismos de compensação que garantam o interesse público do acordo, uma vez que poderá não ser possível exigir a correção das condutas infringidas nos Pados com a nova regulamentação, o que prejudica o interesse público do TAC, contrariando os arts. 2º e 15 da Resolução-Anatel 629/2013 e o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.16) caso seja necessária a repactuação das condições de TACs já assinados devido a alterações regulamentares posteriores, se abstenha de prorrogar a vigência dos TACs assinados e de fazer qualquer alteração no prazo de vigência dos acordos em andamento que possa provocar atrasos nos resultados esperados com os termos assinados, em atenção aos princípios do interesse público, da legalidade e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel

612/2013, c/c o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997, e o art. 37 da Constituição Federal;

a.1.17) para qualquer TAC celebrado pela agência, se abstenha de recalcular o valor de qualquer multa aplicada que esteja abarcada no respectivo TAC com outra metodologia que não seja aquela vigente no momento da aplicação, em razão do disposto nos arts. 2º, 6º, inciso VII, e 15 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e em consonância com os princípios da segurança jurídica e do interesse público previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.18) se abstenha de incluir nos TACs quaisquer Pados relativos ao tema de universalização, considerando que está prevista a extinção das obrigações relativas ao tema na revisão do modelo de telecomunicações, conduzida tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo, e também pela própria agência em sua proposta de revisão do PGMU para o próximo quinquênio, o que acarretaria na perda de objeto de parcela significativa dos compromissos de correção de conduta, tendo em vista o disposto nos arts. 2º, 6º, inciso VII, e 15 da Resolução-Anatel 629/2013, e os princípios do interesse público, da segurança jurídica e da eficiência, previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.19) se abstenha de assinar qualquer TAC envolvendo o tema de qualidade que utilize como critério para definição do ajustamento de conduta e de suas metas o Índice Geral da Qualidade (IGQ) ou qualquer outro indicador não regulamentado e não submetido a consulta pública, em linha com o disposto nos regulamentos de qualidade da Anatel dos serviços de telefonia móvel, Resolução-Anatel 477/2007, e de telefonia fixa, Resolução-Anatel 605/2012, c/c os incisos I e III do art. 13, o art. 16 e o *caput* e inciso II do art. 17 do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013, e com os princípios da publicidade e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.20) ao estabelecer o acompanhamento do ajustamento de conduta referente às metas e aos compromissos a serem atingidos pelo TAC, estabeleça pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC, com a previsão de aplicação de multas por descumprimentos relacionados a esses controles realizados, consoante com os incisos I, III e V do art. 13, o art. 16, o *caput* e incisos II e III do art. 17 e o *caput* do art. 24 do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013 c/c o § 6º do

art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985;

a.1.21) no prazo de 30 (trinta) dias, anule o Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, instaurando processo administrativo para a elaboração de Resolução que estabeleça a forma de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais, devido ao fato de que tanto o conteúdo do referido ato está em desacordo com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016 e os arts. 19, § 3º, e 22 da Resolução-Anatel 629/2013, quanto o instrumento adotado para formalizar a decisão está em desacordo com os arts. 40 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013 e com o art. 42 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.22) no prazo de 60 (sessenta) dias, adote providências com vistas a renegociar em todos os TACs em tramitação na agência, inclusive aqueles já aprovados, os compromissos adicionais pactuados com base no Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, de forma a excluir todos os efeitos produzidos pelo referido ato e a contemplar a nova metodologia de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016 e os arts. 19, §3º, e 22 da Resolução-Anatel 629/2013 c/c os arts. 40 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013 e com o art. 42 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.23) no prazo de 60 (sessenta) dias, insira nas minutas de todos os TACs conduzidos pela agência cláusula que garanta que a infraestrutura construída ou ampliada com os recursos do TAC necessariamente deva ser compartilhada com as demais operadoras a condições comerciais justas e equilibradas, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 73 e 155 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.24) em todos os TACs conduzidos pela agência, garanta que a soma das sanções aplicáveis à operadora em casos de descumprimento de cada compromisso adicional do TAC, incluindo as multas diárias e a execução do Valor de Referência do item, seja superior ao montante previsto de investimentos para aquele item, sendo superior inclusive ao investimento previsto antes da aplicação do fator de desigualdade do regulamento de TAC, quando for adotado, em razão de a situação atual permitir uma possível falta de efetividade do TAC, estando em desacordo com os princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e nos arts 19 e 38 da LGT, Lei

9.472/1997;

a.1.25) estabeleça, para qualquer TAC conduzido pela agência, na minuta a ser aprovada todas as condições iniciais necessárias para o devido acompanhamento dos compromissos previstos no acordo e para garantir a segurança jurídica do TAC, de acordo com os arts. 13, incisos I a VII, e 24 da Resolução-Anatel 629/2013 e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997, estabelecendo necessariamente:

a.1.25.1) a relação final de processos administrativos de multa que estarão inclusos no TAC;

a.1.25.2) a situação atualizada de cada compromisso a ser firmado, com o detalhamento da condição qualitativa e quantitativa, no momento da assinatura do TAC, de cada uma das metas previstas;

a.1.25.3) as metas e os marcos temporais de avaliação de cada um dos compromissos previstos, com o maior nível de objetividade e de detalhamento possível;

a.1.25.4) a relação definitiva dos municípios a serem atendidos pelos compromissos do TAC, especificando as características da região a ser preferencialmente atendida dentro dessas cidades, bem como o valor e a descrição dos investimentos a serem realizados;

a.1.26) no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, realize os ajustes previstos na determinação anterior nos TACS que já foram aprovados na agência, submetendo as minutas ajustadas à nova aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel, nos termos do art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013 e dos princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.27) para qualquer TAC conduzido pela agência, insira na minuta uma cláusula que permita a alteração dos compromissos acordados, incluindo a mudança das localidades a serem atendidas, somente se comprovada a impossibilidade de cumprimento do compromisso por caso fortuito ou força maior ou se houver alteração nos normativos que impactem nas metas do TAC, em razão de a situação

atual estar em desacordo com o art. 13, inciso III, da Resolução-Anatel 629/2013 e com os princípios do interesse público e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.28) ao definir os compromissos adicionais dos TACs, aprove projetos destinados a garantir o uso dos recursos públicos alocados nos acordos em prol da política pública de universalização da banda larga conforme estabelecido pelo então Ministério das Comunicações, em consonância com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016, o art. 19, §3º, da Resolução-Anatel 629/2013 e com o princípio do interesse público previsto no art. 36, parágrafo único, da Resolução 612/2013 c/c o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.29) no prazo de 120 (cento e vinte) dias, ajuste os projetos dos compromissos adicionais dos TACs já aprovados pela agência de forma a atender as condições descritas na determinação anterior, em consonância com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, o art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016, o 3º do art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013 e com o princípio do interesse público previsto no art. 36, parágrafo único, da Resolução 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.30) ao definir os critérios objetivos e as especificações técnicas das metas a serem exigidas das operadoras no cumprimento dos compromissos adicionais, inclusive para os acordos já aprovados e que deverão ser revistos, estabeleça detalhadamente as regiões e, preferencialmente, os bairros que serão considerados prioritários e aceitáveis como localidades a serem atendidas pelos compromissos, em consonância com o art. 13, incisos I a IV, da Resolução-Anatel 629/2013 e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.31) inclua nas minutas de TAC cláusula que estabeleça que a troca dos municípios e das regiões a serem atendidos pelos compromissos de ajustamento de conduta ou compromissos adicionais, em casos de repactuação dos TACs devido a caso fortuito ou força maior ou à alteração nos normativos que impactem nas metas do acordo, só será admitida após análise pela Anatel e desde que a mudança esteja devidamente motivada e haja compatibilidade entre os investimentos previstos para ambos os projetos e entre as características sociais e de infraestrutura existente

entre a localidade nova e a originalmente prevista, em respeito aos princípios de interesse público e de segurança jurídica, previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.32) registre formalmente nos estudos financeiros conduzidos pela agência para o cálculo do Valor Presente Líquido (VPL) dos compromissos adicionais dos TACs, inclusive na minuta do TAC, as seguintes premissas e suas respectivas motivações e fundamentos, entre outras que a Agência julgar necessárias, por a situação atual estar em desacordo com os arts. 19, § 1º e 2º, da Resolução-Anatel 629/2013, com os princípios da motivação e da segurança jurídica previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e com os princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal:

a.1.32.1) extensão do período considerado no fluxo de caixa;

a.1.32.2) distribuição e origem das receitas consideradas;

a.1.32.3) distribuição e origem de todas as despesas consideradas, inclusive o comportamento no fluxo de caixa das despesas administrativas, despesas comerciais, dos custos de operação, manutenção e aluguel, e demais gastos;

a.1.32.4) como são estimadas as despesas operacionais e não-operacionais;

a.1.32.5) data ou ano de início do cálculo do fluxo de caixa;

a.1.32.6) critérios objetivos escolhidos para a distribuição da implantação da infraestrutura nas regiões dos municípios pactuados;

a.1.32.7) escolha do preço de comercialização do serviço para cada região e cidade do país a serem atendidos;

a.1.32.8) previsão de investimentos, incluindo a descrição técnica dos elementos que compõem o projeto proposto;

a.1.32.9) taxa de desconto, chamada pela Anatel de Custo Médio Ponderado de Capital, utilizada no cálculo do fluxo de caixa e o período considerado nesse índice;

a.1.32.10) análise sobre as cidades a serem atendidas acerca da eventual presença e percentual de participação no mercado das demais prestadoras de serviços de banda larga fixa, ou mesmo da própria operadora;

a.1.33) justifique a motivação e os critérios utilizados pela agência para fundamentar a criação de um fator de desigualdades sociais e regionais e a sua adoção nos compromissos adicionais dos TACs, conforme estabelecido na Resolução-Anatel 629/2013, demonstrando também a motivação e os estudos utilizados para

estabelecer a variação entre um a dois do valor do fator, que permite que o Valor Presente Líquido (VPL) dos projetos executados possa ser considerado no TAC como até o dobro do VPL real do projeto, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da legalidade, da motivação e do interesse público previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999 c/c o art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e os arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.34) inclua cláusula em todos os TACs estabelecendo atualização do Valor de Referência e de todas as multas diárias pela taxa Selic durante toda a vigência do TAC, por a situação atual estar em desacordo com art. 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 c/c art. 37-A da Lei 10.522/2002;

a.1.35) justifique a motivação e os critérios utilizados para fundamentar a permissão dada pela agência nos arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013 para que o valor dos compromissos adicionais possa ser inferior ao valor das multas incluídas nos TACs, esclarecendo também os critérios e estudos feitos para calcular os percentuais estabelecidos nos referidos dispositivos, por a situação atual estar em desacordo com os princípios da legalidade, da motivação e do interesse público previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999 c/c o art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e os arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.1.36) se abstenha de aplicar o entendimento de que não devem ser consideradas reclamações de clientes contumazes no cálculo do IRA durante a vigência de todos os TACs, por não haver definição formal do cliente contumaz em nenhum regulamento da Anatel, e nem previsão regulamentar para referida desconsideração, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.2) com relação ao Termo de Ajustamento de Conduta da empresa Telefônica, aprovado pelo Conselho Diretor no Acórdão-Anatel 422/2016-CD, se abstenha de assinar o referido TAC até que sejam cumpridas as seguintes determinações:

a.2.1) após a realização dos ajustes que forem determinados na deliberação que vier a ser proferida pelo TCU nestes autos, encaminhe a versão atualizada da

vier a ser protendida pelo TCU nestes autos, encaminhe a versão atualizada da minuta do TAC para a análise e manifestação da Procuradoria Federal Especializada na Anatel (PFE-Anatel) , em razão de a situação atual estar em desacordo com o *caput* e o § 2º do art. 9º da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997, e o *caput* do art. 37 da Constituição Federal;

a.2.2) adeque todos projetos e ações de correção de conduta previstos na minuta do TAC da Telefônica às disposições das leis e regulamentos vigentes, de forma a não prever obrigações que contrariem a legislação, incluindo alterações nas cláusulas que tratam sobre:

a.2.2.1) informações mínimas exigidas no cadastramento de novos usuários de telefonia móvel pré-paga, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei 10.703/2003;

a.2.2.2) ressarcimento das interrupções de serviço e das cobranças indevidas feitas pela Telefônica aos seus clientes, em razão de a situação atual estar em desacordo com o parágrafo único, art. 42 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) , Lei 8.078/1990, e com o inciso I, § 1º, do art. 17 do RTAC, Resolução-Anatel 629/2013, c/c os arts. 85, parágrafo único, e 89 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) , Resolução-Anatel 632/2014;

a.2.3) retire do TAC todos os processos administrativos correspondentes ao descumprimento dos compromissos de abrangência exigidos nos Editais de Licitação 2/2007-SPV-Anatel, 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e 2/2012/PVCP/SPV-Anatel, além das respectivas ações e projetos relacionados a essas condutas irregulares, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 136, § 3º, e 137 da LGT, Lei 9.472/1997, c/c a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel;

a.2.4) adeque os prazos de cumprimento dos projetos e funcionalidades exigidos no TAC com a Telefônica considerando o estágio atual e o cronograma previsto de cada projeto e funcionalidade, para evitar que seja atribuído prazo de cumprimento excessivamente superior ao prazo de conclusão previsto, em razão de a situação atual estar em desacordo com os arts. 13, incisos I a VII, e 24 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e com os princípios do interesse público, eficiência e segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.2.5) retire da lista de obrigações do TAC da Telefônica a implantação de projetos e funcionalidades já existentes antes da vigência do TAC, inclusive as propostas explicitadas a seguir, devido à ausência de interesse público na inclusão no TAC de condutas já corrigidas e em razão de a situação atual estar em desacordo com os princípios do interesse público, eficiência e segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997:

a.2.5.1) criação de um setor de Ouvidoria na Telefônica, que já existe, conforme descrito no Voto 24/2016/SEI/OR/Anatel;

a.2.5.2) implantação do envio de protocolo de atendimento por SMS, que já existe, em cumprimento ao art. 15 do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal (SMP) , Resolução-Anatel 477/2007, incluído no normativo pela Anatel em atendimento à deliberação 9.2.8 do Acórdão 2.109/2006 – TCU-Plenário;

a.2.5.3) implantação de sistema que permita atendimento ao usuário por meio de *chat* e outras funcionalidades *online*, que já existe, conforme verificado no site da própria operadora;

a.2.6) estabeleça cronograma gradual de acompanhamento e eventual sanção, com avaliações periódicas, das metas das condutas e dos projetos pactuados no TAC da Telefônica, incluindo os indicadores regulamentados, evitando concentrar a verificação do atendimento das metas no último ano de vigência do TAC, em razão de estar a situação atual em desacordo com os incisos I, III e V do art. 13, o art. 16 e o *caput* e incisos II e III do art. 17 do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013 c/c o § 6º do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985;

a.2.7) exclua o processo administrativo 53504.016265/2007 relativo à operação clandestina de STFC pela empresa A. Telecom S.A., integrante do Grupo Telefônica, da lista de Pados admitidos no TAC da Telefônica, retomando o processo de cobrança da multa aplicada no valor de R\$ 30 milhões, devido à ausência de interesse público na inclusão no TAC de condutas já corrigidas, o que contraria o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997, e o art. 37, *caput*, da Constituição Federal;

a.2.8) altere a cláusula 3.35 da minuta do TAC da Telefônica para obrigar a prestadora a ativar somente as estações de SCM que estiverem regularmente licenciadas desde o início da vigência do TAC, eliminando qualquer referência a um

período de carência que dê abertura para o cometimento de para cometer novas infrações deste tipo, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 162 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.2.9) altere a cláusula 3.42 da minuta do TAC, exigindo o atendimento integral das demandas da fiscalização da agência imediatamente após a assinatura do TAC, em razão de a situação atual estar em desacordo com os incisos I e V do art. 96 e o inciso X do art. 127 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.2.10) reavalie os percentuais do Valor de Referência previstos para cada compromisso do TAC, dando prioridade e maior relevância aos compromissos adicionais do TAC e, principalmente, aos compromissos que correspondem ao ajuste direto de condutas irregulares segundo as métricas e metas definidas nos normativos da Anatel, não estando incluídos nesse grupo os compromissos de metas-meio, em razão de a situação atual está em desacordo com os princípios da finalidade e interesse público previstos no art. 36 da Resolução 612/2013 e nos arts. 19 e 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.2.11) estabeleça na minuta a ser assinada todos os critérios objetivos e as especificações técnicas das metas a serem exigidas da operadora no cumprimento dos compromissos adicionais, seja no projeto de *Fiber-to-the-home* (FTTH) seja em qualquer outro escolhido, em razão de a situação atual estar em desacordo com o art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013 e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.2.12) apresente justificativa ao TCU para o desconto dado pela agência ao total dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica, tendo em vista o fato de que os municípios escolhidos apresentam características comercialmente atraentes para a operadora, o que foi verificado pelo IDH elevado da maioria dos municípios e pela classificação do nível de competitividade dado à eles pela Anatel na proposta do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) , com potencial prejuízo ao interesse público previsto no art. 15 da Resolução-Anatel 629/2013 e no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.2.13) inclua pontos de controle periódicos para verificar a evolução do indicador de reclamações na Anatel (IRA) ao longo da vigência do TAC da Telefônica, justificando a escolha de cada um desses pontos, em razão de a situação atual

estar em desacordo com os arts. 13, incisos I a VII, e 24 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e com os princípios do interesse público, eficiência e segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

a.3) com relação aos compromissos de abrangência dos Editais de Licitação 2/2007-SPV-Anatel, 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e 2/2012/PVCP/SPV-Anatel:

a.3.1) no prazo de 120 (cento e vinte) dias, justifique ao TCU porque não foi executada nenhuma das garantias apresentadas pela Telefônica para execução dos compromissos de abrangência do Serviço Móvel Pessoal (SMP) dos Editais de Licitação 2/2007-SPV-Anatel, 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e 2/2012/PVCP/SPV-Anatel nem cobradas as respectivas multas previstas, encaminhando os documentos que justifiquem a ausência de ação por parte da agência, em razão de a situação atual ser uma violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do interesse público, previstos no art. 15 da Resolução-Anatel 629/2013 e no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e nos arts. 19, 136, § 3º, e 137, da LGT, Lei 9.472/1997, e estar em desacordo com os arts. 136, § 3º, e 137 da LGT, Lei 9.472/1997, c/c a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel;

a.3.2) no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, adote as medidas previstas na cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, nas cláusulas 10.4 e 10.12 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e nas cláusulas 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel, tendo em vista o não cumprimento dos Compromissos de Abrangência editalícios devidos pela Telefônica no prazo exigido, em razão de a situação atual ser uma violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do interesse público, previstos no art. 15 da Resolução-Anatel 629/2013 e no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e nos arts. 19, 136, § 3º, e 137, da LGT, Lei 9.472/1997, e estar em desacordo com a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel;

a.3.3) no prazo de 120 (cento e vinte) dias, instaure, caso ainda não existam, processos sancionatórios específicos para apurar a conduta da Telefônica de não cumprir os compromissos de abrangência exigidos nos Editais de Licitação 2/2007-

SPV-Anatel, 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e 2/2012/PVCP/SPV-Anatel, para possibilitar a aplicação das demais eventuais sanções devidas, como multas e caducidade da Autorização para Uso de Radiofrequências, em razão de a situação atual ser uma violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do interesse

público, previstos no art. 15 da Resolução-Anatel 629/2013 e no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e nos arts. 19, 136, § 3º, e 137, da LGT, Lei 9.472/1997, e estar em desacordo com a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel, as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel;

b) recomendar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que avalie a conveniência e oportunidade de:

b.1) alterar o regulamento de TAC de forma a prever uma participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação do TAC, estabelecendo outros pontos de controle ao longo do processo para a análise e decisão do referido colegiado antes da submissão da minuta de TAC à Procuradoria da Anatel, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

b.2) solicitar às operadoras o plano de investimento dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas de cada TAC admitido e em andamento na agência, incluindo seu cronograma e previsão de gastos, para que seja avaliada a efetividade das multas previstas para cada compromisso diante do volume de recursos a ser gasto para executá-lo e que passe a utilizar esses dados como mecanismos de controle e acompanhamento do andamento das atividades previstas no TAC, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

b.3) reduzir o prazo máximo de atingimento do teto de cada multa diária prevista nos TACs, com vistas a garantir que as multas diárias sejam um mecanismo eficaz de estímulo ao cumprimento efetivo e tempestivo das obrigações do TAC, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público,

previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

b.4) alterar o regulamento que disciplina a celebração de TACs no âmbito da agência para prever que os processos sancionatórios incluídos no instrumento de ajuste sejam suspensos durante a vigência do acordo, sendo arquivados apenas após a verificação do cumprimento das respectivas obrigações de correção de conduta e compromissos adicionais, com vistas a aprimorar os mecanismos de punição por descumprimento e ampliar os estímulos à execução integral do TAC;

b.5) adotar critérios objetivos para analisar e aprovar as cidades propostas pelas operadoras para a implementação de ações e projetos de correção de conduta, levando em consideração aspectos como quantidade de reclamações, grau de competição do mercado do serviço de telecomunicações, infraestrutura existente, demanda existente, previsão de atendimento em editais de licitação para outras prestadoras e relação com as cidades abrangidas pelos Pados incluídos no respectivo TAC, com vistas a garantir o atendimento ao princípio do interesse público, previsto no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997, e no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c o disposto nos arts. 15 a 17 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC;

b.6) estabelecer, no âmbito dos TACs, obrigações e projetos específicos e suficientemente completos, de forma a garantir que todas as condutas incluídas nos Pados admitidos no TAC sejam regularizadas pela respectiva prestadora e para auxiliar o controle e o acompanhamento da execução do TAC, em consonância com o art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e com os princípios do interesse público, eficiência e segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997;

b.7) adotar, em qualquer TAC conduzido pela agência, os procedimentos, as regras e as metodologias usuais e já de domínio da Anatel para o cálculo do VPL dos investimentos de compromissos adicionais, evitando que novas metodologias sejam testadas diretamente em casos concretos, sem passar pelos procedimentos normais da agência, conforme previsto no art. 19, § 1º, da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC;

b.8) alterar seu regulamento para estabelecer a impossibilidade de celebrar novo TAC com uma prestadora enquanto ainda estiver em tramitação os processos de

apuração de cumprimento ou não de TAC firmado anteriormente com essa prestadora, com vistas a garantir o atendimento aos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da LGT, Lei 9.472/1997;

b.9) na análise de cada TAC, inclusive aqueles cuja minuta já foi aprovada pelo Conselho Diretor, avalie o impacto do acordo no cenário atual de competição nos serviços de telecomunicações nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais, com vistas a mitigar o risco de que as ações resultantes do TAC, como os eventuais benefícios dados aos usuários das regiões atendidas e os investimentos a serem feitos naquelas localidades, impactem negativamente o ambiente concorrencial nessas regiões, nos termos do disposto nos arts. 2º, inciso III, 19, inciso XIX, e 70 da LGT, c/c o art. 159, inciso I, do Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013;

b.10) reavalie as condições estabelecidas nos arts. 13 e 14 do regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013, sobre a composição do valor de referência dos acordos, além de reavaliar os impactos que podem ser causados por tais dispositivos, visto que indevidamente limitam o valor máximo a ser executado no TAC, em caso de seu descumprimento, à soma das multas inseridas no TAC sem considerar o valor previsto para os compromissos adicionais, permitindo um possível incentivo ao descumprimento do acordo e um prejuízo à efetividade do TAC;

b.11) ao celebrar qualquer TAC, garanta que os compromissos adicionais previstos no acordo não sejam compostos por ações, atividades e investimentos que já tenham sido realizados pela operadora ou que estejam em andamento no momento da assinatura do termo, com vistas a garantir o interesse público do TAC e a sua efetividade;

c) dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, sobre o seu dever legal de apresentar a motivação para seus atos administrativos de forma fundada, principalmente com relação a decisões que resultem em redução de benefícios ao interesse público, como a aplicação de descontos nos valores a serem investidos pelas celebrantes de TAC, em consonância com o previsto no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999;

d) realizar, com fundamento no art. 250, inciso IV, c/c o art. 237, parágrafo único, do RI/TCU, a audiência dos responsáveis a seguir indicados, para que, no prazo de quinze dias, apresentem razões de justificativa pelas irregularidades indicadas:

d.1) a aprovação do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta da

Telefônica, pelo Acórdão-Anatel 422/2016-CD, de 27/10/2016, com as irregularidades e as ilegalidades apontadas na presente instrução, contendo um dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões e contrariando os princípios da legalidade, da publicidade, da motivação, da finalidade, do interesse público e da segurança jurídica previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e no *caput* do art. 37 da Constituição Federal; os arts. 38, 96, incisos I e V, 127, inciso X, 136, § 3º, e 137 da Lei Geral das Telecomunicações; o art. 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 c/c o art. 37-A da Lei 10.522/2002; o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/1990; o art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei 10.703/2003; a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel; as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel; as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel; os arts. 9º, § 2º, 13, incisos I, III e V, 16, 17, *caput* e § 1º, 19, §§ 1º e 2º, do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013; e os arts. 85, parágrafo único, e 89 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC), Resolução-Anatel 632/2014:

d.1.1) Sr. Juarez Martinho Quadros do Nascimento (CPF 003.722.772-68), então Presidente do Conselho Diretor da Anatel;

d.1.2) Sr. Aníbal Diniz (CPF: 183.210.702-72), Conselheiro em exercício na referida data;

d.2) a aprovação do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta da Telefônica, pelo Acórdão-Anatel 422/2016-CD, de 27/10/2016, com as irregularidades e as ilegalidades apontadas na presente instrução, contendo um dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões e contrariando os princípios da legalidade, da publicidade, da motivação, da finalidade, do interesse público e da segurança jurídica previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e no *caput* do art. 37 da Constituição Federal; os arts. 38, 96, incisos I e V, 127, inciso X, 136, § 3º, e 137 da Lei Geral das Telecomunicações; o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/1990; o art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei 10.703/2003; a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel; as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel; as cláusulas 10.7,

10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel; os arts. 9º, § 2º, 13, incisos I, III e V, 16, 17, *caput* e § 1º, 19, §§ 1º e 2º, do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013; e os arts. 85, parágrafo único, e 89 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) ,

Resolução-Anatel 632/2014:

d.2.1) Sr. Rodrigo Zerbone Loureiro (CPF: 095.272.947-46) , Conselheiro em exercício na referida data;

d.3) a elaboração e a aprovação do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta da Telefônica, pelo Acórdão-Anatel 422/2016-CD, de 27/10/2016, com as irregularidades e as ilegalidades apontadas na presente instrução, contendo um dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões e contrariando os princípios da legalidade, da publicidade, da motivação, da finalidade, do interesse público e da segurança jurídica previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e no *caput* do art. 37 da Constituição Federal; os arts. 38, 96, incisos I e V, 127, inciso X, 136, § 3º, e 137 da Lei Geral das Telecomunicações; o art. 61, § 3º, da Lei 9.430/1996 c/c o art. 37-A da Lei 10.522/2002; o art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) , Lei 8.078/1990; o art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei 10.703/2003; a cláusula 5.6 do Edital de Licitação 1/2007/SPV-Anatel; as cláusulas 10.4 e 10.6 do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel; as cláusulas 10.7, 10.12 e 12.4 do Edital de Licitação 2/2012/PVCP/SPV-Anatel; os arts. 9º, § 2º, 13, incisos I, III e V, 16, 17, *caput* e § 1º, 19, §§ 1º e 2º, do Regulamento de TAC, Resolução-Anatel 629/2013; e os arts. 85, parágrafo único, e 89 do Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) , Resolução-Anatel 632/2014:

d.3.1) Sr. Igor Vilas Boas de Freitas (CPF: 081.286.988-50) , Conselheiro em exercício na referida data;

d.4) terem aprovado o Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, sem ter submetido a minuta do referido ato aos procedimentos previstos no art. 42 da LGT e arts. 40, incisos I e III, 59 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013, e votando pela adoção de metodologia de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais e sociais, a ser aplicado como desconto em compromissos adicionais negociados no âmbito de todos os TACs da agência, em desacordo com o disposto no art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, no art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016 e no 3º do art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013,

regulamento de TACs, o que contraria o interesse público e causa um possível dano ao erário da ordem de milhões de reais em todos os TACs a serem firmados pela agência com base nesse ato:

d.4.1) Sr. João Batista de Rezende (CPF 472.648.709-44) , então Presidente do Conselho Diretor da Anatel;

d.4.2) Sr. Aníbal Diniz (CPF: 183.210.702-72) , Conselheiro em exercício na referida data de 16/12/2015, data em que o Acórdão-Anatel 2/2016-CD foi aprovado;

d.4.3) Sr. Otavio Luiz Rodrigues Júnior (CPF: 438.391.263-04) Conselheiro em exercício na referida data;

d.5) terem elaborado e aprovado o Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, sem ter submetido a minuta do referido ato aos procedimentos previstos no art. 42 da LGT e arts. 40, incisos I e III, 59 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013, e propondo e votando pela adoção de metodologia de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais e sociais, a ser aplicado como desconto em compromissos adicionais negociados no âmbito de todos os TACs da agência, em desacordo com o disposto no art. 2º, parágrafo único, do Decreto 8.776/2016, no art. 3º, § 3º, inciso III, da Portaria MC 1.455/2016 e no 3º do art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013, regulamento de TACs, o que contraria o interesse público e causa um possível dano ao erário da ordem de milhões de reais em todos os TACs a serem firmados pela agência com base nesse ato:

d.5.1) Sr. Rodrigo Zerbone Loureiro (CPF: 095.272.947-46) , Conselheiro em exercício na referida data;

d.5.2) Sr. Igor Vilas Boas de Freitas (CPF: 081.286.988-50) , Conselheiro em exercício na referida data;

e) considerar sigilosas as peças 45, 102, 128 e 137 destes autos, com fundamento nos arts. 4º, § 2º, e 5º, § 4º, da Resolução TCU 254/2013 c/c art. 39, parágrafo único, da Lei 9.472/1997;

f) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida neste processo, bem como do relatório e voto que a fundamentarem:

f.1) à Anatel;

f.2) à Telefônica Brasil S.A.;

g) restituir os autos à SeinfraCOM para analisar as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis.

860. Alternativamente, caso não seja acolhida as propostas anteriormente apresentadas para os itens 'a.1.8' e 'a.1.18', propõe-se que tais itens sejam substituídos pelas seguintes propostas, mantidas inalteradas as demais propostas dos outros itens:

a.1.8) no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, estabeleça, sistemática de credenciamento e certificação prévia, por parte da Anatel, das empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, dos compromissos e dos investimentos pactuados no TAC, de forma a garantir a veracidade e a fidedignidade dos relatórios certificados pelas empresas privadas, por a situação atual estar em desacordo com o parágrafo único do art. 22 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997;

a.1.18) diante da concretização das alterações previstas nas obrigações de universalização, redistribua o valor relativo aos Pados de universalização incluídos nos TACs para novos projetos de compromissos adicionais, ou ampliação dos já existentes, uma vez que não será possível exigir a correção das condutas infringidas nos Pados, considerando o disposto nos arts. 2º, 6º, inciso VII, e 15 da Resolução-Anatel 629/2013, RTAC, e o princípio do interesse público, previsto no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 e no art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.”

3. Transcrevo Despacho de lavra da SeinfraCOM acerca da instrução *retro*, que merece ser destacado por realizar um didático e objetivo resumo das constatações dos autos (peça 141) :

“Na presente representação, buscou-se analisar indícios de irregularidades em Termos de Ajustamento de Condutas (TACs) no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) . Enfoque especial foi dado ao TAC negociado com a empresa Telefônica, o segundo a ser aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel, em 27/10/2016. Registre-se que o primeiro TAC aprovado por essa agência foi o da empresa Oi, em 19/5/2016, cuja assinatura foi cautelarmente suspensa por este Tribunal em outra representação (TC 033.413/2015-0, Acórdão 2.572/2016-TCU-Plenário, de relatoria do ministro Bruno Dantas) , sobrestada em razão do pedido de

recuperação judicial ajuizado pelo referido grupo econômico.

Previsto no § 6º do art. 5 da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) , o instrumento permite que o Poder Público ajuste com o particular um acordo para impedir ou cessar, mediante cominação, a continuidade de uma situação irregular na prestação de determinado serviço. Ou seja, trata-se de um acordo excepcional, substitutivo ou suspensivo de um procedimento administrativo sancionador, que visa a tutelar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (resguardados pela própria ação civil pública) .

No caso da Anatel, a negociação dos TACs envolve, além do ajustamento da conduta irregular, a conversão de multas aplicadas às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações em face do descumprimento de normativos em benefícios diretos ao usuário ou em investimentos que visem o atendimento de interesse público, chamados “compromissos adicionais”. Assim, os TACs ora analisados dividem-se em duas partes: i) o ajustamento de conduta em si, cuja correção implica obrigações de fazer e de não fazer que não necessariamente se vinculam aos valores das multas aplicadas; e ii) os compromissos adicionais, os quais têm como referencial o montante das multas aplicadas e negociadas no TAC.

Reforça-se a altíssima materialidade dos créditos da União decorrentes de multas objetos de pedidos de TACs formulados à Anatel. De acordo com dados obtidos junto à autarquia, em agosto de 2016 tramitavam na agência 37 processos dessa natureza, que perfaziam, à época, R\$ 9,18 bilhões, montante que certamente já é maior, consideradas a atualização dos valores e a inclusão de novos processos em cada TAC (apenas o da Telefônica, examinado em profundidade nesta representação, passou de R\$ 1,6 bilhão para os atuais R\$ 2,8 bilhões) .

De pronto, manifesto a minha integral concordância com as análises realizadas nos presentes autos, as quais revelaram uma miríade de irregularidades nos procedimentos adotados pela Anatel para aprovação de TACs, em geral, e no TAC da operadora Telefônica, em especial. Essas irregularidades podem conduzir ao não atendimento do interesse público e implicar a perpetuação de sérios problemas à prestação dos serviços de telecomunicações. Para além disso, é relevante o risco de dano ao erário, da ordem de bilhões de reais, tendo em vista que a assinatura de TACs, nos termos em que se encontram os ora analisados, significa, essencialmente, que se está abrindo mão do recebimento de recursos financeiros decorrentes de multas, que se transformariam, em parte, em créditos da União, por

contrapartidas de investimentos que podem não atender ao interesse público.

Em que pese a abrangência, a profundidade e a robustez com que o tema foi tratado na instrução elaborada pela competente e dedicada equipe de auditores responsável pelo trabalho, creio que algumas questões preliminares devem ser esclarecidas a respeito do assunto antes de se adentrar pelas irregularidades apuradas.

A primeira delas diz respeito à possibilidade de a Administração Pública transacionar e, mais especificamente, de a Anatel fazê-lo. Atualmente, observa-se uma consistente tendência do Poder Público de lançar mão da consensualidade para a construção de soluções mais amplas e efetivas de controvérsias com particulares. Nesse sentido, a viabilidade e a regularidade do uso da transação como instrumento de gestão administrativa é atestada pela instituição e utilização cada vez mais recorrente de institutos como o próprio compromisso de ajustamento de conduta (Lei 7.347/1985, art. 5º, § 6º, e Lei 9.469/1997, art. 4º-A), a arbitragem (Lei 9.307/1996, art. 1º, § 1º, Lei 8.987/1995, art. 23-A, e Lei 10.848/2004, art. 4º, § 5º), a mediação (Lei 13.140/2015) e os acordos de leniência (Lei 12.846/2013).

No caso específico da Anatel, a competência para negociar e firmar termos de ajustamento de conduta está lastreada nas normas da Lei 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações (LGT), especialmente em seus arts. 19 e 173. O normativo atribui à agência o poder de disciplinar e condicionar os deveres, as vedações, as condições, as infrações e as sanções afetas à prestação dos serviços de telecomunicações.

Ainda que liste as sanções que a agência pode aplicar (art. 173), a lei não detalha as determinantes de sua aplicação e gradação (natureza e gravidade da infração, danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, vantagem auferida pelo infrator, circunstâncias agravantes, antecedentes do infrator e reincidência específica) nem as excludentes. Todo esse detalhamento deve ser definido pela própria Anatel, por meio de regulamento (LGT, art. 22, inciso IV).

Considerando que a Anatel pode dispor, com razoável discricionariedade, sobre seu processo sancionador, a Resolução-Anatel 589/2012, Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (Rasa), respaldaria a comutação de multas em obrigações

de fazer ou de não fazer, consoante se depreende de seus arts. 3º e 5º:

‘Art. 3º Os infratores estão sujeitos às seguintes sanções, sem prejuízo das medidas previstas na legislação consumerista e das sanções de natureza civil e penal, inclusive a prevista pelo art. 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - obrigação de fazer;

V - obrigação de não fazer;

VI - caducidade; e

VII - declaração de inidoneidade.

(...)

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

Da leitura dos dispositivos transcritos, exsurge a segunda questão a ser aclarada previamente à análise das minutas de TAC em si: poderia a Anatel converter multas em obrigações de fazer ou de não fazer? Mais precisamente, poderia o órgão regulador renunciar a uma conduta primariamente exigível, vinculada a uma expectativa razoável de geração de receitas, em prol de uma conduta secundariamente negociável?

Ao se analisar o art. 64 da Lei 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo, verifica-se que a possibilidade foi contemplada pelo legislador, ao estabelecer que as “sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa.” Não há no dispositivo, nenhum indicativo de que a sanção pecuniária teria qualquer prioridade em relação às demais. Assim, a partir da integração do referido artigo com a LGT e o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anatel, conclui-se que, em princípio, a agência teria competência

para negociar e assinar termos substitutivos de processos sancionadores, observadas determinadas condicionantes e, em especial, o interesse público.

Além de não vedada, a possibilidade de se transmudar um processo sancionatório em obrigações de fazer ou de não fazer encontraria amparo na harmonização entre

os princípios administrativos insculpidos no art. 37 da Carta Magna, mais precisamente dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público com o princípio da eficiência. Longe de ser o ente hermético, superior e imperativo de décadas anteriores, a Administração Pública brasileira, após a Constituição Federal de 1988 e, principalmente, a reforma do Estado nos anos 1990, passou a ter a sua atuação pautada pela busca de resultados que, de fato, contemplem os interesses da sociedade. Para tanto, deve ser ágil e eficiente, além de aberta e transparente, o que pressupõe, necessariamente, a adequada calibragem dos princípios que a regem.

Nesses termos, não seria desarrazoada a comutação de instrumentos sancionatórios, desde que observadas as condicionantes aplicáveis e trouxesse vantajosidade ao interesse público.

Se, por um lado, a multa, enquanto sanção, deve desempenhar funções imprescindíveis à atuação do órgão regulador, servindo a inúmeras funcionalidades, como reprimir o infrator, recompor a legalidade, prevenir novas infrações, dar eficácia às medidas regulatórias, fortalecer a posição do órgão regulador perante os atores regulados e os administrados, por outro lado, o que de fato se tem observado é a baixa efetividade e a ineficiência desse instrumento de gestão pública.

Desde a sua instauração até o seu trânsito em julgado, o procedimento de apuração de descumprimento de obrigações (Pado) percorre um longo caminho, marcado pela intempestividade e ineficiência, já apontadas pelo TCU pelo menos desde 2004, quando a atuação fiscalizatória da Anatel foi analisada em auditoria operacional realizada pela, então, Sefid (Acórdão 1.778/2004-TCU-Plenário, de relatoria do ministro-substituto Augusto Sherman) . Agrava ainda o efetivo recebimento do valor das multas a possibilidade de judicialização dos procedimentos administrativos realizados para autuação e definição do valor da multa.

Nesse sentido, a assinatura de termos de ajustamento de conduta, elaborados em

consenso entre o regulado e o regulador, mostra-se como uma possível opção para melhorar esse quadro. Ao ser elaborado por meio de negociação com o infrator, o termo de ajustamento de conduta permite alinhar as expectativas do ator privado ao interesse público, o que aumenta as chances de cumprimento dos compromissos acordados, com possibilidade real de correção/cessão das condutas danosas.

A probabilidade de cumprimento do TAC é reforçada, ainda, pelo fato de o instrumento possuir o atributo de título executivo extrajudicial (§ 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985) . Isso significa que, em caso de descumprimento, o termo de ajustamento de conduta é líquido, certo e exigível de pronto, podendo ser executado independentemente de decisão judicial, além de exigir uma maior celeridade de decisões na esfera administrativa.

Sendo possível comutar uma sanção por outra, vale esclarecer em qual momento seria possível comutar multa por meio de TAC.

Segundo o Regimento Interno da Anatel, Resolução-Anatel 612/2013 (art. 82) , por meio do procedimento de apuração de descumprimento de obrigação, a superintendência competente é responsável por instaurar, instruir e proferir a primeira decisão, da qual caberá recurso administrativo ao Conselho Diretor. Da decisão do colegiado, caberá, ainda, pedido de reconsideração.

Por sua vez, o Regulamento de Celebração e Acompanhamento de TAC (RTAC) , Resolução-Anatel 629/2013, dispõe que os TACs compreenderão aqueles processos nos quais não haja decisão transitada em julgado na esfera administrativa. Assim, exclui a possibilidade de ajustamento em relação aos processos que já estejam em execução fiscal, fase em que a cobrança das multas passa à competência da Advocacia-Geral da União (mais precisamente, da Procuradoria-Geral Federal) e os valores podem ser considerados efetivamente créditos da União contra a empresa.

Antes dessa fase, porém, o RTAC não impõe outras vedações relacionadas ao estágio do processo sancionatório, mas disciplina descontos em razão da etapa em que se encontre (art. 19 e art. 20) .

Outra questão relevante é que nem todas as sanções podem integrar TACs. Cláusulas contratuais/editais, decorrentes de processos de licitação, que tenham multa estabelecida no próprio contrato/edital ou que contem com garantias contra inexecuções não são passíveis de negociação via TACs. Isso porque tal fato constituiria flagrante infração ao princípio da vinculação ao instrumento

constituiria flagrante infração ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ferindo a isonomia do certame licitatório e se constituiria em ato antieconômico e lesivo ao interesse e aos cofres públicos.

Esse assunto específico é objeto de representação (TC 019.494/2014-9) , que se encontra conclusa ao relator, ministro Walton Alencar Rodrigues, e foi detalhadamente analisado pela SeinfraPortosFerrovias em TACs firmados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) .

Não se pode perder de vista, contudo, que, longe de ser uma panaceia para o volumoso estoque de multas a receber da Administração Pública, em geral, e da Anatel, em particular, se não atendidas certas condicionantes, o TAC pode resultar justamente no contrário do que se espera: em cometimento de ilegalidades, em desperdício de recursos públicos, em dano ao erário, na continuidade ou na piora da realidade que se tentou transformar e, em última instância, em prejuízo ao interesse público.

A vantajosidade do TAC e o alcance de seus objetivos depende de que os termos negociados, o acompanhamento, a fiscalização e o processo sancionatório sejam condizentes com o interesse público, se coadunem com os normativos vigentes, além de serem efetivos e tempestivos. Em última instância, os benefícios decorrentes do investimento realizado pela operadora em troca das multas deve suplantar aqueles decorrentes do uso dos valores provenientes das multas pela administração pública.

Em primeiro lugar, o interesse público deve estar configurado com a existência de um planejamento setorial bem definido, com políticas públicas consistentes que permitam avaliar e alocar, da melhor forma possível, os investimentos que serão transacionados. Essa não é, contudo, a realidade que se observa atualmente no setor de Telecomunicações.

A ausência de um planejamento, integrado e de longo prazo no setor foi apontada por este Tribunal por ocasião da apreciação das Contas do Presidente da República referentes ao exercício de 2012, relatadas pelo ministro José Múcio, e do Relatório Sistêmico de Fiscalização de Infraestrutura de Telecomunicações (FiscTelecom, Acórdão 28/2016-TCU-Plenário, de relatoria do ministro Bruno Dantas) . Em que pese haver normativos (Decreto 8.776/2016 e Portaria do Ministério das

pese haver normativos (Decreto 6.770/2010 e Portaria do Ministério das Comunicações 1.455/2016) e uma anunciada intenção da Anatel e do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) em colocar a banda larga no centro da política pública para o setor, o fato é que não há nenhum documento que sistematize, integre, legitime e priorize as ações a serem realizadas nesse sentido.

Em razão dessa lacuna, a Anatel, que não é órgão responsável pela formulação de políticas públicas, criou critérios para a definição e a indução dos investimentos a serem realizados em troca do pagamento de multas (compromissos adicionais) . Na instrução, verificou-se que, da forma como estão definidos, esses critérios permitem a realização de investimentos em áreas que seriam naturalmente alcançadas por investimentos das operadoras, que já contam com algum grau de infraestrutura em banda larga e competição, em detrimento de áreas com menor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e baixo nível ou ausência de infraestrutura e competição.

Outra questão preocupante é a falta de equivalência entre o valor das multas transacionadas e o valor dos compromissos a serem realizados. A lógica do RTAC é equiparar o valor presente líquido (VPL) de investimentos que gerem prejuízos à concessionária ($VPL < 0$) ao montante de multas aplicadas com os descontos decorrentes do estágio em que se encontra o Pado transacionado. Dessa forma, em tese, quanto pior o negócio para empresa, menor o nível de investimentos exigidos em contrapartida no TAC. Assim, a empresa troca o pagamento de multas por investimentos que lhe geram prejuízos e o Estado troca o recebimento dessas multas, com significativo desconto, por investimentos em áreas que não seriam normalmente beneficiadas, mas que possuem alto interesse público.

Conforme mencionado anteriormente, o RTAC permite a realização de descontos sobre o valor total das penalidades objeto do TAC, a depender do estágio em que se encontra o procedimento de apuração de descumprimento de obrigações (art. 19) . Verificou-se na presente representação que a Anatel, injustificadamente, aplicou o máximo permitido no RTAC para todos os Pados transacionados com a Telefônica, reduzindo, assim, os níveis de investimentos exigidos.

Além disso, embora não tenha sido verificada esta ocorrência no caso da Telefônica, o RTAC permite nova redução do valor de equivalência entre multas e VPL, por meio do Fator de Redução de Desigualdades Sociais e Regionais e de execução de

projetos estratégicos (art. 19, § 2º) . O regulamento permite que a redução adicional chegue a mais 50% além da estabelecida em decorrência do estágio em que se encontra o Pado transacionado.

Ainda que esse fator tenha uma finalidade nobre, de induzir a empresa a optar por investimentos de maior interesse público, não parece razoável, para fins do TAC, que diminuir em até pela metade a equivalência que se traduzirá no nível dos investimentos a serem realizados seja o meio mais adequado para tal objetivo. Até porque, investimentos relacionados a compromissos adicionais, em tese, já deveriam ser aplicados em projetos que efetivamente reduzem as desigualdades sociais e regionais, cabendo ao Poder Público indicar os projetos prioritários e negociar sua inclusão nos TACs.

Ainda sobre os problemas relacionados à equivalência dos investimentos com os montantes das multas aplicadas, salta aos olhos a forma como a Anatel procedeu ao cálculo do VPL. Vale observar que o Conselho Diretor da Anatel aprovou o TAC da Telefônica com a utilização de sistema de cálculo desenvolvido por empresa contratada pelo MCTIC para outra finalidade, sem, contudo, conhecer em detalhes as premissas, os principais dados de entrada e o funcionamento desse sistema. As falhas foram reconhecidas pela Anatel, meses depois da aprovação do TAC, em decorrência de diversas diligências realizadas por este tribunal, que não lograram sucesso para o esclarecimento do funcionamento desse sistema. Por fim, a Anatel desistiu de utilizá-lo e promoveu, com metodologia própria, a precificação do VPL dos investimentos negociados com a Telefônica, encontrando discrepância de R\$ 137,7 milhões, o que resultou na inclusão de novos investimentos por parte da operadora. Registre-se que esses novos estudos ainda não foram detalhadamente auditados, por razões que serão expostas adiante.

Observa-se também a inclusão no TAC da Telefônica de multas decorrentes de inadimplementos contratuais cobertas por garantias, decorrentes de procedimentos licitatórios, o que se configura uma irregularidade, conforme explicado anteriormente.

No que toca aos ajustamentos de conduta, condição prévia e necessária para a negociação desses compromissos e metas que constarão do TAC é o pleno conhecimento, por parte do Poder Público, da situação de partida e da situação alvo, com a definição clara e objetiva de metas intermediárias que demonstrem, ao longo do TAC, o efetivo empenho do infrator na execução das obrigações

constituídas.

No entanto, conforme minudentemente relatado na instrução precedente, a situação inicial de cada meta dos TACs analisados somente será conhecida após a assinatura do termo, a partir de informação a ser prestada pelas próprias operadoras. Além disso, foram incluídos no TAC, por ordem do Conselho Diretor da agência, Pados após a aprovação do TAC, afetando os pesos distribuídos entre os investimentos, as metas e valores acordados.

Ademais, vários dos compromissos pactuados já se encontram implementados, não se justificando a sua inclusão como meta no TAC. Como se não bastasse, não foram definidas metas intermediárias nem previstos marcos temporais para verificação do cumprimento de compromissos relevantes no curso da vigência do TAC.

Outro grave problema é que a agência estabeleceu, como índice de aferição da qualidade da prestação do serviço para mensuração do cumprimento do TAC, indicador geral único, constituído pela média de outros indicadores, criado exclusivamente para o TAC por ato do conselho diretor, sem qualquer participação das demais instâncias da Anatel e sem consulta à sociedade. A questão é que esse indicador é incapaz de atestar melhorias nos índices que efetivamente estão abaixo do padrão regulamentar estabelecido, o que pode gerar distorção na aferição, pela agência, do cumprimento da meta de qualidade ao final do TAC, sem que os indicadores problemáticos sejam efetivamente melhorados.

Além de haver indicadores adequados e pontos de controle ao longo da execução do TAC, outra condição que precisa ser observada ao se firmar um TAC é que o ente público que compõe o TAC deve estar devidamente aparelhado para fiscalizar e verificar, em seus vários estágios, o cumprimento das obrigações estabelecidas. No presente caso, no entanto, o histórico da atuação da Anatel na fiscalização dos serviços por ela regulados causa preocupação quanto a sua capacidade de verificar e assegurar o cumprimento dos TACs.

Além disso, a análise desta presente representação apontou falhas e irregularidades com elevado potencial de minguar a fiscalização sobre os TACs, com efeitos perniciosos para o seu cumprimento. A uma, foi verificada a existência de uma minuta do Manual de Acompanhamento e Fiscalização específico do TAC da Telefônica, ainda não aprovada (em que pese a minuta de TAC já ter sido deliberada

pelo Conselho Diretor) , elaborada em conjunto pelo órgão regulador e pela prestadora, sem submissão aos órgãos técnicos da agência, nem a consulta pública (embora muito provavelmente sirva de modelo para outros manuais específicos de outros TACs ou mesmo de um manual geral para todos os TACs) . A duas, foi autorizada a terceirização da atividade, tendo em vista a previsão de contratação, pelas próprias operadoras, de empresas independentes, sem prévia certificação e credenciamento pela Anatel, para acompanhar a execução das metas acordadas.

Enfim, a forma como as metas foram fixadas e a ausência de mecanismos que induzam ao seu cumprimento ao longo da execução do TAC muito provavelmente redundarão no não cumprimento do instrumento.

No intuito de assegurar o cumprimento do TAC, não basta que a fiscalização seja tempestiva e efetiva, mas também o deve ser o mecanismo de sanção. O descumprimento de metas ou item deve implicar sancionamento bastante superior ao originalmente estabelecido, o qual deve ocorrer de forma célere, em rito sumário, e ser autoexecutório, possibilitando a punição por descumprimento em qualquer fase do TAC. Todavia, sérias irregularidades foram verificadas em relação a essa condicionante nos pedidos de TACs em trâmite na Anatel, tanto no que diz respeito à multa diária prevista para ser aplicada em caso de descumprimento durante a execução do TAC, quanto no que se refere à multa por descumprimento total.

Em relação às multas diárias, verificou-se sua baixa representatividade em relação ao TAC; ausência de diferenciação dos valores previstos em função do interesse público de cada item; e ausência de critério objetivo e técnico que fundamente a suspensão e a incidência da multa por decisão do Conselho Diretor.

Já no que tange à sanção em caso de inadimplemento total do TAC, verificou-se que essa se aplica apenas quando da verificação do descumprimento de 50% mais 1 de todos os itens negociados, de acordo com o peso definido para cada item pela Anatel. No caso da Telefônica, os compromissos adicionais correspondem a somente 25% do TAC e o valor total do TAC (valor de referência) foi definido como o valor das multas negociadas. Logo, a não realização dos investimentos acordados no âmbito dos compromissos adicionais podem implicar a imputação de somente multa diária, também calculada em função desse peso, o que pode ser insuficiente para desestimular o descumprimento desses relevantes investimentos.

Constatou-se também que não há definição prévia do procedimento e do prazo final para emissão da certidão de descumprimento do TAC ou mesmo para aplicação

para emissão da certidão de descumprimento do TAC ou mesmo para aplicação das multas diárias.

Observou-se, além disso, que a taxa de correção monetária das multas aplicadas por descumprimento de investimentos ou do TAC é inferior à praticada nas multas originais (Selic) .

Como se não fosse bastante para minuar a efetividade do mecanismo sancionatório do TAC, os procedimentos previstos para apuração e aplicação de multa dos TACs são idênticos aos correntemente utilizados pela Anatel, ou seja, o descumprimento do TAC (parcial ou total) será objeto de um Pado, como qualquer outro processo sancionador ordinário da agência. Isso significa, em essência, que a Anatel trocará multas já em trâmite por outro processo de multas com o mesmo valor, porém muitos anos depois, materializando a “verdadeira rolagem de obrigações e sanções” a que o ministro Bruno Dantas se referiu ao relatar a auditoria que resultou no Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário.

O desenho da sistemática sancionatória dos TACs permite, pois, que as empresas obtenham vantagens econômicas ao não pagarem as multas originais, mesmo com o inadimplemento do TAC. Longe de cumprirem a sua função preventiva, repressiva e de recomposição, pode-se afirmar que as multas previstas nos TACs funcionam como verdadeiro desestímulo à correção das condutas infratoras e ao cumprimento dos investimentos acordados.

As irregularidades corroboradas na análise de mérito da presente representação prejudicam, no caso da Anatel, a utilização do TAC como instrumento eficiente e efetivo de satisfação do interesse público. Após o cuidadoso exame da equipe de auditores desta SeinfraCOM, é possível afirmar, com segurança, que não há interesse público em transformar multas já aplicadas por compromissos em relação aos quais não se tem certeza da relevância para o interesse público e não há razoável segurança de cumprimento. Todo o processo ao qual o TAC se submete, desde a sua negociação, passando pela sua execução, controle, atestação de cumprimento e possível sanção, apresenta fragilidades que, se não sanadas, resultarão em anistia das infrações cometidas e das multas já aplicadas.

Registre-se que o Conselho Diretor da Anatel, mesmo ciente e devidamente alertado dessa situação pela Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel

afastado dessa situação pela Procuradoria Federal Especializada junto a Anatel, aprovou a minuta de TAC da Telefônica, realizando significativas alterações na proposta oriunda da área técnica. Inclusive, negociou diretamente com a empresa, ou o fez de ofício, determinando a inclusão de novos Pados no TAC, após a própria aprovação, com impactos expressivos sobre os valores e os termos negociados.

Observe-se que, no curso normal do processo (§ 1º do art. 11 do RTAC) , o TAC seria assinado em trinta dias de sua aprovação, o que não ocorreu por expressa advertência desta Corte de que “a eventual assinatura de termo de ajustamento de conduta antes da manifestação conclusiva do TCU sobre a matéria afasta a sua boa-fé e pode resultar em multa aos responsáveis, além de imputação de débito, caso o Tribunal conclua pela existência de irregularidade grave e/ou de dano ao erário”.

Por essa razão, anuo com a proposta da unidade técnica de chamar em audiência os Conselheiros da Anatel que deliberaram pela aprovação do TAC da Telefônica, com as irregularidades aqui relatadas, para que tenham a oportunidade de justificar suas condutas.

Em 28/4/2017, foram apresentados a esta secretaria documentos, encaminhados em anexo ao ofício à peça 121, por meio dos quais a agência procurou demonstrar que corrigiu as falhas identificadas em relação ao cálculo do valor presente líquido (VPL) dos compromissos adicionais e ao Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC (MAF) .

Mesmo assim, foi feita análise não exaustiva dos estudos relacionados ao VPL, em que se verificou que de fato foi abandonada a metodologia inconsistente que serviu de base para os valores dos investimentos previstos no TAC da Telefônica, aprovados pelo Conselho Diretor da agência, e foi adotada a metodologia de custos que a agência utiliza habitualmente em suas modelagens.

Não houve o aprofundamento dessa análise em razão de as propostas corretivas formuladas ao final da instrução, muito possivelmente, provocarão novas alterações nos cálculos realizados nos VPLs dos investimentos, o que tornaria inócua a avaliação em detalhe, neste momento, por esta unidade técnica.

Já no que diz respeito ao MAF, foram identificadas poucas alterações, mas nada que justificasse alteração da proposta originalmente formulada.

Entende-se que o mais apropriado, em nome da economia processual e da

racionalidade administrativa, é que todo e qualquer novo documento que venha a ser apresentado pela Anatel sob o argumento de que corrigiu determinada irregularidade ou falha constatada na presente representação seja analisado após a apreciação de mérito por este Tribunal. Assim, caberá à agência adotar as

providências necessárias ao cumprimento das deliberações que forem proferidas, antes da assinatura de qualquer TAC, e a esta unidade, analisar, em sede de monitoramento, se de fato as deliberações foram cumpridas.

Em vista de todo o exposto e nada obstante a completude do encaminhamento proposto pelas auditoras que conduziram o trabalho, creio que uma última determinação deva ser feita à Anatel, para que avalie, ao final da vigência do primeiro TAC que for assinado pela agência, o custo x benefício do instrumento em relação à arrecadação direta das multas aplicadas, de modo a aferir se a troca traz reais benefícios ao interesse público.

Feitas essas considerações, encaminhem-se os autos ao gabinete do Procurador-Geral do Ministério Público junto a esta Corte, para posterior envio ao gabinete do ministro relator.”

4. Em seguida, os autos foram encaminhados para manifestação do Ministério Público junto ao TCU, em homenagem à solicitação de peça 33. Foi exarado parecer de peça 156, do eminente Procurador Sérgio Ricardo Caribé, *in verbis*:

“Trata-se de representação proposta pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações (SeinfraAeroTelecom) deste Tribunal, atual Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) , em face de possíveis irregularidades presentes na regulamentação de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e, de modo específico, na minuta do TAC aprovado em outubro de 2016 entre a agência reguladora e o Grupo Telefônica, cujos produtos e serviços são comercializados no Brasil sob a marca Vivo.

2. O presente processo originou-se da análise de documentos obtidos pela unidade técnica junto à Anatel no âmbito do TC 023.133/2015-5, sob relatoria de Vossa Excelência, referente à auditoria operacional que avaliou a atuação da Agência na garantia e na melhoria da qualidade da prestação dos serviços de telefonia móvel no Brasil, sob a perspectiva do usuário, apreciada por meio do Acórdão 2.333/2016.

no Brasil, sob a perspectiva do usuário, apreciada por meio do Acórdão 2.555/2016-TCU-Plenário (com pedido de reexame pendente de apreciação) .

3. O resultado da avaliação dos referidos documentos motivou representação contra o TAC aprovado pela Anatel em relação aos compromissos de universalização e

qualidade da prestadora Oi, autuada no TC 033.413/2015-0, também sob relatoria de Vossa Excelência, que se encontra sobrestado por força do item 9.2 do Acórdão 2.572/2016-TCU-Plenário. Por meio dessa deliberação, também foi adotada medida cautelar no sentido de que a Anatel se abstinhasse de assinar o TAC que havia sido aprovado em maio de 2016 com o Grupo Oi.

4. A partir de dados constantes do TC 033.413/2015-0, de notícias veiculadas pela mídia e de documentos obtidos em sistemas da Anatel, foi proposta pela unidade técnica a representação autuada neste processo, que conta com dois enfoques: avaliação geral da sistemática dos TACs no âmbito da Agência e análise da minuta do TAC da Telefônica, aprovado pela agência reguladora, mas que ainda não foi assinado.

FORMA DE CONTROLE DO TCU SOBRE AGÊNCIAS REGULADORAS

5. Antes de proceder a qualquer análise sobre os elementos constantes deste processo, entendo pertinente destacar como a jurisprudência deste Tribunal vem se manifestando sobre a **forma como deve ser exercido o controle externo em relação às agências reguladoras**.

6. Do ano de 2004, duas deliberações do TCU merecem destaque: os Acórdãos 1.703 e 1.757, ambos do Plenário. No voto condutor da primeira dessas deliberações, o Ministro Benjamin Zymler registrou a constatação de que o Tribunal vinha, até então, atuando como se órgão regulador fosse, assim se manifestou Sua Excelência, *in verbis*:

‘27. Ressalto que, em várias ocasiões, o Tribunal exerceu funções típicas de órgão regulador. Essa atuação, que pode ser considerada indevida, foi necessária quando as agências reguladoras, por se encontrarem em sua fase inicial de implantação, ainda não dispunham das condições necessárias para exercer plenamente as respectivas competências. Ocorre que essa fase está se encerrando, pois a maior parte das entidades reguladoras está se estruturando, inclusive no que concerne à formação de seus quadros de pessoal. Aduzo que, se esta Corte de Contas invadir o âmbito de competência das agências reguladoras, ainda que

movida pela busca do interesse público, o TCU contribuirá para o incremento da 'incerteza jurisdicional', que gera o receio de que os contratos não serão cumpridos na forma em que foram celebrados e implica o incremento do custo indireto de transação dos investimentos internacionais, consoante lembrado pelo ilustre

Procurador-Geral. Assim sendo, entendo que, daqui por diante, o TCU deve procurar restringir sua atuação de forma a adequá-la aos parâmetros constitucionais e legais.' (grifos nossos)

7. Na mesma linha de raciocínio da transcrição supra, o Ministro Benjamin Zymler, desta vez no voto revisor que proferiu no âmbito do Acórdão 1.757/2004-TCU-Plenário, destacou a competência deste Tribunal para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras, sem prejuízo de ter feito considerações sobre a forma como o Tribunal deve agir e os limites dessa atuação.

8. No entendimento de Sua Excelência, acolhido por maioria de votos pelo Plenário do TCU quando da aprovação do Acórdão 1.757/2004, a forma como a Corte de Contas deveria fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras restaria assentada, ao menos a partir de então, nas seguintes diretrizes, *ipsis litteris*:

'31. Finalmente, ressalto que, no exercício do controle externo das concessões de serviços públicos, o TCU se defronta com **dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários**. Quando os atos supostamente irregulares forem do primeiro tipo, ou seja, quando as entidades reguladoras tiverem violado expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. Por outro lado, quando se tratar de atos discricionários, **praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público**, esta Corte de Contas pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ela mais adequadas. Afinal, nessa última hipótese, a lei conferiu ao administrador uma margem de liberdade, a qual não pode ser eliminada pelo TCU.' (grifos nossos)

9. A partir de 2004, a jurisprudência desta Casa, cujos acórdãos mais relevantes menciono a seguir, consolidou-se no sentido de que cabe ao TCU o **controle de segunda ordem**, ou seja, de forma complementar e com limites à fiscalização das atividades finalísticas das agências reguladoras:

Acórdão 620/2008-TCU-Plenário (Relator: Min. Benjamin Zymler)

‘O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre a área-fim das agências reguladoras deve ser um **controle de segunda ordem**, vocacionado para exarar determinações apenas quando for constatada a prática de atos ilegais.’
(enunciado – grifo nosso)

Acórdão 715/2008-TCU-Plenário (Relator: Min. Augusto Nardes)

‘Na **fiscalização das atividades-fim das agências reguladoras**, o TCU não deve substituir-se aos órgãos que controla, nem estabelecer o conteúdo do ato de competência do órgão regulador, determinando-lhe a adoção de medidas, salvo quando verificar a ocorrência de ilegalidade ou de omissão da autarquia no cumprimento das normas jurídicas pertinentes.’ (enunciado – grifo nosso)

Acórdão 1.313/2010-TCU-Plenário (Relator: Min. Valmir Campelo)

‘19. Realmente, restou claramente demonstrado que a **ação do TCU junto à Anatel** se caracteriza como o exercício da função constitucional inserida no art. 71 da Carta Magna. Trata-se de **fiscalização de segunda ordem**, isto é, de forma complementar, praticada com o cuidado suficiente para não tomar o lugar das agências reguladoras no que tange à competência originária de fiscalização e regulação dessas entidades.

20. A matéria sob enfoque já provocou reiteradas deliberações desta Corte de Contas, resultando em determinações e/ou recomendações direcionadas às atividades finalísticas das agências reguladoras. O caso concreto anotado pela representante do MP/TCU [Ministério Público junto ao TCU], consubstanciado no **Acórdão nº 1.757/2004** [Plenário], proferido no processo nº TC-016.128/2003-2, tratou do assunto de forma abrangente. Naquele julgamento, o ilustre Ministro Benjamin Zymler apresentou voto revisor enfatizando que o Tribunal já teria exercido as funções típicas do órgão regulador. No entanto, a atuação foi necessária tendo em vista que as agências estavam em fase inicial de implantação e não dispunham de condições para o exercício pleno das competências que lhe foram atribuídas. Hoje, a situação é bem diferente e não cabe ao TCU atuar com ingerência no âmbito das competências legais estabelecidas para as agências reguladoras, pois estaria extrapolando os limites de seus encargos.’ (voto – grifos nossos)

Acórdão 2.302/2012-TCU-Plenário (Relator: Min. Raimundo Carreiro)

‘**A fiscalização do TCU sobre as agências reguladoras é de segunda ordem**,

cabendo a estas a fiscalização de primeira ordem, bem como as escolhas regulatórias, e ao TCU verificar se não houve ilegalidade ou irregularidade na atuação dessas autarquias especiais.’ (enunciado – grifo nosso)

Acórdão 2.314/2014-TCU-Plenário (Relator: Min. José Jorge)

‘Ao exercer o controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras, o TCU deve atuar de forma complementar, exercendo uma **fiscalização de segunda ordem**, preservando ao máximo o âmbito de competência dessas entidades públicas.’ (enunciado – grifo nosso)

Acórdão 2.071/2015-TCU-Plenário (Relator: Ministro Vital do Rêgo)

‘A atuação do controle externo nas atividades finalísticas das agências reguladoras limita-se à **fiscalização de segunda ordem**, respeitando os limites de atuação e a autonomia funcional daquelas entidades, não cabendo ao TCU avaliar, em casos concretos específicos, a correção das normas editadas por entidades regulatórias. (enunciado – grifo nosso)

13. (...) não se pode olvidar a jurisprudência que vem se assentando no átrio desta Corte (acórdãos 909/2015, 617/2015, 2.314/2014 e 210/2013, todos do Plenário) , no sentido de que a atuação do Tribunal de Contas da União no controle externo das atividades finalísticas das agências reguladoras cinge-se a uma **fiscalização de segunda ordem**, respeitando os limites de atuação e a autonomia funcional daquelas entidades.’ (voto – grifo nosso)

10. Tendo em conta a jurisprudência mencionada e discernindo – especialmente em face da derradeira proposta de encaminhamento sugerida pela SeinfraCOM nos autos (peças 139 a 141) , discutida ao longo deste parecer – quando o TCU deve atuar de forma cogente, por meio de determinações, ou com viés mais orientativo, por meio de recomendações, é que passo a apresentar uma visão geral do TAC no âmbito da Anatel; o histórico processual desta representação; e a indicar meu posicionamento quanto às questões enfrentadas pela unidade técnica, bem como em relação a aspectos que não foram tratados ou o foram de modo tangencial pela unidade técnica deste Tribunal.

DELIMITAÇÃO DO ESCOPO DA REPRESENTAÇÃO

11. Por oportuno, destaco que me ative ao escopo da representação na forma como foi proposta pela SeinfraCOM e admitida por Vossa Excelência (despacho à peça

22) , ou seja, não com o intuito de conferir um atesto de regularidade ou irregularidade aos TACs da Anatel, mas no sentido de realizar a análise da legalidade dos procedimentos adotados pela Agência ao ter optado, em seu espectro de atuação regulatória, por essa forma de composição junto às operadoras de telecomunicações, em face das multas que a estas foram impostas.

12. Assim, não caberia nem ao *Parquet* de Contas, nem ao Tribunal se pronunciar sobre ter sido correta, ou não, a opção da Anatel de implementar TACs, desde que respeitado o ordenamento jurídico vigente. Também não estaria na esfera de competência do TCU emitir acórdão com sua mera ‘aprovação’ ou ‘reprovação’ em relação ao TAC da Telefônica, sem prejuízo, conforme mencionei anteriormente, de se posicionar quanto à legalidade do acordo.

13. Nesse sentido, destaco a ementa do Acórdão 1.555/2017-TCU-Plenário, sob relatoria do Ministro Benjamin Zymler, com foco na impossibilidade de exercício do controle prévio da Corte de Contas sobre ações que se encontram na alçada discricionária do gestor público, assim vazada:

‘Não pode o TCU substituir a Administração na atividade de promover a gestão pública, de modo a dizer previamente qual é a melhor alternativa que o gestor público deve adotar. **O Tribunal não é órgão consultivo da Administração Pública**, cabendo ao gestor efetuar o juízo acerca da solução que melhor atenda ao interesse público, para, então, decidir sobre sua forma de ação.’ (grifo nosso)

SISTEMÁTICA DE TAC DA ANATEL

14. A sistemática de TAC da Anatel tem origem no § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) , *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

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

15. A partir do permissivo legal acima transcrito, a Anatel previu em seus normativos internos, a seguir mencionados, a possibilidade de substituição do esgotamento do processo sancionatório pelo conciliatório, via TACs:

-Resolução Anatel 589/2012: *'Aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas [RASA]'*.

Anexo à resolução:

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

-Resolução Anatel 612/2013 (Regimento Interno da autarquia) .

Anexo à resolução:

'Art. 54. A Anatel poderá, a seu critério e no exercício de suas competências legais, **com vistas ao melhor atendimento do interesse público**, celebrar **termo de ajustamento de conduta**, na forma de regulamentação específica.' (grifo nosso)

-Resolução Anatel 629/2013: *'Aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de **Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC)*** ' (grifo nosso) .

Anexo à resolução:

'Art. 3º A Anatel poderá firmar TAC, com **eficácia de título executivo extrajudicial**, com vistas a adequar a conduta da Compromissária às disposições legais, regulamentares ou contratuais, mediante o estabelecimento de compromissos, nos termos deste Regulamento.' (grifos nossos)

16. Ao longo desta instrução, as menções à Resolução Anatel 629/2013 serão feitas como o *'Regulamento do TAC'* ou, simplesmente, por meio da sigla *'RTAC'*.

17. Em termos globais, sem prejuízo das considerações que serão apresentadas adiante, pode-se dizer que **a Anatel tem base legal e normativa para firmar TACs** com operadoras de telecomunicações que infringirem a Lei 9.472/1997, conhecida como a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) , entre outras 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, conforme definido no seu RASA.

CONTEXTO DE FALTA DE EFETIVIDADE NA ARRECADAÇÃO DAS MULTAS IMPOSTAS PELA ANATEL

18. A imposição de sanções pecuniárias (multas) pela Anatel com vistas à correção de condutas irregulares tem se mostrado pouco eficaz para essa finalidade (vide, por exemplo, conclusões apresentadas no Acórdão 1.970/2017-TCU-Plenário, por meio do qual foi apreciado processo de monitoramento autuado por força do item 9.7 do Acórdão 1.665/2014-TCU-Plenário, com foco no tema ‘arrecadação de multas’ por agências reguladoras e outras entidades estatais) .

19. De fato, o Relatório de Gestão do exercício de 2016 da agência reguladora bem ilustra a falta de efetividade na arrecadação das multas impostas às operadoras, pois nele consta a informação de que, *‘no período de **2000 a 2016**, a Anatel constituiu o quantitativo de 59.115 multas, o equivalente, em termos financeiros, a **R\$ 5.227.020.715,45**’* (p. 55 do relatório – disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=347036&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPatl> – acesso em 7/8/2017 – grifos nossos) .

20. Do total destacado no parágrafo precedente, apenas R\$ 727.343.648,18 foram integralmente recolhidos e R\$ 4.677.444,62 arrecadados parcialmente (dados refletem o histórico das multas em 25/1/2017 – Relatório de Gestão 2016 da Anatel – p. 55) . O que mais chama a atenção é o fato de que **86% dos R\$ 5.227.020.715,45 constituídos em multas pela Anatel ainda não haviam sido efetivamente arrecadados em 25/1/2017**, quando foi realizado o levantamento feito pela autarquia, apresentado em seu Relatório de Gestão do exercício de 2016. Tal relatório ainda evidenciava, entre outras situações, que 45,08% das multas estavam suspensas judicialmente (total de R\$ 2.356.087.545,87) e 40,09% inscritas no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) ou em dívida ativa (total de R\$ 2.095.513.033,11) .

21. A Anatel reconhece que há grande dificuldade de recebimento de valores oriundos da aplicação/constituição de multas, devido ao recorrente questionamento judicial que as operadoras de telecomunicações, especialmente as de grande porte

judicial que as operadoras de telecomunicações, especialmente as de grande porte, apresentam quando são sancionadas, conforme Relatório de Gestão do Exercício de 2016 da Anatel, do qual extraio a passagem a seguir:

‘Relativamente ao quantitativo de **multas suspensas judicialmente**, este representa 1,47% do total de multas. A Anatel, por meio de sua Procuradoria, vem atuando na esfera judicial para, a partir da decisão final, adotar as medidas de cobrança que porventura se façam necessárias. **Em termos financeiros estas respondem por 45,13% do montante constituído.** Esta relação decorre do fato de que as empresas de grande porte, as quais tendem a recorrer ao Judiciário, respondem por multas de alto valor.’ (p. 56 – grifos nossos)

22. O Gráfico 2.6, apresentado à p. 57 do Relatório de Gestão do Exercício de 2016 da Anatel, demonstra o baixo percentual da arrecadação das multas constituídas, ou seja, aquelas que foram impostas pela Agência às operadoras de telecomunicações e que não mais poderiam ser objeto de recurso em sede administrativa:

23. A partir da constatação da falta de efetividade do processo sancionatório da Anatel – mesmo considerando que não é função principal das multas, uma das possíveis formas de sanção, apenas sua arrecadação, mas seu papel de desestimular o infrator a cometer novas irregularidades –, o TCU, ao apreciar auditoria operacional realizada na entidade para avaliar sua atuação no acompanhamento da qualidade da prestação dos serviços de telefonia fixa e móvel, exarou as seguintes medidas, por meio do Acórdão 2.109/2006-TCU-Plenário, no intuito de provocar a revisão do referido processo:

‘9.1. determinar à Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel que:

(...)

9.1.4. com fundamento nos artigos 173 a 182 da Lei 9.472/1997 e em seu Regulamento e Regimento Interno, apresente, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da ciência deste acórdão, plano de reformulação dos processos sancionatórios, explicitando as soluções e o cronograma de implementação das ações, contemplando necessariamente, além de outras medidas consideradas pertinentes:

9.1.4.1. providências para assegurar o efetivo cumprimento dos prazos de instauração e análise de Processos de Apuração de Descumprimento de

Obrigações – PADOs relativos às obrigações de qualidade, levando em consideração, especialmente, a necessidade de se evitar a prescrição da ação punitiva por parte do órgão regulador;

9.1.4.2. critérios uniformes para o estabelecimento do valor das multas aplicáveis em todos os processos da Agência, a serem observados por todas as unidades integrantes de sua estrutura;

9.1.4.3. providências para assegurar que a materialidade das sanções garanta a correção tempestiva de irregularidades, bem como a prevenção delas;

(...)

9.2. recomendar à Anatel que:

(...)

9.2.3. quanto ao processo sancionatório:

9.2.3.1. reforce a utilização de medidas alternativas aos PADOs, como a criação e divulgação de *ranking* mensal de qualidade dos serviços de telefonia com base nos dados da Anatel (hoje já existente) , nos dados obtidos junto aos *call centers* das empresas de telefonia e nos dados 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;

(...) ' (grifos nossos)

24. Quanto aos Procedimentos para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) , mencionados na transcrição parcial da parte dispositiva do Acórdão 2.109/2006-TCU-Plenário, cabe esclarecer que estão previstos no Anexo à Resolução Anatel 612/2013, que aprovou o Regimento Interno da Agência, e que se destinam, nos termos do *caput* de seu art. 80, a:

‘ (...) averiguar o descumprimento de disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos que envolva matéria de competência da

Agência, e será instaurado de ofício ou a requerimento de terceiros, mediante reclamação ou denúncia (...) .’

25. Um dos possíveis desfechos de um PADO é a aplicação de multa, uma das espécies de sanção previstas no art. 173 da LGT e no RASA da Anatel, aprovado por meio de sua Resolução 589/2012 (vide art. 3º do Anexo à resolução) . A suspensão temporária e a caducidade são outros dois exemplos de sanções que, além da multa, podem ser impostas pela Agência às operadoras de telecomunicações.

26. Em face do contexto apresentado, o TAC pode representar, se aderente ao ordenamento jurídico vigente, uma solução alternativa ao prosseguimento dos processos sancionatórios da Anatel, sobretudo face ao cenário de pouca eficácia decorrente da imposição de multas que, em sua maior expressão monetária, acabam por não ser recolhidas. Ademais, o estabelecimento de cláusulas no TAC que imponham a adequação das condutas irregulares pode concorrer, se bem concebido, para a melhoria na prestação dos serviços de telecomunicações.

PROCEDIMENTOS PARA INSTAURAÇÃO E NEGOCIAÇÃO DE TACs

27. Conforme previsto no *caput* do art. 4º do RTAC, a iniciativa de deflagrar as negociações para ser firmado um TAC pode decorrer de ato de ofício da Anatel ou de pedido das concessionárias, permissionárias ou autorizadas de serviços de telecomunicações, inclusive de radiodifusão, bem como dos demais administrados sujeitos à regulação da Agência. Esses agentes serão as futuras ‘compromissárias’, nos termos do *caput* do art. 1º da Resolução Anatel 629/2013.

28. Considerando a complexidade dos procedimentos estabelecidos no RTAC e o fato de que a SeinfraCOM esmiuçou essa sistemática em sua derradeira instrução nos autos (peça 139) , apresento, neste momento, para melhor compreensão da matéria, os procedimentos essenciais do TAC no âmbito interno da Anatel:

a) instauração de ofício do processo administrativo do TAC ou formulação de pedido por parte da operadora, com informação sobre a relação de processos administrativos (sancionadores ou não) , com as respectivas multas estimadas e aplicadas;

b) admissão, ou não, do requerimento de TAC pelo superintendente competente para propor ou aplicar as sanções sobre a respectiva matéria;

- c) suspensão – por, no máximo, catorze meses –, da tramitação dos processos administrativos a que se refere o TAC até a deliberação do Conselho Diretor (CD) acerca de sua celebração;
- d) negociação dos termos do TAC e análise técnica sobre o pedido formulado pela Comissão de Negociação, integrada pelos Superintendentes de Planejamento e Regulamentação (SPR) , de Relações com Consumidores (SRC) , de Competição (SCP) , de Fiscalização (SFI) e de Controle de Obrigações (SCO) ;
- e) manifestação da Procuradoria Federal Especializada junto à Agência (PFE/Anatel) acerca da proposta a ser encaminhada pela Comissão de Negociação ao CD;
- f) remessa da minuta à área técnica, com as recomendações da PFE, cabendo àquela a adequação da minuta ou a elaboração de justificativas sobre eventual entendimento de desnecessidade de serem efetivadas as alterações sugeridas pela consultoria jurídica;
- g) aprovação, ou não, do TAC pelo CD, que pode promover alterações na versão que lhe foi submetida;
- h) em caso de aprovação, assinatura do TAC com a compromissária em até trinta dias da publicação da decisão do CD que aprovou a sua celebração;
- i) arquivamento dos processos administrativos incluídos no TAC.

29. Acerca desse roteiro de procedimentos, cabe destacar, por ora, que há a necessidade de ser preservada a negociação com a operadora, pois o TAC é um instrumento consensual, bem como respeitadas as competências das instâncias que opinam quanto ao acordo, em seu devido tempo, a saber: a superintendência que admite, ou não, o requerimento de TAC; a Comissão de Negociação; a PFE/Anatel; e, por fim, o CD da agência reguladora, a partir do exame previamente realizado pelo conselheiro-relator da matéria.

30. Ressalto, ainda, que, em regra, quando uma minuta de TAC é aprovada pelo CD da Anatel, o instrumento pode ser assinado em até trinta dias, *'contado da publicação da decisão do Conselho Diretor que aprova a sua celebração ou propõe alterações à proposta'* (§ 1º do art. 11 do RTAC) .

31. Quanto ao prazo, os TACs da Anatel têm a previsão de duração máxima de

31. Quanto ao prazo, os TACs da Anatel tem a previsão de duração máxima de quatro anos, sendo, nos termos do inciso VIII do art. 13 do RTAC, improrrogável. Há, contudo, um prazo de seis meses, contado a partir do término da vigência do TAC, para a compromissária sanar, integralmente, as obrigações que não foram adimplidas durante a vigência do termo (art. 30 do RTAC) .

32. As multas que podem, eventualmente, ter seus respectivos processos sancionatórios incluídos em um TAC são aquelas oriundas de infrações aos contratos de concessão de telefonia fixa, aos regulamentos técnicos direcionados às concessionárias e/ou às autorizatárias de todos os serviços de telecomunicações e aos normativos relativos aos direitos dos usuários. Como exemplo, pode-se citar o não cumprimento, parcial ou integral, por parte da operadora, de metas de qualidade e, no caso do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) , de metas de universalização, o qual deve atender, quando prestado no regime público – considerando que o STFC também pode ser prestado no regime privado –, ao Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) , aprovado pelo Decreto 7.512/2011.

33. Em conformidade com o § 1º do art. 1º do RTAC, os processos sancionatórios nos quais foram imputadas sanções pecuniárias podem ser contemplados na formalização do TAC, desde que as multas estejam em uma das seguintes situações:

a) estimadas: multas autuadas e calculadas pela área técnica da Anatel, mas que ainda não foram efetivamente imputadas pela superintendência competente; ou

b) aplicadas: multas que já foram imputadas pela superintendência competente da Anatel, mas que ainda estão sujeitas a recurso administrativo, a ser julgado pelo CD da Agência.

34. Há a possibilidade de o TAC versar, ainda, *'exclusivamente sobre condutas que não caracterizem infração administrativa'* (§ 2º do art. 14 do RTAC) .

35. Disciplina o RTAC, ainda, que não podem ser incluídos no acordo os processos sancionatórios nos quais as multas não estejam mais sujeitas a recurso na esfera administrativa, seja em razão da apreciação do recurso administrativo (§ 1º do art. 1º do RTAC) , seja pela não interposição tempestiva de recurso pela operadora sancionada. Estas seriam as multas constituídas ou, conforme denominação empregada no Acórdão 1.215/2015-TCU-Plenário, as *'definitivamente constituídas'* (vide item 33 do relatório e item 9.1 da parte dispositiva da deliberação) .

VALOR DE REFERÊNCIA DO TAC

36. O RTAC estabelece, também, o conceito de 'valor de referência' (VR) do TAC, que corresponde à '*soma dos valores das multas aplicadas e estimadas dos processos administrativos a que ele se refere ou, caso não se trate de processo administrativo sancionador em trâmite, à estimativa da sanção que seria cabível pelo descumprimento objeto do ajustamento*' (*caput* do art. 14 do RTAC – grifo nosso) . O VR é utilizado como parâmetro para: verificação do grau de cumprimento do TAC (arts. 29 e 31) ; execução em caso de eventual descumprimento do acordo (*caput* do art. 14 e parágrafo único do art. 29) ; cálculo de multas, inclusive diárias, por atraso ou inadimplemento de obrigações (inciso V e § 1º do art. 13; e *caput* do art. 30) ; e balizamento dos descontos na execução de projetos ou na concessão temporária de benefícios diretos a usuários, opções que podem ser utilizadas a título de compromissos adicionais (arts. 19 e 20 do RTAC, respectivamente) .

37. O RTAC conceitua e disciplina, ainda, os compromissos adicionais mencionados no parágrafo precedente e como os mesmos devem ser distribuídos no VR do acordo. A substituição das multas autuadas em face das operadoras de telecomunicações, sejam as estimadas ou aplicadas, são convertidas no TAC em duas vertentes de ações e obrigações:

a) compromissos de ajustamento da conduta irregular: obrigações e ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza àquela praticada pela compromissária, bem como para a reparação dos usuários atingidos, se for o caso (*caput* do art. 17 do RTAC) ;

b) compromissos adicionais: benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço (*caput* do art. 18 do RTAC) . Podem ser definidos no TAC por meio das seguintes espécies de medidas:

b.1) execução de projetos, selecionados a partir de opções estabelecidas em ato do CD da Anatel ou propostos pela compromissária (inciso I do art. 18 do RTAC) – no TAC da Telefônica constaram medidas apenas dessa espécie (vide Tabela 5 no parágrafo 606 da instrução da SeinfraCOM) ;

b.2) concessão temporária de benefícios diretos a usuários, que poderão se dar, por exemplo, na forma de redução, desconto, crédito, gratuidade em tarifas ou preços de serviços de telecomunicações (inciso II do art. 18 do RTAC) .

38. Ressalto que o RTAC veda a inclusão, no acordo, de compromissos adicionais que caracterizem investimentos potencialmente lucrativos (§ 1º do art. 19 do Regulamento) . Assim também, não podem ser incluídos projetos que contemplem localidades que já tenham sido atendidas com o mesmo objeto do projeto de

compromissos adicionais proposto pela operadora (art. 3º do Ato Anatel 50.004/2016 – peça 110) . Observo, ademais, que o RTAC previu, em seu art. 19, que o total de investimentos como compromissos adicionais associados à execução de projetos deverá corresponder a:

a) no mínimo, 80% do VR do TAC, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida;

b) no mínimo, 40% do VR do TAC, em relação aos demais casos.

39. Em sendo contemplada, nos compromissos adicionais, a concessão de benefícios diretos a usuários, o art. 20 do RTAC previu que o valor total destes deve corresponder a:

a) no mínimo, 50% do VR do TAC, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida;

b) no mínimo, 25% do VR do TAC, em relação aos demais casos.

40. Extrai-se, assim, que o valor atribuído ao VR dos compromissos adicionais – ao qual se soma o VR das ações relativas aos ajustamentos de conduta, a fim de conformar o VR total do TAC – não corresponde ao montante que será, de fato, investido pela operadora para realizar as ações a esse título.

41. Conforme será abordado em detalhes adiante, no TAC aprovado para a Telefônica, por exemplo, constou como VR dos compromissos adicionais, restrito a um único projeto, o montante de R\$ 715,7 milhões, correspondente, por decisão da Anatel, a partir de negociação com a Telefônica, a 25% do VR do TAC, de, aproximadamente, R\$ 2,86 bilhões (ver parágrafo 606 da instrução da SeinfraCOM, à peça 139, e peça 93, p. 76-77) . O valor que destaquei tem o intuito de balizar a aplicação de multas, inclusive diárias, por atraso ou inadimplemento de obrigações a título de compromissos adicionais, bem como compor parte do montante da eventual execução extrajudicial do TAC da Telefônica, caso venha a ser descumprido.

42. A modelagem econômica dos investimentos a serem feitos pela operadora para atender os compromissos adicionais (peça 93, p. 79-80) , no entanto, acarretou valor presente líquido (VPL) negativo no montante de, aproximadamente, R\$ 1,6 bilhão (ver item 642 da instrução da SeinfraCOM e peça 93, p. 80) , em face da necessidade de observar os percentuais mínimos previstos nos incisos I e II do art. 19 do RTAC, bem como o disposto no § 1º do art. 19 desse regulamento, *in verbis*: ‘Somente serão admitidos projetos que apresentem Valor Presente Líquido (VPL) negativo (...)’.

43. No caso do projeto de compromissos adicionais proposto pela Telefônica à Anatel (peça 93, p. 79) , foi estimado ‘*investimento em rede de cerca de R\$ 1.196.320.645,00 (...) ao longo de quatro anos, e de R\$ 2.057.148.791,00 (...) [para custear o cabeamento de fibra ótica até a] casa dos clientes*’, valores que, juntamente com diversas outras variáveis, conduziram ao mencionado VPL negativo de R\$ 1,6 bilhão, calculado em um horizonte de dez anos (peça 128, p. 13-14) .

44. A diferença entre a expressão financeira do VR do projeto de compromissos adicionais (R\$ 715,7 milhões) e o valor absoluto do fluxo de caixa desse projeto (R\$ 1,6 bilhão) reside, em especial, no fato de que tais montantes não guardam relação direta entre si, considerando que se prestam a finalidades distintas.

45. Cabe esclarecer, sobre o tema, que o montante dos compromissos adicionais a serem assumidos pela compromissária no TAC pode ser impactado pela incidência do ‘fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos’, previsto no § 2º do art. 19 do RTAC e normatizado pelo Ato Anatel 50.004/2016, por força do disposto no inciso I do art. 18 e no § 3º do art. 19 do referido regulamento.

46. Conforme prevê o § 2º do art. 19 do RTAC, o montante efetivo de gastos que a compromissária terá ao executar o TAC, a título de compromissos adicionais, será o resultado da multiplicação do valor absoluto do VPL de cada projeto multiplicado pelo respectivo fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos – que pode variar entre um e dois –, previsto no Anexo ao Ato Anatel 50.004/2016.

47. O fator mencionado no parágrafo precedente teria como objetivo ‘*diminuir parte do valor obrigatório de investimentos exigidos da operadora no âmbito do TAC, desde que esses investimentos sejam realizados de forma a reduzir os*

uesue que esses investimentos sejam realizados de forma a reduzir as desigualdades sociais e regionais e/ou sejam estratégicos' (item 248 da instrução da SeinfraCOM – grifo nosso) . Conforme registrou a unidade técnica deste Tribunal, caso a operadora atinja o máximo de pontuação previsto no art. 2º do Ato Anatel 50.004/2016 (fator de multiplicação igual a 2) , *'o montante referente aos compromissos adicionais poderá ser considerado até duas vezes maior do que o VPL real (...) [do] projeto a ser executado, caso seja aplicável o fator para o referido projeto'* (item 248 da instrução da SeinfraCOM – grifo nosso) .

48. Registro que, de acordo com o *'Estudo para valoração dos compromissos adicionais incluídos no Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre Anatel e Telefônica Brasil S.A.'* (peça 128) , encaminhado a este Tribunal por meio do Informe Anatel nº 43/2017/SEI/PRUV/SPR, de 17/4/2017 (peça 127) , em resposta à diligência formulada pela SeinfraCOM (Ofício nº 0050/2017-TCU/SeinfraTelecom, de 13/3/2017 – peça 76) , no caso concreto do TAC da Telefônica, *'os municípios apresentados pela compromissária não estão recebendo pontuação de incentivo desse fator [de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos]'* (peça 128, p. 10) .

49. Essa informação da Anatel não condiz com a previsão do § 2º do art. 2º do Ato Anatel 50.004/2016 (peça 110) , que dispõe que *'a escolha de quaisquer outros projetos não previstos no rol de projetos estratégicos deste Ato devem receber o fator multiplicador 1'* (grifo nosso) . Entendo, portanto, ao contrário do que afirmou a Anatel à peça 128 (p. 10) , que no acordo aprovado com a Telefônica não poderia ter sido ignorada a incidência do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos no cálculo do montante dos compromissos adicionais a serem assumidos pela compromissária no TAC, pois não havia discricionariedade da Agência para ter afastado o emprego do referido fator.

50. Assim, deve ser aberta a possibilidade à Anatel, via **oitiva**, para esclarecer o assunto, ou seja, para demonstrar se houve, ou não, a multiplicação do referido fator sobre o valor absoluto do VPL do projeto de compromissos adicionais do TAC da Telefônica.

51. Diante, neste parecer, retomarei o assunto em discussão ao tecer comentários sobre as subseções *'VII.2.2. Análise da distribuição do valor de referência do TAC e das multas entre os compromissos'* e *'VII.3.4. Ausência de justificativa da existência de interesse público em atribuir os percentuais máximos de desconto aos*

compromissos adicionais do TAC da Telefônica da instrução da SeinfraCOM (peça 139) .

52. Todos os aspectos mencionados anteriormente, quanto ao papel do VR no TAC, podem ser resumidos na seguinte representação gráfica, apresentada no Informe nº 13/2017/SEI/SCO (peça 148, p. 2) , mas que se restringiu apenas ao acordo na forma como foi negociado com a Telefônica, ou seja, restrito a compromissos adicionais caracterizados apenas como *'execução de projetos'* (art. 19 do RTAC) , sem menção aos percentuais indicados no art. 20 desse regulamento, atinente à *'concessão temporária de benefícios diretos a usuários'*, que poderiam ter sido previstos no referido TAC, sendo essa opção um aspecto que se insere na discricionariedade da agência reguladora:

DESTINAÇÃO DOS VALORES DAS MULTAS APLICADAS PELA ANATEL AO FISTEL E AO FUST

53. Observo, desde já, que a destinação regular dos valores resultantes das multas aplicadas pela Anatel às operadoras de telecomunicações, após serem definitivamente constituídas, deve ser creditada aos seguintes fundos públicos setoriais: Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) , criado pela Lei 5.070/1966 (vide arts. 2º e 3º) , e Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST) , instituído pela Lei 9.998/2000 (vide inciso II do art. 6º) . Acaso os valores decorrentes das multas fossem, uma vez arrecadados, direcionados aos referidos fundos setoriais, a aplicação desses recursos deveria, necessariamente, obedecer às diretrizes e aos objetivos legalmente estabelecidos.

54. De acordo com informações apresentadas no Acórdão 749/2017-TCU-Plenário, por meio do qual foi apreciada Solicitação do Congresso Nacional na qual foi realizada auditoria operacional acerca da arrecadação e da aplicação dos recursos dos fundos das telecomunicações – Fistel, FUST e Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações (Funttel) – e da Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional (Condecine) , a Anatel informou que o saldo dos recursos do Fistel, em 30/6/2016, era de **R\$ 6,06 bilhões** (parágrafo 82 do relatório do mencionado acórdão) e do FUST, nessa mesma data, de **R\$ 3,28 bilhões** (parágrafo 122 do relatório da citada deliberação) .

55. Até dezembro de 2016, estava em tramitação na Anatel um total de 37 pedidos de celebração de TACs, abrangendo inúmeros processos administrativos da agência com valor aproximado de **R\$ 9.1 bilhões** (peça 25 mídia anexa – Anexo I –

agência, com valor aproximado de R\$ 5,1 bilhões (peça 20, tabela anexa 1 Anexo 1 - Relação de Processos TAC) . Observa-se, assim, que o valor de que se trata possui materialidade similar ao somatório dos valores dos fundos mencionados no parágrafo precedente.

56. Esse aspecto (materialidade) é ainda mais relevante quando se leva em conta que, nos últimos anos, o governo federal adotou como prática recorrente o contingenciamento dos recursos do Fistel e do FUST; que há um descompasso entre o volume arrecadado e a aplicação dos recursos no principal objetivo que motivou a criação dos fundos; e que a alocação de recursos, no caso do Fistel, vem ocorrendo em finalidades estranhas ao objeto precípua desse fundo, qual seja, a manutenção e o aprimoramento da atividade de fiscalização das telecomunicações, a cargo da Anatel.

57. Esse tema já foi objeto de atenção da Corte de Contas, conforme se infere do seguinte excerto do voto proferido por Vossa Excelência no Acórdão 28/2016-TCU-Plenário:

59. Outro aspecto destacado pela equipe no tocante ao **Fistel** diz respeito às finalidades às quais os recursos têm se destinado. Conforme informado pela STBN/SOF, dos R\$ 82,27 bilhões arrecadados entre 1997 e 2015, aproximadamente 5% foram aplicados na fiscalização das telecomunicações, objetivo que está na raiz de sua criação. Por seu turno, R\$ 11,22 bilhões destinaram-se ao Fust, aí considerados R\$ 3,45 bilhões até então não repassados, e R\$ 51,5 bilhões destinaram-se a despesas diversas, nem todas passíveis de identificação a partir das informações prestadas pela STN.

60. Ressalto que a utilização dos recursos do Fistel como fonte para financiamento de despesas diversas daquelas detalhadas no art. 3º da Lei 5.070/1966 já foi tratada por esta Corte em duas oportunidades, que resultaram nos Acórdãos 532/2005 e 2.320/2015 ambos do Plenário, sendo que este último apreciou pedido de reexame interposto em face do Acórdão 3.634/2013-TCU-Plenário.

61. Em síntese, esta Corte considerou que as transferências do fundo para o Tesouro Nacional, e sua consequente utilização para custear despesas alheias à atividade de fiscalização de telecomunicações, não encontra óbices, seja pela ótica da destinação prevista na lei de criação do Fistel, que prevê expressamente a possibilidade de realização dessas transferências, seja pela ótica da natureza tributária de parte das receitas que constituem o fundo – taxa –, a qual não se

vincula a finalidade específica, mas ao fato gerador.

62. Nada obstante, o Tribunal deixou claro que as transferências ao Tesouro ocorrerão desde que garantida a operação normal da agência reguladora, a ser demonstrada no planejamento quinquenal de receitas e despesas previsto no art.

49, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei 9.472/1997, conforme expresso no item 9.3 do Acórdão 2.320/2015-TCU-Plenário, de 16/9/2015 (...) . (grifos nossos e do original)

‘58. Especificamente quanto à aplicação dos recursos do FUST, foi ressaltado por Vossa Excelência, no voto que fundamentou o Acórdão 28/2016-TCU-Plenário, que **apenas 1,2% do total de R\$ 16,05 bilhões arrecadados entre 2001 e 2015 foi empregado na universalização dos serviços de telecomunicações** (vide parágrafo 70 do referido voto) . Sobre o assunto, foi destacado, no parágrafo 257 do relatório que precedeu a citada deliberação, que:

(...) Embora as informações apresentadas [pela Secretaria do Tesouro Nacional, pela Secretaria de Orçamento Federal e pela Anatel] não permitam identificar todas as ações em que foram empregados os recursos do Fust, pode-se concluir que R\$ 10,14 bilhões, o que corresponde a 69,39% da arrecadação, foram empregados em outros fins que não a universalização dos serviços de telecomunicações. (grifo nosso)

59. Ainda sobre a utilização dos recursos do FUST em finalidades que não aquelas previstas na Lei 9.998/2000, Vossa Excelência teceu as seguintes considerações no voto que fundamentou o Acórdão 28/2016-TCU-Plenário:

71. No entanto, diversamente do Fistel, a lei instituidora do Fust não prevê a possibilidade de transferências de recursos ao Tesouro Nacional nem a atividades diversas daquelas especificadas em seu art. 5º. (...)

72. Quanto ao montante destinado ao Fust, do mesmo modo que o Fistel, o baixo nível de aplicação dos recursos nas finalidades para as quais foi constituído, em contraposição à expansão do setor, apontam para a pertinência de se avaliar o descompasso entre a arrecadação e a destinação dos recursos do fundo.’ (grifos nossos)

60. Todos os aspectos que indiquei nos parágrafos precedentes apresentam impacto na implementação da política pública do setor de telecomunicações, que não pode prescindir da fiscalização eficiente da agência reguladora. Por essa razão,

mostra-se pertinente avaliar a destinação a ser dada aos recursos das multas estimadas e aplicadas pela Anatel, quando não direcionada ao Fistel e ao FUST – destinação original e legalmente prevista –, com a possível inclusão dos respectivos processos administrativos em TACs. Retomo esse tema adiante neste parecer.

INTERESSE PÚBLICO NO CONTEXTO DOS TACs

61. Deve-se ressaltar que um dos elementos essenciais para a inclusão de processos sancionatórios em um TAC é a existência de **interesse público**, princípio previsto no *caput* do art. 2º da Lei 9.784/1999 e que repercutiu, no inciso II do referido artigo, a seguir transcrito, como um dos critérios a serem observados nos processos administrativos: *‘atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei’* (grifo nosso) .

62. O interesse público foi expressamente mencionado em dois considerandos do Regulamento do TAC:

‘CONSIDERANDO que compete à Anatel adotar as medidas necessárias para o atendimento do **interesse público** no que pertine à prestação adequada dos serviços de telecomunicações, conforme disposto nos artigos 2º, I e IV, 3º, 7º e, especialmente, 19, todos da Lei nº 9.472, de 1997;

(...)

CONSIDERANDO o art. 5º da Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, que aprovou o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, o qual dispõe que a Agência poderá, a seu critério e na órbita de suas competências legais, com vistas ao melhor atendimento do **interesse público**, celebrar compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais;’ (grifos nossos)

63. De modo expreso, o inciso VII do art. 6º do RTAC dispõe que não será admitido o requerimento de TAC *‘quando, em avaliação de conveniência e oportunidade, não se vislumbrar **interesse público** na celebração do TAC’* (grifo nosso) .

64. O interesse público, em que pese as variações conceituais que lhe são dispensadas, deve buscar satisfazer as necessidades estratégicas e essenciais à promoção de qualquer setor da sociedade. No caso específico do setor de telecomunicações, a legislação em vigor apresenta horizontes para buscar a sua delimitação.

65. Desse modo, a LGT reconhece que converge para o atendimento do interesse público, inclusive como uma das diretrizes para a atuação da Anatel no referido setor (*caput* do art. 19) , por exemplo:

a) o estímulo à expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações, em benefício da população brasileira, elencado como um dos deveres do Poder Público (inciso II do art. 2º) ; e

b) a observância de padrão de convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público (inciso IV do art. 127) .

66. No caso do FUST, houve expressa menção à necessidade de observância do atendimento do interesse público quando da elaboração da proposta orçamentária desse fundo pela Anatel e da sua posterior submissão ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Mctic) , nos termos do inciso II do art. 4º da Lei 9.998/2000.

67. Embora a Lei 5.070/1966, que instituiu o Fistel, não faça menção expressa ao atendimento do interesse público, percebe-se evidente ligação do fortalecimento da Anatel e de sua atividade fiscalizatória, em prol da qualidade dos serviços de telecomunicações, com o '*bem-estar coletivo*', fim maior a ser alcançado a partir da observância do interesse público, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 66) .

68. Portanto, interesse público a ser observado nos TACs é, segundo entendo, aquele previsto ou admitido em lei, ainda que por uma interpretação razoavelmente extensiva, não podendo, em consequência, ser eleito da forma que mais aprouver ao Conselho Diretor da Anatel, em dissonância com o arcabouço legal anteriormente destacado.

LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE DO TERMO DO TAC (TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL)

69. O TAC deve representar, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, um **título executivo extrajudicial**. Desse modo, em caso de descumprimento, deve estar revestido, por si e seus instrumentos acessórios, dos requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade. Não pode depender, desse modo, de qualquer outro provimento, condição ou edição de ato administrativo para se conformar e ter eficácia, salvo os elementos reconhecidos como meramente declaratórios.

70. No art. 3º do RTAC consta a afirmação de que o TAC firmado pela Anatel com a compromissária tem '*eficácia de título executivo extrajudicial*'. Deve-se avaliar, contudo, se há algum obstáculo para que sua exigibilidade seja imediata, em caso de descumprimento, consoante se espera das condições elementares previstas no art. 786 do Código de Processo Civil, quais sejam, a certeza, a liquidez e a exigibilidade.

71. O TAC é considerado descumprido em duas hipóteses:

a) quando houver o atraso ou descumprimento de obrigações correspondentes a mais de 50% do VR do TAC, caso em que sua execução ocorrerá pelo montante integral do VR (art. 29 do RTAC; item 10.1 da minuta do TAC da Telefônica – peça 96, p. 37 – e itens 10.1 e 10.4 do MAF-TAC – peça 126, p. 11-12) ;

b) no caso de inadimplemento de obrigações em patamar igual ou inferior a 50% do VR do TAC, não sanado no prazo de seis meses do término de sua vigência (*caput* do art. 30 do RTAC; item 10.2 da minuta do TAC da Telefônica – peça 96, p. 38 e itens 10.1 e 10.4 do MAF-TAC – peça 126, p. 11-12) , caso em que a execução se dará pela '*fração do Valor de Referência do TAC correspondente ao somatório dos percentuais de descumprimento de cada um dos compromissos contidos no TAC*' (cláusula 10.4 do MAF-TAC – peça 126, p. 12) .

72. No que tange à liquidez do título, nota-se que o RTAC, o MAF-TAC e a minuta do TAC da Telefônica dispuseram sobre os casos em que a execução extrajudicial ocorrerá pelo montante integral do VR (mais de 50% de atraso ou de obrigações descumpridas) ou apenas por fração deste (inadimplemento de obrigações em patamar igual ou inferior a 50% do VR do TAC) .

73. Havendo indícios de descumprimento dos compromissos assumidos no TAC, o procedimento previsto é iniciado na área técnica da Agência, a qual deve abrir prazo para o exercício do contraditório pela compromissária, submetendo, em seguida, à manifestação da douta PFE/Anatel.

74. Superadas essas instâncias e verificado o descumprimento do acordo é prevista a emissão do certificado de descumprimento (art. 31 do RTAC) pelo CD da Anatel. Essa manifestação, a ser admitida como legítima, deve ser meramente declaratória, ou seja, trata-se de ato vinculado às disposições do RTAC (art. 31) e do MAF-TAC (item 10.4 do manual relativo ao TAC da Telefônica – peça 126, p. 12) . Não pode

haver, assim, juízo de conveniência e oportunidade, por parte do CD, quanto à emissão, ou não, do referido certificado, nem postergação da decisão, com a concessão de prazos adicionais à compromissária que não estejam previstos no RTAC ou no MAF-TAC.

75. Conforme parágrafo único da Cláusula 10.4 da minuta do TAC da Telefônica (peça 96, p. 38) , o certificado conterà, no mínimo, as seguintes informações:

- a) percentual total de obrigações descumpridas, segmentadas por temas;
- b) valor correspondente às multas incidentes;
- c) consequências do descumprimento.

76. Destaco que não se pode admitir que o termo do TAC seja ‘complementado’ pelo certificado de descumprimento para que, só então, se torne um título executivo extrajudicial. Caso haja necessidade de emissão do referido certificado para que se alcancem as esperadas eficácia e exigibilidade do termo, incorre-se em ilegalidade e perde-se, em consequência, a legitimidade conferida ao TAC pelo § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985.

77. Nesse sentido, o certificado de descumprimento deve cumprir, tão somente, seu papel instrumental de conferir liquidez ao título – visto que a certeza decorre das disposições do título em si (inclusos seus anexos) , formando a relação jurídica entre a agência reguladora e a compromissária –, apurando o percentual de inadimplemento, bem como de prova da exigibilidade do título extrajudicial junto ao juízo da execução, ou seja, servirá apenas como elemento para demonstrar o vencimento da obrigação e sua respectiva extensão, configurando, ademais, a mora da compromissária.

78. Reitero, portanto, que as condições para a constituição do referido título, segundo compreendo, devem estar previstas em cláusula do TAC ou em anexo que o integre, não podendo, assim, ser condicionada a qualquer provimento posterior, salvo os meramente declaratórios, para que tenha sua exigibilidade reconhecida em caso de descumprimento.

79. Anoto, sobre o tema, a seguinte jurisprudência:

‘PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TERMO DE
A IIISTAMENTO DE CONDIITA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRA IIUDICIAL

AJUSTAMENTO DE CONDUITA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO AJUSTE. **EXIGIBILIDADE IMEDIATA**. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO. Tratando-se de execução de obrigação de fazer estabelecida em Termo de Ajustamento de Conduta, cujo título executivo extrajudicial é revestido dos requisitos da certeza,

liquidez e **exigibilidade**, o interesse de agir não está subordinado a nenhuma condição ou termo, bastando apenas a demonstração do descumprimento das obrigações nele contidas. O prazo estabelecido no art. 55 do Decreto nº 6.514/08 refere-se à penalidade administrativa aplicável àquele que deixar de averbar reserva legal.'

(Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG, Apelação Cível 1.0620.11.000913-6/001, Rel. Des. Edilson Fernandes, Diário da Justiça de 20/4/2012 – grifos nossos)

QUESTIONAMENTOS QUANTO À SISTEMÁTICA DE TAC DA ANATEL QUE NÃO CONSTARAM DA INSTRUÇÃO DA SEINFRACOM

80. Registro que não se pretende conferir nesta análise, conforme já referenciado pela SeinfraCOM (parágrafos 51 e 55 – peça 139) , um atesto de regularidade ou irregularidade aos TACs da Anatel – por não ser prevista, legal e/ou normativamente, essa competência ao TCU. Entretanto, além das questões exaustivamente examinadas pela unidade técnica deste Tribunal, cabe avaliar aspectos relevantes que foram apenas tangenciados ou que não foram abordados na instrução da SeinfraCOM.

81. Conforme já destaquei neste parecer, não há dúvidas de que a Anatel tem competência legal e normativa para firmar TACs. O § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985 permite essa espécie de procedimento por parte de autarquias, como a referida agência reguladora.

82. Ocorre que, da forma como foi elaborado o RTAC e construída a sistemática de TACs pela Anatel, pairam dúvidas sobre quais limites, dados pelas leis vigentes, devem ser obedecidos pela Agência ao estabelecer procedimentos tão intrincados e, em grande medida, sujeitos a questionamentos, como aqueles examinados neste processo e que conformam a referida sistemática.

NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA OU DECRETO REGULAMENTADOR DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

83. A primeira – e, talvez, principal – dúvida que surge sobre o processo formatado pela Anatel para levar a efeito seus TACs é se haveria necessidade de lei específica ou de um decreto que regulamentasse o § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, a fim de permitir a assinatura dessa espécie de acordo com as operadoras de telecomunicações.

84. Tal questionamento se mostra pertinente, pois a Lei da Ação Civil Pública não disciplinou quais assuntos e controvérsias poderiam ser dirimidos com particulares por meio de TACs patrocinados por agências reguladoras e como poderia ocorrer a ‘interrupção’ do curso de processos sancionatórios – arquivamento, no caso da opção da Anatel.

85. Tendo em conta não ter sido essa matéria objeto de análise por parte da SeinfraCOM, mas considerando a possibilidade de que este Tribunal reconheça a necessidade de aprofundar a análise desse tema, tenho por oportuno que seja viabilizada a manifestação da Anatel em sede de **oitiva**, de modo que que seja oportunizado à Agência o exercício do contraditório e da ampla defesa.

ARQUIVAMENTO DOS PROCESSOS SANCIONATÓRIOS INCLUÍDOS NO TAC e INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

86. Ao normatizar o procedimento de formalização de TAC pela Agência, a Anatel optou por estabelecer que a assinatura do acordo conduziria ao **arquivamento** definitivo dos processos administrativos incluídos no acordo, conforme § 3º do art. 11 do RTAC. Tal assunto foi abordado pela SeinfraCOM na Subseção VI.5 de sua derradeira instrução nestes autos (parágrafo 516 e ss.) , intitulada ‘*Fragilidades devido ao arquivamento dos processos sancionatórios após a assinatura de todos os TACs*’.

87. Do modo como restou normatizado pela Anatel, uma vez celebrado o TAC, não haveria mais oportunidade para que fosse imposta qualquer outra sanção além daquelas previstas no próprio acordo – restrita à aplicação de multas pecuniárias, sem prejuízo da execução do título executivo extrajudicial, em caso de descumprimento do TAC –, independentemente da gravidade da irregularidade, bem como da eventual reincidência específica, consoante disposições do RASA (arts. 3º e 10 do Anexo à Resolução Anatel 589/2012) .

88. Ocorre que o descumprimento de obrigações pode e deve, nos termos do art. 3º do RASA, conduzir a sanções de outra natureza quando assim se justifique. Senão vejamos:

‘Art. 3º Os infratores estão sujeitos às seguintes sanções, sem prejuízo das medidas previstas na legislação consumerista e das sanções de natureza civil e penal, inclusive a prevista pelo art. 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - obrigação de fazer;

V - obrigação de não fazer;

VI - caducidade; e

VII - declaração de inidoneidade.’

89. Desse modo, não há como afastar que a Anatel, ao optar pelo arquivamento definitivo dos processos administrativos admitidos no TAC, acabou por inviabilizar a imposição de sanções mais graves, ainda que se façam presentes as situações identificadas no art. 176 da LGT e no art. 10 do RASA como passíveis de sua incidência. É o caso, por exemplo, das sanções de suspensão temporária e de caducidade, que poderiam vir a ser impostas à operadora de telecomunicações, a depender da gravidade da conduta e dos parâmetros e critérios previstos no indicado dispositivo do RASA.

90. Admitindo, contudo, que o TAC pode vir a não ser cumprido, a aplicação exclusiva de multas – inclusive diárias, por atraso ou inadimplemento de obrigações, bem como a execução das mesmas pela expressão monetária representada no título executivo extrajudicial – acabaria por afastar o pleno e regular exercício da fiscalização a cargo da Agência. Isso porque, a depender da gravidade da conduta, aferida a partir de parâmetros e critérios objetivamente indicados no RASA, estaria a Anatel impedida de impor à compromissária sanções de natureza mais grave, haja vista que o processo no qual estava sendo apurada a conduta restaria arquivado em definitivo por ocasião da assinatura do TAC, conforme prevê o §3º do art. 11 do RTAC.

91. Tal situação, a meu ver, qualifica uma renúncia indevida e injustificada da

competência fiscalizatória da agência reguladora, com flagrante violação do que dispõem os incisos VI, IX e XI do art. 19; os arts. 82, 137 e 173, todos da Lei 9.472/1997; bem como o inciso II do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999, *in verbis*:

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

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

II - atendimento a fins de interesse geral, **vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências**, salvo autorização em lei; (grifo nosso)

92. Em sendo assim, a iniciativa voltada à tentativa de solução conciliatória deve ser buscada em harmonia com o ordenamento jurídico, abstendo-se a Agência de impor limites à sua própria atuação. Desse modo, é dever da Anatel resguardar o pleno exercício de suas competências e atribuições.

93. Observo, ainda, que iniciativa dessa natureza interrompe o prazo de prescrição da pretensão punitiva, de cinco anos, nos termos do *caput* do art. 1º e do inciso IV do art. 2º da Lei 9.873/1999, a seguir transcritos:

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

(...)

Art. 2º Interrompe-se a prescrição da ação punitiva:

(...)

IV – por qualquer ato inequívoco que importe em **manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória** no âmbito interno da administração pública federal.” (grifo nosso)

94. Considerando o texto legal supratranscrito, deve-se avaliar a consequência de três atos que se relacionam com a sistemática de TACs adotada pela Anatel.

95. O primeiro é o requerimento da operadora de telecomunicações, a futura compromissária, com vistas à celebração de TAC (*caput* do art. 4º do RTAC) . Levando-se em conta a previsão do RTAC de que a solicitação da futura compromissária deve ser objeto de juízo de admissibilidade pela superintendência competente da Agência (art. 7º do RTAC) , entendo que esse momento de admissão caracteriza o marco inicial da contagem da interrupção do prazo prescricional.

96. A consequência do pedido admitido, que configura a '*manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória*', nos termos do inciso IV do art. 2º da Lei 9.873/1999, é, portanto, a interrupção do prazo de contagem da prescrição da ação punitiva, em relação às condutas em apuração no processo ou conjunto de processos administrativos com relação ao qual a operadora manifestou intenção de firmar um TAC.

97. O segundo é a inclusão, de ofício, de processos administrativos no TAC, nos termos do *caput* do art. 4º do RTAC. Nessa segunda hipótese, a '*manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória*' teria origem em ato da Administração – determinação de inclusão dos processos administrativos pelo CD da Anatel, no caso concreto sob exame –, devendo ser submetida à necessária anuência da futura compromissária, haja vista tratar-se de solução consensual, que exige a manifestação de vontade de ambas as partes. Também nesse caso, a inclusão de novos processos administrativos, por exemplo – considerando que venha a se firmar o entendimento pela legalidade de tal procedimento –, acarretaria a interrupção da contagem do prazo de prescrição da pretensão punitiva, a partir do momento em que a operadora concordasse com essa inclusão, em relação às condutas em apuração nos processos administrativos admitidos no TAC por decisão da Agência.

98. O terceiro ato a ser considerado é a assinatura do TAC entre a agência reguladora e a compromissária, o que, segundo o disciplinamento estabelecido pela Anatel (§ 3º do art. 11 do RTAC) , redundaria no indevido arquivamento definitivo dos processos administrativos incluídos no acordo.

99. Tendo em conta o que dispõe o art. 2º da Lei 9.873/1999 e a premissa de que a

Anatel não pode criar e/ou afastar suas competências sem o devido permissivo legal (inciso II do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999) , nota-se que apenas os dois primeiros atos anteriormente mencionados poderiam interferir no regular prosseguimento dos processos de competência da Agência, em razão da interrupção da contagem do prazo de prescrição da pretensão punitiva, única razão legalmente admitida para **interromper** o fluxo natural do processo administrativo no caso de manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória.

100. Assim, verifico que não há nenhuma previsão legal para que a Anatel archive seus processos sancionatórios, de modo definitivo, pelo simples fato de ter assinado um TAC com operadoras de telecomunicações.

101. Consoante sustenta a Anatel em sua manifestação preliminar, ‘ (...) a *celebração de TACs é uma forma essencial para se alcançar a superação do cometimento de **infrações reiteradas e graves**, relacionadas em sua grande maioria à falta de investimento adequado em infraestrutura de rede*’ (excerto do item 3.5 do Informe nº 13/2017/SEI/SCO, de 9/8/2017 – peça 148, p. 2 – grifos nossos) .

102. Ora, se um dos objetivos perseguidos pela Agência é o de conferir maior efetividade à superação do cometimento de infrações reiteradas e graves, não há sentido em estabelecer um procedimento que, no momento da assinatura do TAC, preveja o arquivamento definitivo dos processos administrativos e, em momento posterior, caso se verifique o descumprimento do acordo, instale óbices intransponíveis à imposição de sanções adequadas e suficientes para desestimular a reiteração das condutas que se busca corrigir.

103. Não fosse só por esse aspecto, fato é que não identifique fundamento jurídico que legitime a pretensão da Anatel, de arquivamento dos processos administrativos que forem incluídos no TAC. Ao contrário, o inciso IV do art. 2º da Lei 9.873/1999, indica, de modo didático, que somente a ‘*manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória*’ conduz à interrupção da prescrição da pretensão punitiva. Não há, nem na referida lei, nem em outro diploma legal, menção aos efeitos jurídicos decorrentes da efetiva formalização da solução conciliatória (assinatura do TAC, *in casu*) , a exemplo da indevida extinção dos processos administrativos, prevista no já referido § 3º do art. 11 do RTAC.

104. Assim, caso o TAC não venha a ser integralmente cumprido, mormente no que diz respeito à correção das condutas irregulares, não haveria qualquer empecilho ao regular procedimento do processo sancionatório original – que poderia ser por

regular procedimento do processo sancionatório original – que poderia ser, por exemplo, sobrestado, enquanto as referidas condutas estivessem sendo objeto de providências no decorrer da execução do TAC –, por meio do qual poderiam ser impostas, além das sanções de multa, as demais cominações previstas no art. 173 da LGT e regulamentadas pelo RASA (vide art. 3º).

105. Tal fato é particularmente relevante quando considerado que, segundo o disposto no § 1º do art. 5º do Regulamento do TAC, *‘o requerimento de TAC e a sua celebração não importam em confissão da Compromissária quanto à matéria de fato, nem no reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração’*. Desdobramento dessa previsão é a flagrante impossibilidade de ser imputada à compromissária, em face das irregularidades reiteradamente cometidas, qualquer sanção de natureza mais grave, independentemente de como se comporte a mesma a partir da assinatura do TAC.

106. Como há indícios de infringência aos incisos VI, IX e XI do art. 19 e aos arts. 82, 137 e 173 da Lei 9.472/1997, bem como ao inciso II do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999, a proposta que defendo, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é a de que seja dada a oportunidade para que a Anatel esclareça os temas ora tratados via **oitiva**.

TROCA DE MULTAS QUE SERIAM DESTINADAS AO FISTEL E AO FUST POR BENS E SERVIÇOS CARACTERIZADOS COMO COMPROMISSOS DO TAC

107. Como os TACs englobam apenas multas estimadas e aplicadas, questiona-se, em especial, se a Anatel poderia criar sistemática, por meio de mera resolução, com o intuito de interromper o fluxo natural que acarretaria a constituição dos valores dessas multas, procedimento este previsto na Lei do Fistel, que dispõe que o recolhimento do produto das sanções será revertido para esse fundo, com repasse posterior, de forma parcial, ao FUST.

108. Outro questionamento decorre do fato de a Anatel ser mera gestora dos recursos do Fistel e do FUST, nos termos, respectivamente, dos arts. 49 e 50 da LGT e do art. 4º da Lei 9.998/2000 c/c o art. 3º do Decreto 3.624/2000. Nessa condição, surge a necessidade de perquirir se há amparo legal para que a Agência dispense a efetiva constituição das multas que deveriam ser dirigidas a esses fundos e, em troca, faça composição com o administrado com relação a recursos sobre os quais não poderia, *prima facie*, dispor.

109. A SeinfraCOM, apesar de ter apenas tangenciado o problema em sua instrução, acertadamente reconheceu que as receitas do Fistel e do FUST não são da Anatel, mas da União – por meio de fundos setoriais –, devendo ser, portanto, direcionadas ao alcance das **políticas legalmente previstas para o setor de telecomunicações**:

‘De acordo com a alínea ‘c’ do art. 2º e o art. 3º da Lei 5.070/1966, todas as multas da Anatel que forem arrecadadas devem ser destinadas aos seguintes fundos públicos setoriais: Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) e Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) . Assim, **os valores transacionados nos TACs da Anatel correspondem a receitas da União que seriam destinadas às políticas do setor como um todo, mas que serão direcionadas para investimentos transacionados com as próprias prestadoras, não raro após anos de cometimento de infrações.**’ (parágrafo 22 da instrução da SeinfraCOM – peça 139 – grifo nosso)

110. Deve-se atentar para o fato de que as multas, uma vez recolhidas ao Fistel e ao FUST, têm destinação legal específica, mesmo considerando que os valores decorrentes das sanções aplicadas pela Anatel constituem apenas parte das receitas que compõem tais fundos (vide art. 2º da Lei do Fistel e art. 6º da Lei do FUST) .

111. No caso do Fistel, o art. 3º da Lei 5.070/1966 prevê que, além das transferências para o Tesouro Nacional e para o FUST, os recursos daquele fundo devem ser aplicados pela Anatel, exclusivamente:

- a) na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País;
- b) na aquisição de material especializado necessário aos serviços de fiscalização;
- c) na fiscalização da elaboração e execução de planos e projetos referentes às telecomunicações.
- d) no atendimento de outras despesas correntes e de capital por ela realizadas no exercício de sua competência.

112. Quanto ao FUST, o art. 5º da Lei 9.998/2000 previu a aplicação de seus recursos em ‘ (...) *programas, projetos e atividades que estejam em consonância com [o] plano geral de metas para universalização de serviço de*

telecomunicações ou suas ampliações (...) ' (grifos nossos) .

113. Tendo em vista a restrição destacada na transcrição supra, somente é possível o direcionamento dos valores do FUST a projetos ligados aos serviços de telecomunicação prestados sob o regime público, aos quais se aplicam obrigações de universalização, nos termos dos arts. 18, inciso III; 63, parágrafo único; 64, *caput*; 79, § 1º; e 93, inciso IV, da LGT. No atual arcabouço legislativo, tal exigência de universalização – no caso de obrigações afetas às empresas exploradoras dos serviços de telecomunicações – refere-se, portanto, aos contratos de concessão atinentes ao STFC, ressaltando-se que esse serviço pode ser prestado tanto no regime público, quanto no privado.

114. Em sendo assim, na esteira da opinião da SeinfraCOM, com a qual me alinho, de que os recursos do Fistel e do FUST pertencem a fundos setoriais da União e de que devem ser aplicados em prol das políticas do setor de telecomunicações como um todo, chego à conclusão de que tais recursos devem ser direcionados à consecução de três possíveis objetivos:

- a) custear despesas correntes e de capital da Anatel;
- b) instalar/custear/manter e aperfeiçoar a atividade e os serviços de fiscalização a cargo da agência reguladora;
- c) atender à política pública de universalização dos serviços de telecomunicações.

115. Tendo em vista esse rol exaustivo de objetivos, **concluo que a sistemática de troca de multas estimadas e aplicadas por produtos e serviços, caracterizados por obrigações e compromissos do TAC, deve atender aos objetivos legalmente previstos para a aplicação dos recursos do Fistel e do FUST.**

116. Considerando a relevância da questão ora posta à discussão, proponho que seja conferida à Anatel a oportunidade de se manifestar sobre o tema, em sede de **oitiva**, baseada no inciso V do art. 250 do Regimento Interno do TCU.

O TAC DA TELEFÔNICA

117. Antes de examinar as possíveis falhas e irregularidades apontadas pela SeinfraCOM, apresento, para fins de clareza, um resumo do TAC que foi aprovado com a operadora Telefônica em 27/10/2016 pelo CD da Anatel, cuja formalização se deu por meio do Acórdão Anatel 422. de 17/11/2016 (peca 95) .

118. Após a referida aprovação, a minuta do acordo, mesmo sem haver previsão legal ou normativa, foi submetida para '*apreciação do TCU*' pelo CD da Agência, em novembro de 2016 (peça 95, p. 2) , e, novamente, após ajustes na minuta, em abril de 2017, conforme medida constante da alínea 'c' do Acórdão Anatel 145, de 28 de abril de 2017 (peça 130) .

119. Cabe destacar que a inclusão e a exclusão de processos administrativos que constituem o acordo com a Telefônica é algo dinâmico, ou seja, que continuou ocorrendo mesmo após outubro de 2016, quando a minuta foi aprovada, pois o CD da Anatel optou por '*admitir de ofício a inclusão de todos os processos atualmente em trâmite que apurem, no todo ou em parte, as mesmas condutas incluídas nos processos tratados na referida Análise [que fundamentou o Acórdão Anatel 422/2016]*' (peça 95, p. 2) .

120. Nota-se que a listagem final dos processos que constituirão o TAC que, eventualmente, vier a ser assinado com a Telefônica somente será conhecida no momento imediatamente anterior à assinatura do acordo com a Anatel. A listagem apresentada à peça 124, referente à situação de processos sancionatórios incluídos no TAC da Telefônica até 29/11/2016, será, portanto, distinta da relação final que comporá o acordo, caso este venha a ser firmado no futuro.

121. Para que se tenha uma ideia da dimensão dos TACs que vêm sendo negociados no âmbito da Anatel, basta citar os valores envolvidos nos dois maiores acordos em tramitação na agência, quais sejam, o da operadora Oi, com o somatório de multas dos processos incluídos no acordo tendo alcançado o total de **R\$ 6,5 bilhões** (calculado em 5/8/2016) , e o da operadora Telefônica, avaliado em detalhes nestes autos, com o montante total de multas de **R\$ 2,8 bilhões** (calculado em 29/11/2016) .

HISTÓRICO DAS INTERVENÇÕES PROCESSUAIS

122. A representação foi proposta em 28/7/2016 pela então SeinfraAeroTelecom, atual SeinfraCOM, por meio da instrução à peça 18, que contou com pareceres concordantes do escalão dirigente da unidade técnica (peças 19 e 20) .

123. Nos itens 122 e 123 da referida instrução, foram resumidos os indícios de irregularidades possivelmente existentes na sistemática de TACs da Anatel:

124. Como exemplos dessas irregularidades citamos as seguintes:

122. Como exemplos dessas **irregularidades**, citam-se: a negociação baseada em metas e indicadores que estão sendo reavaliados; aceitação e análise, pela Anatel, das propostas enviadas pelas operadoras após o término do prazo máximo de negociação estabelecido no regulamento; aceitação pela Anatel, para análise e tramitação conjunta, dos sucessivos requerimentos de celebração de TAC enviados pelas operadoras, antes e depois do prazo limite de transição previsto no regulamento de TAC; irregularidades nas premissas e cálculo do Valor de Referência do TAC e das multas previstas; e possíveis irregularidades na definição da forma e do conteúdo das metas e obrigações inseridas nos TACs.

123. Além disso, verificou-se o **possível risco de dano ao erário** em diversos pontos da negociação e celebração dos TACs, como: possível concessão de desconto irregular no pagamento da parcela prevista inicialmente na negociação dos termos, referente às multas aplicadas nos processos incluídos no TAC; possível desequilíbrio entre o valor das multas aplicadas pela Anatel e o valor dos compromissos assumidos em troca; desconto irregular no valor a ser investido em compromissos adicionais devido à irregularidades no critério definido pela Anatel; entre outros. (grifos nossos)

124. A partir dessas conclusões, a SeinfraCOM requereu a adoção de medida cautelar, com base no *caput* do art. 276 do Regimento Interno/TCU, no sentido de que a Anatel se abstinhasse de assinar quaisquer TACs. Além disso, foi proposta a oitiva da Agência para que se manifestasse sobre os fatos apontados na representação.

125. Por meio do despacho à peça 22, de 3/8/2016, Vossa Excelência, após ter admitido a representação com base nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno/TCU, determinou, nos termos do § 2º do art. 276 do referido regimento, a oitiva prévia da Anatel.

126. Vossa Excelência determinou que a entidade se manifestasse, entre outros aspectos, sobre as possíveis irregularidades presentes no TAC aprovado com o Grupo Telefônica, por considerar presente o requisito do *fumus boni iuris*. Apesar de não ter sido adotada medida cautelar naquela ocasião, por não ter sido constatado por Vossa Excelência o perigo da demora – pois ainda não havia sido pautado pelo CD da Agência, para apreciação colegiada, o processo relacionado ao mencionado TAC –, constou da parte final do despacho à peça 22 o seguinte alerta:

‘15.3 informar à Anatel que a eventual assinatura do termo de ajustamento de

130. Informar a Anatel que a eventual assinatura de termo de ajustamento de conduta antes da manifestação conclusiva do TCU sobre a matéria afasta a sua boa-fé e pode resultar em multa aos responsáveis, além de imputação de débito, caso o Tribunal conclua pela existência de irregularidade grave e/ou de dano ao erário;’ (grifo nosso)

127. Em 5/8/2016, a Anatel tomou ciência da oitiva determinada por Vossa Excelência (peça 24) e, em consequência, dos questionamentos que pairavam sobre sua sistemática de TACs em geral e, em particular, sobre o acordo que foi, posteriormente, aprovado com a Telefônica.

128. Apresentada a resposta à oitiva por parte da Anatel (peças 25 e 27) , a SeinfraCOM elaborou, em 21/10/2016, a instrução à peça 28, apoiada pelo diretor da 2ª Diretoria Técnica, que atuou com delegação de competência do titular da unidade técnica (peça 29) .

129. A única proposta apresentada ao final da referida instrução foi a de realização de diligência junto à Anatel, para obtenção de esclarecimentos e documentos.

130. Conforme indiquei anteriormente neste parecer, a Anatel aprovou, em 27/10/2016, o TAC com a Telefônica, formalizado por meio de seu Acórdão 422/2016, ciente dos questionamentos propostos pela SeinfraCOM e que haviam motivado Vossa Excelência a admitir a representação e, ato contínuo, a propor a oitiva prévia da Agência.

131. Em 8/11/2016, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) , Dr. Júlio Marcelo de Oliveira, por meio do expediente à peça 33, solicitou a Vossa Excelência a *‘oportunidade de officiar no presente processo (...) , após a instrução da unidade técnica’*, com base no art. 81 da Lei Orgânica/TCU e no art. 112 do Regimento Interno/TCU c/c com o inciso XV do art. 6º da Lei Complementar 75/1993, aplicável ao MPC/TCU por força do art. 84 da Lei 8.443/1992.

132. Por meio da instrução à peça 37, com parecer concordante do secretário-substituto da unidade técnica à peça 38, nova diligência à Anatel foi levada a efeito pela SeinfraCOM.

133. Na instrução à peça 41, com pareceres concordantes do escalão dirigente da unidade técnica às peças 42 e 43, a SeinfraCOM submeteu à apreciação de Vossa Excelência o requerimento do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.

134. Em 9/12/2016, a sociedade Telefônica Brasil S/A solicitou seu ingresso nos autos como interessada, com base no art. 146 do Regimento Interno/TCU (peça 44).

135. Por meio do despacho à peça 48, de 6/1/2017, Vossa Excelência apreciou os pedidos do Procurador Júlio Marcelo de Oliveira e da Telefônica.

136. Quanto ao pedido do membro do *Parquet* junto à Corte de Contas, Vossa Excelência, ao acolher tal solicitação, consignou a seguinte ressalva no item 4 do referido despacho:

‘ (...) devo ressaltar que a manifestação do *Parquet* apenas ocorrerá quando da análise de mérito do presente processo, posto que a primeira deliberação, relativa à concessão da medida cautelar, ainda não foi ultimada. Dessa sorte, somente após análise conclusiva dos elementos apurados pela unidade instrutiva, os presentes autos deverão ser encaminhados ao Gabinete do Procurador-Geral, para manifestação do *Parquet* previamente ao envio a este gabinete.’ (grifos nossos)

137. No que tange ao pedido da Telefônica, Vossa Excelência autorizou o ingresso dessa sociedade nos autos na qualidade de interessada e, de modo concomitante, fixou-lhe o prazo de quinze dias para o exercício das prerrogativas processuais previstas no § 4º do art. 146 do Regimento Interno/TCU.

138. A necessidade de realização da terceira diligência da SeinfraCOM à Anatel foi indicada na instrução da unidade técnica à peça 54, de 26/1/2017, que contou com a anuência do diretor da 2ª Diretoria Técnica (peça 55) .

139. Em 3/2/2017, a Telefônica, em resposta à oportunidade que lhe foi conferida para manifestação nos autos, informou a Vossa Excelência que se reservaria o direito de *‘exercer suas prerrogativas processuais em momento oportuno, após as manifestações de mérito da unidade técnica’* (peça 62) .

140. A quarta diligência da SeinfraCOM à Anatel foi justificada nos termos da instrução à peça 73, de 10/3/2017, que contou com a anuência do escalão dirigente da unidade técnica (peças 74 e 75) .

141. A derradeira instrução da SeinfraCOM nos autos consta à peça 139, a qual contou com a anuência do diretor da 2ª Diretoria Técnica (peça 140) e do titular da unidade instrutiva (peça 141) .

142. Após analisar a sistemática dos TACs da Anatel como um todo e se deter, em particular, sobre os termos do acordo aprovado com a Telefônica, a SeinfraCOM sugeriu ao Tribunal a adoção das seguintes medidas:

a) determinações à Anatel (letra 'a' do item 859 da instrução à peça 139) , no sentido de serem promovidas:

a.1) alterações em todos os TACs que vierem a ser assinados pela agência, inclusas mudanças no TAC aprovado da Telefônica;

a.2) correções específicas no TAC da Telefônica, com proposta para que o acordo não fosse assinado até que as determinações sugeridas pela unidade técnica fossem cumpridas;

a.3) medidas quanto aos compromissos de abrangência dos Editais de Licitação 2/2007-SPV-Anatel, 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e 2/2012/PVCP/SPV-Anatel, que se referem a licitações de espectro de radiofrequências;

b) recomendações à Anatel (letra 'b' do item 859 da instrução à peça 139) , com vista à promoção de alterações no Regulamento do TAC, com impacto nas minutas de TAC aprovadas em relação à Telefônica e à Oi;

c) ciência à Anatel (letra 'c' do item 859 da instrução à peça 139) , com base no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, sobre:

‘ (...) o seu dever legal de apresentar a motivação para seus atos administrativos de forma fundada, principalmente com relação a decisões que resultem em redução de benefícios ao interesse público, como a aplicação de descontos nos valores a serem investidos pelas celebrantes de TAC (...) ;’

d) audiência de conselheiros da Anatel (letra 'd' do item 859 da instrução à peça 139) , em face das seguintes irregularidades:

d.1) Srs. Juarez Martinho Quadros do Nascimento, então presidente do CD da Anatel; Aníbal Diniz e Rodrigo Zerbone Loureiro, conselheiros em exercício quando da aprovação do TAC com a Telefônica:

‘ (...) a aprovação do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta da Telefônica, pelo Acórdão Anatel 422/2016-CD, de 27/10/2016, com as

irregularidades e as ilegalidades apontadas na presente instrução, contendo um **dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões** e contrariando os princípios da legalidade, da publicidade, da motivação, da finalidade, do interesse público e da segurança jurídica (...);' (grifos nossos)

d.2) Sr. Igor Vilas Boas de Freitas, conselheiro em exercício quando da aprovação do TAC com a Telefônica:

' (...) a elaboração e a aprovação do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta da Telefônica, pelo Acórdão Anatel 422/2016-CD, de 27/10/2016, com as irregularidades e as ilegalidades apontadas na presente instrução, contendo um **dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões** e contrariando os princípios da legalidade, da publicidade, da motivação, da finalidade, do interesse público e da segurança jurídica (...);' (grifos nossos)

d.3) Srs. João Batista de Rezende, então presidente do CD da Anatel; Aníbal Diniz, conselheiro em exercício em 16/12/2015, data em que o Acórdão Anatel 2/2016 foi aprovado; e Otavio Luiz Rodrigues Júnior, conselheiro em exercício na referida data:

' (...) terem aprovado o Ato Anatel 50.004, de 5/1/2016 [rol de opções de projetos que poderão ser executados como compromissos adicionais no âmbito dos TACs], sem ter submetido a minuta do referido ato aos procedimentos previstos no art. 42 da LGT e arts. 40, incisos I e III, 59 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução Anatel 612/2013, e votando pela adoção de metodologia de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais e sociais, a ser aplicado como desconto em compromissos adicionais negociados no âmbito de todos os TACs da agência (...), o que contraria o interesse público e causa um possível dano ao erário da ordem de milhões de reais em todos os TACs a serem firmados pela agência com base nesse ato: (...) ' (grifo nosso)

d.4) Srs. Rodrigo Zerbone Loureiro e Igor Vilas Boas de Freitas, conselheiros em exercício quando o Ato Anatel 50.004/2016 foi aprovado:

' (...) terem elaborado e aprovado o Ato Anatel 50.004, de 5/1/2016, sem ter submetido a minuta do referido ato aos procedimentos previstos no art. 42 da LGT e arts. 40, incisos I e III, 59 e 62 do Regimento Interno da Anatel, Resolução Anatel 612/2013, e votando pela adoção de metodologia de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais e sociais, a ser aplicado como desconto em compromissos adicionais negociados no âmbito de todos os TACs da agência (...)

compromissos adicionais negociados no âmbito de todos os TACs da agência (...) , o que contraria o interesse público e causa um possível dano ao erário da ordem de milhões de reais em todos os TACs a serem firmados pela agência com base nesse ato: (...) ’ (grifo nosso)

143. O titular da SeinfraCOM, por meio do despacho à peça 141, de 12/5/2017, concordou com a proposta formulada à peça 139 pela equipe de Auditoras Federais de Controle Externo (AUFC) , tendo destacado, entre outros aspectos, que a assinatura de TACs pela Anatel com operadoras de telecomunicações significaria, no seu entendimento, que se estaria: *‘ (...) essencialmente, (...) abrindo mão do recebimento de recursos financeiros decorrentes de multas, que se transformariam, em parte, em créditos da União, por contrapartidas de investimentos que podem não atender ao interesse público.’* (parágrafo 5 do despacho – grifo nosso) .

144. Na mesma manifestação, o secretário da unidade técnica indicou o seguinte questionamento: *‘poderia a Anatel converter multas em obrigações de fazer ou de não fazer?’* (parágrafo 11 do despacho à peça 141) . Acrescentou, ainda, a seguinte indagação: *‘Mais precisamente, poderia o órgão regulador renunciar a uma conduta primariamente exigível, vinculada a uma expectativa razoável de geração de receitas, em prol de uma conduta secundariamente negociável?’* (parágrafo 11 do despacho à peça 141, p. 3 – grifo nosso) .

145. Na opinião do titular da SeinfraCOM, tal opção da Anatel – de trocar a aplicação de sanções pecuniárias (multas) por obrigações de fazer ou de não fazer – seria possível em face do que dispõe o art. 68 da Lei 9.784/1999 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) , por não haver, nesse dispositivo, indicativo de que a sanção pecuniária teria prioridade em relação às demais espécies de sanção. Assim dispõe o referido dispositivo: *‘As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, **assegurado sempre o direito de defesa.**’* (grifos nossos) .

146. A partir da integração do disposto no art. 68 da Lei 9.784/1999 com a LGT e com o RASA da Anatel, bem como da harmonização entre os princípios administrativos constantes do art. 37 da Constituição Federal, o titular da SeinfraCOM posicionou-se pela *‘possibilidade de se transmutar um processo sancionatório em obrigações de fazer ou de não fazer’* (parágrafo 13 do despacho à peça 141) , ou seja, pela competência da Anatel para *‘negociar e assinar termos*

substitutivos de processos sancionadores, observadas determinadas condicionantes e, em especial, o interesse público' (parágrafo 12 do despacho à peça 141, p. 3 – grifo nosso) .

147. Após apontar a baixa efetividade, intempestividade e ineficiência do processo sancionador da Anatel, bem como os entraves causados ao efetivo recebimento do valor das multas pela possibilidade de judicialização dos procedimentos administrativos, o titular da SeinfraCOM destacou que os TACs seriam uma *'possível opção para melhorar esse quadro'* (parágrafo 17 do despacho à peça 141, p. 4) . Em outro segmento de seu despacho, o secretário argumentou que não haveria um planejamento setorial bem definido no setor de telecomunicações, o que traria reflexos negativos na forma como o TAC no âmbito da Anatel foi sistematizado.

148. O titular da unidade técnica do TCU exemplificou, como impacto da ausência de um planejamento integrado e de longo prazo no referido setor, que a Anatel, mesmo não sendo o órgão responsável pela formulação das políticas públicas – visto que, embora seja de competência do CD da Agência *'propor o estabelecimento e alteração das políticas governamentais de telecomunicações'*, nos termos do inciso III do art. 22 da LGT, cabe ao Poder Executivo Federal formulá-las –, passou a criar critérios para a definição e a indução de investimentos a serem realizados em troca do pagamento de multas, referindo-se aos compromissos adicionais. O exemplo empregado pelo secretário da SeinfraCOM relacionou-se aos critérios para a realização de investimentos pelas operadoras em áreas que apresentariam, em seu entendimento, mesmo sem o TAC, interesse comercial para essas sociedades e que já contariam com algum grau de infraestrutura em banda larga e de competição.

149. O secretário destacou, ainda, ao longo de seu despacho, outros problemas que afetariam a sistemática de TACs da Anatel e, em particular, o acordo aprovado em relação à Telefônica, discutidos em detalhes na instrução à peça 139, tendo concluído, ao final de sua manifestação, que: *' (...) não há interesse público em transformar multas já aplicadas por compromissos em relação aos quais não se tem certeza da relevância para o interesse público e não há razoável segurança de cumprimento'* (parágrafo 50 do despacho à peça 141, p. 9 – grifo nosso) .

150. Destacou o titular da SeinfraCOM que a aprovação do TAC da Telefônica pelo CD da agência reguladora, com significativas alterações em relação à proposta oriunda da área técnica, ocorreu com ciência da conclusão apresentada na

transcrição do parágrafo precedente, pois teria sido '*devidamente alertado dessa situação pela Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel*' (parágrafo 51 do despacho à peça 141, p. 9) .

151. Além de concordar integralmente com a proposta apresentada pela equipe de AUFCs à peça 139, o titular da SeinfraCOM sugeriu que o Tribunal adotasse mais uma providência, qual seja, que fosse determinado à Anatel que avaliasse '*ao final da vigência do primeiro TAC que for assinado pela agência, o custo x benefício do instrumento em relação à arrecadação direta das multas aplicadas, de modo a aferir se a troca traz reais benefícios ao interesse público*' (parágrafo 59 do despacho à peça 141, p. 10) .

JUSTIFICATIVA PARA A MANIFESTAÇÃO DO MPC/TCU NESTA FASE PROCESSUAL

152. A distribuição do processo para este membro do *Parquet* de Contas, por parte do gabinete do Procurador-Geral, foi realizada em 16/5/2017.

153. Ciente da ressalva feita por Vossa Excelência no parágrafo 4 do despacho à peça 48, registro que minha manifestação neste momento processual se deve ao fato de ter a SeinfraCOM proposto medidas de **mérito** a serem dirigidas à Anatel, caracterizadas por número considerável de determinações e recomendações, juntamente com proposta preliminar de abertura da fase de contraditório para que diversos conselheiros da Agência se pronunciassem em resposta às audiências sugeridas pela unidade técnica.

154. Nesse sentido, parece-me ter ocorrido manifestação de mérito por parte da SeinfraCOM, ao menos no que concerne aos elementos que integram as peças 139 a 141 dos autos, ou, dito de outro modo, a '*análise conclusiva dos elementos apurados pela unidade instrutiva*', nas palavras de Vossa Excelência (parágrafo 4 do despacho à peça 48, p. 1) .

REUNIÕES COM PARTES E MANIFESTAÇÕES POR ESCRITO

155. Faço consignar que, desde quando o processo deu entrada em meu gabinete, recebi representantes da Anatel em três ocasiões, em 27/6/2017, 10/7/2017 e 15/8/2017, e da Telefônica em duas outras oportunidades, em 27/6/2017 e 24/8/2017.

156. Além disso, tendo em vista a complexidade do objeto da representação, o

titular da SeinfraCOM, acompanhado de sua assessora e do diretor da 2ª Diretoria Técnica, bem como da equipe de AUFCs que elaborou as instruções nesta representação, também estiveram em meu gabinete em duas ocasiões, em 9 e 23/6/2017, com a finalidade de apresentar esclarecimentos concernentes à representação sob exame.

157. Nesses encontros, foram feitas ponderações pela Anatel e pela Telefônica, formalizadas por escrito pela Agência por meio dos documentos às peças 146 a 148, acostados aos autos em 9/8/2017, e pela referida sociedade, conforme documento à peça 150, autuado em 14/8/2017.

158. Observo, no entanto, que não houve despacho ordinatório de Vossa Excelência admitindo tais peças nos autos deste processo. Por essa razão e considerando que, pela atual fase processual, não seria tecnicamente correto, sequer, recebê-los como memorial (§ 3º do art. 160 do Regimento Interno/TCU) , considerarei os elementos às peças 146 a 148 e 150 como esclarecimentos preliminares, mormente por não ter sido formalmente instaurada a fase de contraditório.

159. Ressalto que foram por mim examinadas as manifestações oriundas da Anatel e da Telefônica, a fim de identificar a presença de elementos que pudessem ser úteis à análise apresentada ao longo deste parecer, as quais foram confrontadas com as conclusões da SeinfraCOM.

ANÁLISE DAS QUESTÕES APRESENTADAS NO RELATÓRIO DA SEINFRACOM

160. Considerando a extensão da derradeira instrução da SeinfraCOM nos autos, passo a transcrever, para fins de organização e melhor compreensão da análise que ora inicio, em itálico e entre aspas (mantidos os grifos do original) , o título de cada subseção utilizado pela unidade técnica, seguido de minhas considerações.

‘II.1. Inclusão de processos nos TACs após o fim do prazo limite regulamentar e após a aprovação final do próprio TAC pelo Conselho Diretor

II.1.1. Isenção irregular do pagamento de 10% das multas aplicadas antes da celebração de TACs’

161. Para a SeinfraCOM, conforme raciocínio desenvolvido no parágrafo 56 e ss. de sua instrução, há o risco de a Anatel incluir processos sancionatórios que tiveram

seus pedidos de inclusão no TAC realizados pela operadora fora do prazo admitido no RTAC, abaixo mencionado, com a consequente dispensa indevida de pagamento do valor correspondente a 10% das ‘multas aplicadas’ nos respectivos processos:

‘Art. 38. Aos requerimentos de celebração de TAC apresentados em até 120 (cento e vinte) dias contados da entrada em vigor deste Regulamento aplicam-se as seguintes regras:

(...)

IV - não será devido o pagamento de 10% (dez por cento) do valor correspondente às **multas aplicadas** nos processos administrativos a que se refere o TAC previsto no § 2º do art. 5º.’ (grifos nossos)

162. Como o tópico foi objeto, tão somente, de esclarecimentos preliminares na manifestação apresentada pela Anatel (peças 146 a 148) , torna-se necessário promover a **oitiva** da entidade.

‘II.1.2. Ausência de análise da área técnica da Anatel acerca da existência de interesse público na inclusão de Pados no TAC’

163. A SeinfraCOM destacou, no parágrafo 70 e ss. de sua instrução, que houve a inclusão, **de ofício**, de processos administrativos da Telefônica que estavam em andamento na agência – na data da aprovação do TAC, em 27/10/ 2016 –, e que estavam relacionados aos temas analisados no âmbito do acordo, sem que tivesse sido efetivada uma análise de admissibilidade pela área técnica da Anatel em relação a cada processo.

164. O tópico foi objeto de considerações da Anatel em sua manifestação preliminar (peças 146 a 148) . De acordo com esclarecimentos apresentados na aludida manifestação, teria havido a análise individualizada de admissibilidade de cada processo incluído no TAC, inclusos aqueles em relação aos quais houve determinação para admissão de ofício por meio do Acórdão Anatel 422/2016. A Agência citou, em sua manifestação (peça 147) , que o Despacho Ordinatório SCD 0970660, de 17/11/2016, determinou que fosse realizada, pela área técnica da entidade, o exame de admissibilidade desses processos.

165. Não está claro, no entanto, o modo pelo qual se deu a apontada análise pela unidade técnica da Agência. Interessa saber se foi feito o exame de admissibilidade

pela superintendência competente; se cada PADO foi novamente submetido à Comissão de Negociação e à PFE, ou, alternativamente, se foram observados critérios objetivos previamente definidos por essas duas instâncias.

166. Por essas razões, entendo que se faz necessário promover a **oitiva** da entidade, antes de ser a ela dirigida eventual determinação.

‘II.2. Alteração substancial das metas e dos compromissos do TAC diretamente pelo Conselho Diretor, em desacordo com o regulamento de TACs da Anatel’

167. O foco do tópico em epígrafe (parágrafo 77 e ss. da instrução da SeinfraCOM) foi o prolongamento indevido da fase de negociação de um mesmo TAC, ou seja, o descumprimento dos prazos e procedimentos previstos no RTAC. Outro aspecto abordado pela unidade técnica deste Tribunal foi a atuação direta do Conselho Diretor, que teria violado, no entendimento da SeinfraCOM, os procedimentos previstos no RTAC, quando alterou de modo substancial os termos em que foi tecnicamente analisada, originalmente, a negociação do acordo com a Telefônica no âmbito da Comissão de Negociação da Agência.

168. Isso porque, como já assinalado, a negociação de um TAC é feita, num primeiro momento, pelas áreas técnicas da agência, por meio da Comissão de Negociação (art. 9º do RTAC) . Dessa forma, **em caso de uma nova análise por essa Comissão, o processo do TAC deve ser submetido à PFE (vide § 2º do art. 9º do RTAC) , a qual deve analisar as propostas da operadora após o término da fase de negociação pela área técnica da Anatel.**

169. No caso do TAC da Telefônica, cabe ressaltar que, na fase de negociação, foi proposta a tecnologia *fiber to the curb* (FTTC) para a implementação do projeto de banda larga dos compromissos adicionais do acordo, sendo que, após ser remetido ao Conselho Diretor, o relator da matéria, acolhendo nova proposta da Telefônica, aceitou a mudança para a tecnologia *fiber to the home* (FTTH) , por meio de ‘*novas rodadas de negociação com a empresa*’ (peça 127, p. 3) .

170. Sem entrar no mérito sobre ter sido acertada, ou não, a alteração de tecnologia de banda larga, o que deve ser avaliado neste tópico é o fato de as discussões que, ao final, foram aprovadas pela Anatel, terem se concentrado no âmbito do gabinete do conselheiro-relator do TAC da Telefônica, o que **desfigurou o padrão natural da fase de negociação**, qual seja, a submissão das questões primeiro para a área técnica da Anatel, a cargo da Comissão de Negociação prevista no caput do art. 9º

técnica da Anatel, a cargo da Comissão de Negociação prevista no *caput* do art. 9º do RTAC, integrada pelos Superintendentes de Planejamento e Regulamentação (SPR) , de Relações com Consumidores (SRC) , de Competição (SCP) , de Fiscalização (SFI) e de Controle de Obrigações (SCO) da Agência; em seguida, para a PFE; e, somente ao final, para o gabinete do conselheiro-relator, responsável por submeter sua proposta para deliberação pelo CD.

171. No caso concreto do TAC da Telefônica, o conselheiro-relator desse acordo promoveu negociações diretamente com a Telefônica, quanto ao projeto de compromissos adicionais (peça 127, p. 3) , após o processo administrativo ter sido remetido pela Comissão de Negociação, com passagem pela PFE/Anatel, para análise do CD da Agência (peça 133) .

172. Destaco que as únicas manifestações da PFE/Anatel no processo administrativo do TAC da Telefônica ocorreram em 20/4/2016; 6/5/2016 e 30/5/2016 (peças 1, 8 e 105, respectivamente) , antes, portanto, das modificações que foram feitas em outubro de 2016 pelo conselheiro-relator do TAC da Telefônica (peças 102 e 127) . Desse modo, não foi atendido o § 2º do art. 9º do RTAC, considerando que a PFE não foi instada a se manifestar sobre a proposta de acordo que foi modificada diretamente pelo conselheiro-relator do TAC da Telefônica.

173. A reanálise do processo administrativo do TAC, quanto à nova proposta da Telefônica para o projeto de compromissos adicionais que foi negociado diretamente com o conselheiro-relator da matéria na Anatel, foi realizada apenas pela Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR) da Agência (peça 102) . Ou seja, a SPR foi a única área da agência reguladora a se manifestar sobre *‘a proposta de compromisso adicional apresentada pelo Grupo Telefônica/Vivo, especialmente quanto ao cálculo do Valor Presente Líquido - VPL’* (peça 102, p. 1) , a pedido do conselheiro-relator, lembrando que outras quatro superintendências também compõem a Comissão de Negociação prevista no *caput* do art. 9º do RTAC (Superintendências de Relações com Consumidores; de Competição; de Fiscalização e de Controle de Obrigações) .

174. Não houve, portanto, total e efetiva apreciação dos termos do TAC no âmbito da Comissão de Negociação, visto que o projeto de compromissos adicionais que havia sido negociado originalmente entre essa comissão e a Telefônica foi modificado pelo conselheiro-relator, o que representou inobservância do *caput* do art. 9º do RTAC.

175. Seguindo a lógica do RTAC, não há como aceitar que mudanças substanciais sejam feitas no gabinete do conselheiro-relator da matéria, como ocorreu no caso do TAC da Telefônica (peça 127, p. 3) , sem antes terem sido negociadas, em sua integralidade, entre a operadora e a Comissão de Negociação, com a subsequente nova submissão do processo administrativo do acordo à PFE/Anatel – sem prejuízo de que alterações que não desfigurem a proposta original sejam levadas a efeito diretamente pelo conselheiro-relator da matéria ou pelo CD, considerando a disposição constante do § 1º do art. 11 do RTAC.

176. Assim, em face da relevância do tema discutido nesta subseção, deve ser promovida tanto a **oitiva** da Anatel, quanto a **audiência** do Conselheiro-Relator Igor Vilas Boas de Freitas, responsável pela relatoria do processo administrativo do TAC da Telefônica, em face da não submissão do referido processo à Comissão de Negociação e à PFE/Anatel, após ter sido alterado em seu gabinete, substancialmente, o projeto de compromissos adicionais do TAC, desrespeitando, assim, o *caput* e o § 2º do art. 9º do RTAC.

‘III.1. Fragilidades nas repactuações dos TACs devido às alterações nos modelos de gestão da qualidade e da universalização

III.1.1. Fragilidades nas alterações nos TACs referentes à reavaliação do modelo de gestão da qualidade dos serviços de telecomunicações’

177. O foco do tópico (parágrafo 99 e ss. do relatório da SeinfraCOM) foi a alteração ou a anulação dos indicadores e das metas que serviram como base para os processos de multas que culminaram nos TACs.

178. A SeinfraCOM ressaltou que a reavaliação do modelo de gestão da qualidade dos serviços de telecomunicações pode implicar que *‘ (...) parte das obrigações estabelecidas nos TACs, consubstanciadas em investimentos por parte das empresas para o alcance de metas que têm como paradigma o ainda vigente regulamento, podem deixar de fazer sentido frente ao novo regulamento’* (parágrafo 107 do relatório) . A preocupação da unidade técnica deste Tribunal é a de que o TAC deveria prever metas de possível execução, mesmo que ocorram mudanças no referido modelo.

179. O valor do VR materializa a expressão financeira que fundamentou a opção da Administração de substituir a solução sancionatória por uma solução negociada.

Assim, caso ocorram mudanças regulatórias ou legislativas no modelo de gestão da qualidade dos serviços de telecomunicações, não poderia haver impacto no VR do acordo.

180. No parágrafo 108 de sua instrução, a unidade técnica sugeriu que fosse feita a seguinte determinação à Anatel:

‘ (...) que, diante da concretização das alterações previstas na revisão de normativos da Anatel durante a vigência do TAC, no prazo de 120 dias após a publicação do novo normativo, redistribua em novos compromissos ou **estabeleça na forma de pagamento direto** o valor relativo aos compromissos de ajustamento de conduta incluídos nos TACs cujo objeto, ações e obrigações forem reduzidas ou prejudicadas pela revisão do normativo, garantindo, assim, a existência de mecanismos de compensação que garantam o interesse público do acordo, uma vez que poderá não ser possível exigir a correção das condutas infringidas nos Pados com a nova regulamentação, prejudicando assim o interesse público do TAC, contrariando os arts. 2º e 15 da Resolução Anatel 629/2013 e o art. 19 da LGT, Lei 9.472/1997.’ (grifos nossos e do original)

181. A opção de pagamento direto, identificada pela SeinfraCOM como passível de eliminar os efeitos de eventual alteração regulatória capaz de reduzir os compromissos que compõem o VR do TAC, apenas poderia ser admitida, em tese, se os recursos fossem direcionados diretamente ao Fistel, para custear o *‘atendimento de outras despesas correntes e de capital por ela realizadas [referindo-se à Anatel] no exercício de sua competência’* (alínea ‘d’ do art. 3º da Lei 5.070/1966) . Essa opção, no entanto, se insere na discricionariedade da Anatel, restrita às hipóteses previstas em lei, devendo ser estabelecidas pela Agência as medidas alternativas àqueles compromissos que não puderem ser redistribuídos em novas obrigações a partir das alterações legislativas ou regulatórias.

182. Em sua manifestação preliminar (peças 146 a 148) , a Anatel argumentou que houve preocupação em compatibilizar o conteúdo do TAC da Telefônica com eventuais futuras alterações regulamentares, *‘tanto para as obrigações de qualidade quanto para as de universalização’* (peça 147, p. 49) .

183. Quanto aos indicadores de qualidade, a manifestação preliminar da Agência destacou a seguinte disposição da minuta do TAC com a Telefônica, que garantiria, em sua compreensão, o atendimento das metas dos indicadores dos serviços,

mesmo que haja alteração durante a execução do TAC, quando de sua assinatura:

*‘Cláusula 3.2. A COMPROMISSÁRIA se obriga, ao término da vigência do presente Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) a **atender integralmente as metas dos indicadores de qualidade** do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e do*

*Serviço Móvel Pessoal – SMP, **vigentes à época, bem como dos serviços que resultarem de eventuais evoluções regulamentares que neles promovam modificações, substituições e incorporações.**’* (peça 96, p. 4 – grifos nossos)

184. Essa regra não atende à preocupação ora externada, uma vez que o atendimento aos indicadores vigentes é obrigação da compromissária, ao passo que a satisfação do valor integral do VR, pelos compromissos assumidos no TAC, materializa uma negociação já concluída e para a qual houve a previsão de investimentos em montante considerado adequado e suficiente para fundamentar o acordo que foi negociado.

185. Reputo, desse modo, que o TAC deve conter cláusulas que prevejam as possíveis mudanças no cenário regulatório, capazes de compensar eventuais reduções ou mesmo extinção de ações e obrigações originalmente previstas no TAC. Deve haver, portanto, uma solução alternativa no instrumento do acordo de modo a ser mantido o VR originalmente definido – manutenção da expressão financeira das multas relacionadas a condutas cujos indicadores forem alterados –, nos casos em que houver alteração do marco regulamentar da qualidade dos serviços de telecomunicações.

186. Reputo, portanto, necessário ouvir a Anatel em **oitiva** antes de lhe propor qualquer determinação ou recomendação quanto ao tópico em discussão.

‘III.1.2. Fragilidades nas alterações nos TACs referentes às alterações das metas de universalização e do modelo regulatório do setor de telecomunicações’

187. O foco do tópico, conforme parágrafo 110 e ss. do relatório da SeinfraCOM, foram as alterações no modelo de prestação dos serviços de telecomunicações que podem impactar diretamente as metas e condições do TAC quanto ao tema universalização. De modo específico, a unidade técnica ressaltou o descumprimento, pelas concessionárias de telefonia fixa, das metas e dos compromissos de universalização do serviço vinculadas à concessão, estabelecidos no PGMU.

188. Além disso, a SeinfraCOM incluiu no tópico sob exame a discussão sobre a forma de cálculo e os valores das multas aplicadas às infrações, cujos processos foram incluídos no TAC, especificamente sobre a legalidade e a compatibilidade da atuação da Anatel sobre o recálculo de multas anteriores à vigência do RASA

aprovado em 2012.

189. De acordo com alegações constantes da manifestação preliminar da Anatel (peças 146 a 148) , quando há recálculo de multas, os respectivos processos administrativos são excluídos do TAC. Assim, não haveria, de acordo com informações da Agência, irregularidade na situação levantada pela SeinfraCOM, nos casos em que há alteração no valor da multa em processos que haviam sido admitidos no TAC.

190. Caso haja, por exemplo, redução do valor da multa que constava originalmente de um determinado PADO, após ter sido proferida decisão pelo CD da Anatel, da qual não caiba mais recurso, o processo não mais poderá permanecer no âmbito do TAC, em vista do que dispõe o § 1º do art. 1º do RTAC, *in verbis*:

‘§ 1º Os Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta regidos por este Regulamento contemplarão **processos nos quais não tenha sido proferida decisão transitada em julgado na esfera administrativa.**’ (grifos nossos)

191. Destacou a Anatel, ainda, em sua manifestação preliminar, que:

‘ (...) **não permanecerão no TAC processos que eventualmente passem por recálculo de multa decorrente de alteração de metodologia em sede de decisão de última instância pelo Conselho Diretor.**’ (peça 147, p. 60 – grifo do original)

192. Tendo em vista a necessidade de serem obtidos mais esclarecimento sobre o tema em discussão, entendo adequado que se promova a **oitiva** da entidade, a fim de confirmar as informações por ela prestadas em sua manifestação preliminar e, eventualmente, apresentar outros esclarecimentos.

‘III.1.2.1. Cenário de alteração das metas de universalização das concessões de telefonia fixa’

193. O foco do tópico constante dos parágrafos 126 a 138 do relatório da SeinfraCOM foram as alterações regulatórias que podem impactar as metas de

SeinfraCOM foram as alterações regulatórias que podem impactar as metas de universalização das concessões de telefonia fixa. Não houve proposta de determinação, recomendação ou audiência da unidade técnica especificamente na Subseção III.1.2.1 de sua instrução.

194. Alterações regulatórias sempre ocorrerão, ou seja, sempre haverá discussões na Anatel e nos Poderes Executivo e Legislativo para alteração do marco regulatório. É algo, contudo, que não pode impactar as obrigações assumidas nos TACs. Logo, o próprio instrumento do acordo deve conter cláusulas que prevejam as possíveis alternativas para substituição de compromissos que não mais se mostrem viáveis ou exigíveis em face da nova regulamentação.

195. Sobre o tema, ou seja, alterações legislativas e normativas que podem impactar os TACs da Anatel, registro a não edição, até o momento, de decreto presidencial para aprovar o novo PGMU – um dos fatores que acarretou a não renovação dos atuais contratos de concessão de serviços de telecomunicações, referentes à telefonia fixa – e a tramitação do Projeto de Lei da Câmara 79/2016, que tem a seguinte ementa:

‘A Agência Nacional de Telecomunicações poderá autorizar, mediante solicitação da concessionária, a **adaptação do instrumento de concessão para autorização**, condicionada à observância de alguns requisitos, dentre eles a manutenção da prestação do serviço adaptado e compromisso de cessão de capacidade que possibilite essa manutenção, nas áreas sem competição adequada, nos termos da regulamentação da Agência.’ (grifo nosso)

196. A Corte de Contas está atenta às alterações nos cenários legislativo e regulatório, que envolvem, inclusive, as perspectivas de investimento em infraestrutura de banda larga, de especial interesse para esta representação, pois, sob relatoria de Vossa Excelência, exarou a seguinte determinação à SeinfraCOM, no âmbito do TC 015.409/2016-3 (levantamento encerrado) , apreciado por meio do Acórdão 3.076/2016-TCU-Plenário:

‘9.1. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações deste Tribunal que autue, na forma do art. 241 do Regimento Interno do TCU, processo de **acompanhamento da revisão do modelo de prestação dos serviços de telecomunicações**, cujo escopo englobe, entre outros aspectos, o cálculo dos saldos associados à migração do regime de concessão para

autorização e a definição das metas de investimento em infraestrutura de banda larga;’ (grifos nossos)

197. O acompanhamento da determinação transcrita no parágrafo precedente está sendo efetuado no âmbito do TC 036.367/2016-8.

‘III.1.2.2. Ausência de interesse público em celebrar TACs diante das alterações das metas de universalização resultantes do novo modelo de telecomunicações’

198. O foco do tópico tratado no parágrafo 139 e ss. do relatório da SeinfraCOM foi a possibilidade de o TAC ser prejudicado e/ou perder seu interesse público em face da futura alteração da regulamentação em que foi construído, com relação a compromissos decorrentes de condutas que geraram multas estimadas ou aplicadas em face do descumprimento de metas de universalização do serviço de telefonia fixa.

199. A unidade técnica indicou a possível perda do objeto do TAC e do interesse público do acordo caso ocorra a substituição do pagamento de multas, aplicadas em face do descumprimento de metas constantes dos Planos Gerais de Metas para Universalização anteriores (PGMU I, PGMU II e PGMU III) , por obrigações que constarão do novo, mas ainda não editado, PGMU IV, que podem se tornar menos rígidas ou mesmo serem extintas. Além disso, a SeinfraCOM preocupou-se com os impactos da possível revisão do modelo de prestação dos serviços de telecomunicações, de concessão para autorização.

200. A Anatel observou, em sua manifestação preliminar (peças 146 a 148) , que o TAC da Telefônica foi elaborado levando em consideração a *‘possibilidade de extinção antecipada dos contratos de concessão do STFC e do anexo Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU)’* (peça 147, p. 63-64) . Assim, o CD da Agência teria negociado, com a Telefônica, compromissos em termos de correção do passivo de localidades sem oferta de telefonia fixa e de ajuste de conduta na oferta de acessos coletivos.

201. Na referida manifestação, a Anatel explicou que *‘correção do passivo significa cumprir obrigações já constituídas e que ainda se encontram inadimplidas’* (peça 147, p. 64 – grifo nosso) . Além disso, sustentou a Agência que teria se preocupado com o cenário de alteração nas obrigações de universalização, o que tornaria desnecessário, em seu entendimento, redistribuir o valor dos PADOs desse tema para novos compromissos.

202. Vislumbro, desde logo, que a solução para o problema passaria por regras de ‘adaptação’ dos TACs que vierem, eventualmente, a ser assinados, para se ajustarem ao futuro novo modelo e manterem, assim, os compromissos de investimento no que diz respeito à correção do passivo e à planta residual de terminais de uso público – TUP, sem alteração dos montantes acordados, que impactam o VR do TAC.

203. Assim, o tópico deve ser incluído em **oitiva** da Anatel, no sentido de serem solicitados da Agência esclarecimentos sobre quais disposições do TAC resguardam o VR, em caso de alterações legislativas ou regulatórias que tragam impacto às metas de universalização do serviço de telefonia fixa.

204. Quanto à medida proposta no parágrafo 168 da instrução da unidade técnica, a seguir transcrita, entendo, desde logo, ser despicienda:

‘ (...) determinar à Anatel que, caso seja necessária a repactuação das condições de TACs já assinados devido a alterações regulamentares posteriores, **se abstenha de prorrogar a vigência dos TACs assinados e de fazer qualquer alteração no prazo de vigência dos acordos em andamento** que possa provocar atrasos nos resultados esperados com os termos assinados (...) .’ (grifos nossos)

205. O inciso VIII do art. 13 do RTAC é taxativo quanto à impossibilidade de se prorrogar a vigência do TAC por prazo superior a quatro anos:

‘Art. 13. O TAC deverá conter, dentre outras, as seguintes cláusulas:

(...)

VIII - vigência, cujo prazo será **improrrogável** e não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

(...) ’ (grifo nosso)

206. Além disso, já foi dirigida à Anatel, por meio do item 9.8.7 do Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, recomendação no sentido de serem devidamente fiscalizados os prazos de cumprimento de obrigações previstas em TACs:

‘9.8.7. caso haja assinatura de termos de ajustamento de conduta ou de compromissos de atendimento a medidas cautelares, planeje-se para que os

esforços de controle e fiscalização necessários para o acompanhamento e a eventual sanção das obrigações previstas nesses instrumentos possam ser tempestivamente realizados e concluídos, com vistas a garantir a efetividade da utilização desses instrumentos pelo órgão regulador na busca da melhoria da qualidade para os usuários dos serviços de telecomunicações;’ (grifos nossos)

‘III.2. Irregularidade na criação e na exigência nos TACs de um Índice Geral de Qualidade (IGQ) , inexistente na regulamentação vigente’

207. O foco do tópico constante do parágrafo 169 e ss. do relatório da SeinfraCOM referiu-se à aprovação, pelo CD da Anatel, de suposto indicador de qualidade – o IGQ –, para ser empregado no TAC da Telefônica e em outros acordos, que não estaria regulamentado em suas normas (resoluções para serviços como o Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, o SMP e o STFC) .

208. Para a SeinfraCOM, a criação do IGQ não poderia ter sido efetivada no âmbito do CD, sem ter passado pela Comissão de Negociação e pela PFE. A sistemática do IGQ não poderia, assim, ter surgido de modo discricionário no âmbito do CD, mesmo que o IGQ seja entendido como um índice – conforme defendeu a Anatel em sua manifestação preliminar (peça 147) – e não como um indicador.

209. De fato, a criação de indicadores, nos termos do Regimento Interno da Anatel, deve ser precedida de consulta pública (ver art. 59 e ss. do Anexo à Resolução Anatel 612/2013) . Além disso, cada indicador possui uma meta associada, que deve ser alcançada pela prestadora do serviço mensalmente. Para os casos em que se verificam indícios de desempenho ou conduta diferente da estabelecida na regulamentação, a Anatel instaura PADO em desfavor da prestadora.

210. Há informações de que a Anatel mostra interesse em reduzir seu quantitativo atual de indicadores, conforme se verifica da leitura do item 4 do Anexo à Portaria Anatel 491/2017 - Agenda Regulatória para o Biênio 2017-2018 (item ‘*Reavaliação do modelo de gestão da qualidade de serviços de telecomunicações*’ – disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9IN_cO4q_11hzjuDmOSa_zRxbqNb-ZlwaWpOsn1BwPNY3273mcDwjPacsPhkdGIKguzfZNY1gUdatv2iqs WSxy1BS88> – acesso em 14/8/2017) :

‘Reavaliação do arcabouço normativo afeto à qualidade dos diversos serviços de telecomunicações, avaliando a viabilidade de concentrar esforços em um número

telecomunicações, avaliando a viabilidade de concentrar esforços em um **numero reduzido de indicadores estratégicos** que melhor atendam aos anseios dos usuários destes serviços e ao mesmo tempo minimizem os custos administrativos e operacionais aplicáveis à Anatel e às prestadoras. Ademais, busca-se avaliar a possibilidade de convergência destes indicadores e metas para os diversos serviços de telecomunicações considerando a convergência tecnológica e também das ofertas.’ (grifo nosso)

211. Quanto a essa diminuição do número de indicadores da Anatel, é relevante mencionar a seguinte determinação dirigida à Anatel por meio do Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário:

‘9.7.4. inclua, no prazo de 90 (noventa) dias, no processo de revisão do modelo de gestão de qualidade do SMP, em andamento na agência, avaliação quanto: ao **volume excessivo de indicadores**; à viabilidade de se mensurar os indicadores de forma fidedigna; à sobreposição de atividades de fiscalização e controle da qualidade do serviço de telefonia móvel; e à necessidade de fiscalização periódica dos processos de extração dos indicadores, incluindo aqueles extraídos pela Entidade Aferidora da Qualidade (EAQ) , em observância ao art. 2, caput e inciso IX, da Lei 9.784/1999; ao art. 127, incisos VI e X, da Lei 9.472/1997; aos arts. 36, parágrafo único, e 202, incisos I e II, da Resolução-Anatel 612/2013; e ao art. 6º, inciso III, da Lei 8.078/1990;’ (grifo nosso)

212. Não obstante a preocupação da SeinfraCOM, há que se avaliar se o IGQ é, de fato, um indicador, no sentido regulamentar do termo.

213. A Anatel, em sua manifestação preliminar, argumentou que **‘não se criou indicador novo, pelo simples fato de o IGQ não ser um indicador, mas um índice. Ele não se confunde com o IGQO do STFC, apenas se inspirou na ideia de computar os indicadores na forma de um índice.’** (peça 147, p. 68 – grifos nossos e do original) .

214. Acrescentou, ainda, que **‘ (...) não se deixará um único indicador regulamentado sem controle ao se adotar o IGQ’** (peça 147, p. 70 – grifo do original) e que **‘ (...) a Anatel fiscalizará, durante a execução do TAC, o desempenho de TODOS os indicadores regulamentados’** (peça 147, p. 70 – grifo do original) .

215. Como não está claro se o IGQ é, ou não, um indicador criado à margem do

sistema normativo da Anatel e se sua forma de apuração acarreta prejuízos à transparência, ao acompanhamento e, em especial, à fiscalização do TAC, o assunto deve ser submetido à **oitiva** da entidade, para que esclareça o tema em discussão.

‘IV. IRREGULARIDADES NOS DISPOSITIVOS DOS COMPROMISSOS ADICIONAIS APLICÁVEIS A TODOS OS TACS’

216. Entre os parágrafos 224 a 245 da instrução à peça 139, que não apresentaram nenhuma proposta de determinação ou recomendação à Anatel, foram discutidos pela SeinfraCOM os valores de investimentos a título de **compromissos adicionais** do TAC. Desse modo, no entendimento da SeinfraCOM, tais recursos deveriam ser aplicados em projetos e localidades que não tenham atratividade econômica para a compromissária do acordo.

217. Ocorre que, no TAC da Telefônica, não foi, necessariamente, priorizado o atendimento a localidades desprivilegiadas, remotas e sem interesse comercial, cuja desigualdade social e regional seria elevada em relação às demais regiões do país (vide parágrafo 234 do relatório da SeinfraCOM) .

218. Como esse tema será retomado em maiores detalhes adiante, cabe, por ora, apenas mencionar dois normativos que têm relação com o projeto de compromissos adicionais previstos no TAC da Telefônica (atendimento de municípios com FTTH - fibra ótica no acesso) .

219. Primeiro, o **Decreto 8.776, de 11 de maio de 2016**, que instituiu o Programa Brasil Inteligente, com a finalidade de buscar a universalização do acesso à Internet no País, e, segundo, a **Portaria 1.455, de 8 de abril de 2016**, do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Mctic) , que, ao estabelecer diretrizes para a Anatel na elaboração de um novo modelo de proposta de revisão do atual modelo de prestação de serviços de telecomunicações, determinou prioridade às ações que posicionassem ‘os serviços de banda larga no centro da política pública’ (*caput* do art. 2º da portaria) .

‘IV.1. Ilegalidade na aprovação de normativo para definir o desconto dos compromissos adicionais aplicável a todos os TACs’

220. A partir do parágrafo 254 de sua instrução, a SeinfraCOM passou a tecer comentários sobre o ‘fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de

execução de projetos estratégicos' (§§ 2º e 3º do art. 19 do RTAC, regulamentado pelo Ato Anatel 50.004/2016) , argumentando que não foi identificada motivação para a utilização desse fator nos TACs.

221. O referido fator é usado para diminuir parte do valor obrigatório de investimentos exigidos da operadora no âmbito do TAC, desde que esses investimentos sejam realizados de forma a reduzir as desigualdades sociais e regionais e/ou sejam estratégicos (vide parágrafo 248 do relatório da SeinfraCOM) .

222. Como o fator varia de um a dois, se for aplicado o fator dois (projeto muito relevante, do ponto de vista de redução de desigualdades e por ser estratégico) , o VPL real do projeto dobra em relação ao que, de fato, constará do TAC como o investimento a ser desembolsado pela compromissária.

223. Apesar de a SeinfraCOM ter afirmado que não teria havido motivação da Anatel para utilização do fator em seus TACs, há que se avaliar se o conteúdo do Informe Anatel 63/2015/PRRE/PRUV-SPR (peça 5, p. 5 e ss. – ver, em especial, p. 9-10) seria suficiente para demonstrar que houve '*motivação*' e '*critérios*' da Anatel na fundamentação da criação do fator, os quais não teriam sido devidamente evidenciados, na opinião da SeinfraCOM.

224. Considerando que remanesce essa dúvida, o tópico deve ser objeto de **oitiva** da agência reguladora.

225. Como continuidade do raciocínio iniciado no tópico precedente, a partir do parágrafo 255 e ss. de sua instrução, a SeinfraCOM avaliou a forma como a Anatel conduziu processualmente a elaboração do ato citado no §3º do art. 19 do RTAC, por meio do qual foi definido em quais condições, projetos e regiões de atendimento o fator de desigualdades sociais e regionais seria aplicável.

226. A unidade instrutiva ressaltou, no parágrafo 256 de sua instrução, que:

' (...) a discussão sobre quais projetos poderiam ser considerados na elaboração do fator foi **restrita à participação somente da Anatel e das próprias operadoras**, sem a participação da sociedade de maneira geral ou mesmo do Ministério [Mctic], responsável pela elaboração das políticas públicas para o setor.' (grifos nossos)

227. Também foi destacado pela SeinfraCOM, no parágrafo 259 de sua instrução, que:

‘ (...) a proposta da área técnica da Anatel, obtida após as discussões [com as operadoras], foi encaminhada diretamente para o Conselho Diretor da agência, que também promoveu suas alterações e aprovou o fator final, **sem que a Procuradoria Federal Especializada pudesse se manifestar sobre o tema** e o conteúdo das propostas em qualquer uma dessas etapas e sem a participação da sociedade. (...) .’ (grifo nosso)

228. Em exame preliminar, entendo que assiste razão à SeinfraCOM, de que o referido fator deveria ter sido aprovado por meio de resolução.

229. Como o assunto também apresenta indícios de prática de irregularidade, o tópico deverá ser submetido à **oitiva** da Anatel, bem como à **audiência** dos conselheiros envolvidos na elaboração e/ou aprovação do Ato Anatel 50.004/2016.

‘IV.2. Irregularidades e possível dano ao erário na metodologia de cálculo do desconto dos compromissos adicionais aplicável a todos os TACs’

230. O método de cálculo do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, aprovado pelo Ato Anatel 50.004/2016, foi o principal tema de discussão a partir do parágrafo 265 da instrução da SeinfraCOM.

231. A argumentação da unidade técnica questionou, em termos gerais, a opção da Anatel quanto ao método de cálculo do referido fator e defendeu o *‘atendimento em localidades remotas e com infraestrutura mais precária’* (parágrafo 297 do relatório da SeinfraCOM) .

232. Originalmente, a área técnica da Anatel havia proposto o uso do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M) , de forma que, quanto maior o IDH-M, menor seria o fator associado. Além disso, propôs valores fixos adicionais para as localidades na área das Superintendências de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) e do Nordeste (Sudene) .

233. O relator da matéria no âmbito do CD da Anatel revisou o modelo de agrupamento e classificação de municípios proposto pela área técnica da Agência, agregando as dimensões renda e densidade demográfica ao cálculo, com manutenção das referências ao IDH-M.

234. A proposta do mencionado relator, em suma, foi a seguinte:

234. A proposta do mencionado relator, em suma, foi a seguinte.

‘ (...) a prioridade de cada um [referindo-se ao agrupamento de municípios brasileiros em cinco *clusters*, similares em termos de IDH, renda e densidade populacional] foi determinada por critérios classificatórios de quantidade de

população do município, nível de competição de serviços de internet banda larga, PIB *per capita* e distância até a localidade com fibra acendida mais próxima.’
(citação apresentada no parágrafo 273 do relatório da SeinfraCOM)

235. De acordo com o parágrafo 277 da instrução da SeinfraCOM: ‘O voto revisor da proposta manteve as condições apresentadas pelo relator e acrescentou a atribuição do fator para regiões periféricas nas cidades com mais de um milhão de habitantes.’

236. Vale destacar que a área técnica da Anatel, ao escolher o IDH-M, demonstrou preocupação com os objetivos previstos nos incisos I e III do art. 5º da Lei 9.998/2000 (‘atendimento a localidades com menos de cem habitantes’ e ‘complementação de metas estabelecidas no Plano Geral de Metas de Universalização para atendimento de comunidades de baixo poder aquisitivo’, respectivamente) .

237. A unidade instrutiva apontou o relevante risco de que ‘**as prestadoras apliquem esse montante** [referindo-se ao valor que deveria ser pago em multas, caso não existisse a opção do TAC] **em projetos que já fariam parte do seu planejamento de investimentos futuros**’ (parágrafo 308 do relatório da SeinfraCOM - grifos do original) .

238. Poder-se-ia argumentar que a SeinfraCOM adentrou no mérito da análise regulatória, ao ter questionado as escolhas da Anatel, por ter a unidade técnica deste Tribunal defendido o ‘atendimento em localidades remotas e com infraestrutura mais precária’ (parágrafo 297 do relatório da SeinfraCOM) , considerados os descontos previstos pela agência para os compromissos adicionais do TAC.

239. Ocorre que o caminho seguido pela SeinfraCOM pode ser justificado pelo fato de a Anatel ter extrapolado seu papel de agência reguladora, pois formulou critério de priorização de atendimento a projetos de banda larga em categorias de municípios (*clusters*) , com aplicação do fator de desigualdade social e regional que afetou, de modo questionável, os descontos no montante de compromissos

areto, de modo questionável, os descontos no montante de compromissos adicionais a ser executado pela operadora.

240. Todavia, o papel de formular a política pública de telecomunicações cabe ao Mctic, mas, conforme as conclusões externadas por Vossa Excelência no voto que

fundamentou o Acórdão 28/2016-TCU-Plenário, referida política não estava completamente formalizada quando o Ato Anatel 50.004/2016 foi editado, inclusive com relação a projetos de médio e longo prazo – entre os quais se incluem investimentos em redes de transporte e acesso baseadas em fibra ótica –, o que compromete o alcance dos objetivos dessa política, visto que:

‘31. (...) **o setor carece de planejamento estratégico**, com diretrizes e objetivos definidos para o longo e o médio prazos (...) . (...) a formulação da política para o setor de telecomunicações tem se pautado por medidas específicas, dispersas em instrumentos muitas vezes não coordenados e sem uma visão de longo prazo.

(...)

34. (...) eventos destacados no levantamento comprovam a **falta de orientação estratégica da atuação estatal no setor de telecomunicações**, decorrente da inoperância das instâncias responsáveis por planejar e orquestrar essa atuação.

(...) ’ (grifos nossos)

241. O correto teria sido a Anatel ter submetido as discussões sobre o método de cálculo do referido fator, previamente à sua aprovação, ao Mctic, que é o órgão a quem a lei atribui a função de formular a política pública de telecomunicações, nos termos do art. 27, inciso I, da Medida Provisória 782/2017 e do inciso I do parágrafo único do art. 4º do Decreto 4.733/2003.

242. Sobre o tema, devo destacar o subitem 9.3 do Acórdão 28/2016-TCU-Plenário, por meio do qual a Corte de Contas dirigiu recomendação ao ministério para aprimorar o planejamento do setor:

‘9.3. recomendar ao Ministério das Comunicações, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que avalie a conveniência e a oportunidade de **consolidar as diversas ações e planos específicos existentes no setor de telecomunicações em um único instrumento de institucionalização**, que explicita a lógica de intervenção estatal no setor, no médio e no longo prazo,

contemplando princípios, diretrizes, objetivos, metas, estratégias, ações, indicadores e mecanismos de monitoramento e avaliação, bem como as competências dos atores envolvidos, instâncias de coordenação e os recursos necessários para a sua implementação;’ (grifo nosso)

243. Quanto à reformulação da política pública para a banda larga no Brasil, faço referências ao Plano Nacional de Conectividade (PNC) e ao Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações (PERT) .

244. O PNC – sucessor do PNBL –, que deve ser colocado em consulta pública em breve pelo Mctic, tem como escopo, entre outros aspectos, mapear as necessidades de conectividade do País e as respectivas fontes de financiamento. Espera-se que o processo de discussão desse plano aponte as prioridades de investimento para a expansão da banda larga no Brasil.

245. O PERT, por sua vez, previsto no inciso IX do art. 22 da LGT, tem como objetivo elaborar um diagnóstico da infraestrutura de banda larga no País, apontar as lacunas na oferta de serviços e propor ações para ampliar o acesso da população à Internet.

246. Tais planos atendem, ao menos em parte, à recomendação dirigida pelo Tribunal ao Mctic, por meio do subitem 9.3 do Acórdão 28/2016-TCU-Plenário, anteriormente transcrito.

247. O assunto do tópico sob exame deve ser submetido à **oitava** da Anatel, a quem cabe esclarecer ao TCU, entre outros aspectos, a inter-relação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos com a política pública de telecomunicações, bem como em relação à aparente contradição entre a pontuação das localidades, conforme o referido fator, e as categorias do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) , instituído pela Resolução Anatel 600/2012, no nível de competição de mercados de varejo ou atacado.

‘IV.3. Possíveis efeitos negativos dos investimentos dos TACs no cenário atual de competição entre as prestadoras’

248. Em outra vertente de discussão dentro da Subseção IV.1 de sua instrução (a partir do parágrafo 312, mas com raciocínio iniciado na subseção anterior) , a SeinfraCOM não identificou correlação entre a categoria de competição do PGMC, que dispõe sobre o incentivo e a promoção da competição livre, ampla e justa no

setor de telecomunicações, e os fatores de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos conferido a cada município apresentado no Anexo ao Ato Anatel 50.004/2016.

249. A unidade técnica citou os seguintes exemplos de distorções causadas por essa ausência de correlação, que implicariam estímulo para que a operadora escolhesse localidades de maior interesse comercial:

a) ‘ (...) foram constatadas localidades cujo nível de competição é relativamente alto, classificados como categoria 2 do PGMC, o que significa que são regiões potencialmente competitivas e de interesse comercial e, ainda assim, os níveis de desconto do atendimento daquelas localidades são bastante altos.’ (parágrafo 296 do relatório da SeinfraCOM) ;

b) os mesmos fatores de descontos (que variam entre um a dois, sendo dois um desconto maior) podem ser aplicados igualmente às localidades classificadas entre as categorias 2 a 4, independentemente dos seus níveis de competição do PGMC.

250. A SeinfraCOM defendeu que os compromissos adicionais do TAC deveriam variar gradualmente de acordo com as condições atuais de prestação de serviços de telecomunicações naquela localidade, ou seja, em consonância com a categorização prevista no PGMC. Foi mencionado pela unidade técnica o impacto dos projetos de investimentos pactuados no âmbito dos TACs na dinâmica de competição entre as empresas de telecomunicações, considerados os projetos dos ajustes de conduta e os relativos aos compromissos adicionais.

251. Apesar de reconhecer a possibilidade de desequilíbrio no funcionamento das operadoras menores, a unidade técnica reconheceu que não lhe caberia se opor a essa situação, resultante das decisões da Anatel no âmbito do TAC, pois seria um *‘movimento intrínseco ao próprio mercado de telecomunicações’* (parágrafo 316 do relatório da SeinfraCOM) .

252. Em que pese a proposição da SeinfraCOM (parágrafo 318 da instrução à peça 139) , entendo que, previamente à adoção de qualquer medida a ser dirigida à Anatel, o assunto deva ser a ela submetido para esclarecimentos, em sede de **oitiva**.

253. Ainda na Subseção IV.3 de sua instrução (a partir do parágrafo 319) , a SeinfraCOM passou a abordar a necessidade de **compartilhamento da**

infraestrutura de rede das operadoras de maior porte, que assinarem TACs, com as operadoras menores.

254. Não deveria haver, portanto, no entendimento da unidade técnica, ‘feriado regulatório’ – *‘período de tempo em que a prestadora com participação dominante no mercado não será obrigada a compartilhar uma determinada infraestrutura’* (parágrafo 323 da instrução da SeinfraCOM) – em relação à infraestrutura construída em decorrência de TACs, nos moldes previstos pelo PGMC. Tal posicionamento é análogo ao externado pelo Mctic em relação à necessidade de compartilhamento da rede construída com os recursos oriundos do benefício financeiro que as prestadoras terão com a eventual futura migração de concessão para autorização (peça 118, p. 4-5) .

255. A SeinfraCOM não constatou, ainda, nenhuma previsão de compartilhamento de infraestrutura de rede nem no TAC da Telefônica, nem nos estudos que antecederam à aprovação do termo. O agravante, nesse caso, seria a possibilidade de os recursos de infraestrutura executados com os incentivos do TAC seguirem os parâmetros usuais de competição, com a incidência do feriado regulatório que postergaria a necessidade de compartilhamento.

256. De acordo com informações apresentadas pela Anatel em sua manifestação preliminar (peças 146 a 148) , o PGMC estaria em fase de revisão. Na opinião da agência reguladora:

‘A forma adequada de se determinar as condições do compartilhamento dessa infraestrutura não é por meio de cláusulas na minuta de cada TAC, como propõe a SeinfraCOM, mas a partir de uma análise adequada, a ser desenvolvida no processo que trata dessa questão, qual seja, o de revisão do PGMC.’ (peça 147, p. 120 – grifo nosso)

257. Ademais, considerando que não foi mencionada na instrução da SeinfraCOM a Lei 13.116/2015, cabe destacar alguns de seus aspectos de interesse para a presente discussão.

258. Nos termos do *caput* do art. 2º da referida norma legal, deve-se buscar a promoção e o fomento dos investimentos em infraestrutura de redes de telecomunicações, visando, entre outros objetivos, *‘ao incentivo ao compartilhamento de infraestrutura de redes de telecomunicações’* (inciso V do art. 2º da Lei 13.116/2015)

259. A lei em destaque também dispõe que **‘é obrigatório o compartilhamento da capacidade excedente da infraestrutura de suporte, exceto quando houver justificado motivo técnico’** (caput do art. 14 da Lei 13.116/2015 – grifo nosso) .

260. Reforça o entendimento sobre a regra de obrigatoriedade do compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações a seguinte disposição do Decreto 7.175/2010, que instituiu o extinto PNBL:

‘Art. 6º A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, de acordo com as competências estabelecidas pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, implementará e executará a regulação de serviços de telecomunicações e da **infraestrutura de rede de suporte de conexão à Internet em banda larga**, orientada pelas seguintes diretrizes:

(...)

IV - **obrigatoriedade do compartilhamento de infraestrutura;**

(...) ’ (grifos nossos)

261. Nota-se, portanto, que **o compartilhamento da infraestrutura de rede é a regra**, devendo a Anatel apresentar os esclarecimentos devidos, em sede de oitiva, sobre como serão previstos os compartilhamentos de infraestrutura de telecomunicações no âmbito de seus TACs, considerando as disposições da Lei 13.116/2015 e do Decreto 7.175/2010.

262. É oportuno, portanto, submeter a questão à Anatel, em sede de **oitiva**, acerca do tratamento a ser conferido à infraestrutura de rede erigida com recursos do TAC, em termos, por exemplo, de prazos e condições de compartilhamento.

‘V. IRREGULARIDADES E DEFICIÊNCIAS NO ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DOS TACS PELA ANATEL’

263. A partir do parágrafo 332 de seu relatório, a SeinfraCOM abordou a questão do **acompanhamento e fiscalização dos TACs pela Anatel**, inclusa a capacidade de a agência reguladora sancionar, tempestivamente, as operadoras, se for o caso. Não foram propostas determinações ou recomendações pela unidade técnica no presente tópico.

264. Como pressuposto geral, a unidade técnica destacou que a fiscalização e a previsão de sanções, no âmbito dos TACs, deveriam ser mais rigorosas do que nos procedimentos usuais da Anatel.

265. O cenário de dificuldades apontado no ‘*Relatório Anual 2016*’ da Anatel reconhece que não há meios suficientes para conferir robustez à atividade de fiscalização da agência reguladora:

‘A Lei do Fundo de Fiscalização de Telecomunicações (Fistel) dispõe que, além das transferências para o Tesouro Nacional e para o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) , **os recursos do Fistel serão aplicados pela Anatel, exclusivamente, na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País; na aquisição de material especializado necessário aos serviços de fiscalização; na fiscalização da elaboração e execução de planos e projetos referentes às telecomunicações;** e no atendimento de outras despesas correntes e de capital por ela realizadas no exercício de sua competência.

No entanto, infelizmente não é o que vem ocorrendo. Nos últimos anos, a dotação orçamentária recebida pela Anatel para o custeio de suas despesas (correntes e de capital) representou algo em torno de apenas 10% do montante arrecadado anualmente com o Fistel, sendo que o percentual restante vai para a conta do Tesouro Nacional.

Tal disparidade é agravada pelo fato de que as disposições previstas na Lei Orçamentária aprovada a cada ano, com base numa postura ilusória e custosa adotada pelo Poder Executivo, não obedecem à Lei do Fistel, **fato que coloca a regulação e fiscalização do setor de telecomunicações em risco.**’

(p. 10 do relatório – disponível em:

<<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=347175&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documento=347175.pdf>> – acesso em 3/8/2017 – grifos nossos)

266. Ressalto que a ineficiência da atividade fiscalizatória da Anatel já foi objeto, entre outras, de duas deliberações deste Tribunal, os Acórdãos 1.778/2004 e 2.333/2016, ambos do Plenário.

267. Nesse contexto e com a expectativa de menor arrecadação de multas para o

Fistel, caso a Anatel passe a assinar TACs com as operadoras de telecomunicações, que deixariam, assim, de recolher as multas para o referido fundo, há a necessidade de que as cláusulas do acordo e de seu manual de acompanhamento e fiscalização sejam formuladas pela Agência de tal modo que sua expectativa de cumprimento seja alta.

‘V.1. Fragilidades na valoração dos investimentos propostos pelas operadoras’

268. No parágrafo 341 e ss. do relatório da SeinfraCOM, dois assuntos foram objeto de análise:

- a) falta de correspondência entre os valores das ações para atendimento dos ajustes de conduta e os valores das multas que deram origem ao TAC;
- b) desconhecimento, por parte da Anatel, do planejamento de investimentos e análises financeiras das operadoras, com relação a ações para ajustar condutas e a projetos que deverão ser executados a título de compromissos adicionais.

269. A SeinfraCOM observou que o RTAC, *‘no tocante ao ajuste de conduta, não exige a correspondência entre o volume de multas trocadas pelo exato volume de recursos a serem investidos pelas empresas’* (parágrafo 347 do relatório da unidade técnica – grifo nosso) .

270. Na opinião da unidade instrutiva, a operadora já contaria, previamente à assinatura do TAC, com seu planejamento de investimentos e análises financeiras com relação aos montantes que deveriam ser por ela despendidos para executar ações para ajustar condutas, bem como para implementar projetos a título de compromissos adicionais.

271. De fato, a Anatel não poderia assinar um TAC sem conhecer, previamente, o plano de investimentos da operadora para a correção das condutas constantes do acordo, bem como para a execução dos compromissos adicionais. Sem essa informação, há o risco de a compromissória inserir no termo, como ação de ajuste de conduta ou, especialmente, como compromisso adicional, iniciativas que já seriam por ela executados no curto ou médio prazos mesmo sem a existência do TAC.

272. Nesse caso, a interpretação do art. 128 da LGT deve pesar em favor do interesse público, a ser resguardado pela Anatel, que terá a prerrogativa de solicitar

interesse público, a ser resguardado pela Anatel, que tem a prerrogativa de solicitar à operadora que pretende assinar um TAC o seu planejamento estratégico e financeiro relacionado a projetos que tiverem alguma conexão com as ações a serem desenvolvidas pela compromissária no âmbito do TAC.

‘V.2. Fragilidades na definição do procedimento de acompanhamento e fiscalização de todos os TACs pela Anatel’

273. A SeinfraCOM explorou, no parágrafo 354 e ss. de sua instrução, em especial, os problemas decorrentes da falta de conhecimento, por parte da Anatel, sobre o estado inicial/atual dos projetos e compromissos que constam do TAC e que serão assumidos pela operadora.

274. A unidade técnica destacou que a Anatel não possui informações sobre o *status* da maioria dos projetos e compromissos que serão assumidos pela Telefônica no âmbito do TAC. Assim, haveria o risco de parte ou a totalidade dos projetos e compromissos com previsão de constar no acordo já fazerem parte do planejamento de curto ou médio prazos da operadora.

275. Nessa linha de raciocínio, determinadas ações poderiam ser realizadas pela operadora mesmo sem a assinatura de TAC com a agência reguladora. No caso da Telefônica, algumas ações previstas no projeto de compromissos adicionais já foram executadas ou se encontram em execução, como no caso de redes de FTTH lançadas em 2017 nas cidades de Avaré, Campo Limpo Paulista, Cosmópolis, Hortolândia e Lençóis Paulista, todas no Estado de São Paulo, e Guarapari, no Estado do Espírito Santo, o que pode implicar inobservância do art. 3º do Ato Anatel 50.004/2016 (ver notícias no *site* da Telefônica: <<http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Noticia&cid=1386095947764&pagename=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNot>

– acesso em 27/7/2017; <<http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Noticia&cid=1386095953514&pagename=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNot>

– acesso em 3/8/2017; e <<http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Noticia&cid=1386095978213&pagename=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNoticia01>

c=Noticia&cid=

1386095978213&pagename=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNoticia01> – acesso em 8/9/2017) .

276. Em vista da falta de informações mais aprofundadas sobre o tópico, deve haver a **oitiva** da Anatel, para que sejam obtidos os devidos esclarecimentos.

‘V.3. Irregularidades no manual de fiscalização de todos os TACs pela Anatel

V.3.1. Exigência ilegal de contratação pelas operadoras de empresas terceirizadas para fiscalizarem o TAC’

277. O foco do tópico (parágrafo 384 e ss. da instrução da SeinfraCOM) foi a previsão de contratação de **empresas terceirizadas**, por parte das operadoras, para certificar dados e informações a serem prestadas à Anatel (vide item 5 do ‘Manual de Acompanhamento e Fiscalização do Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com a Telefônica S.A.’ – peça 126, p. 3-4) .

278. A SeinfraCOM entende que *‘não há justificativa razoável para que a agência delegue sua competência de fiscalizar as operadoras, uma vez que a própria Anatel já vem executando esse tipo de tarefa há mais de uma década’* (parágrafo 388 do relatório da SeinfraCOM) .

279. Para a unidade técnica, a contratação da ‘certificadora’ representaria **terceirização da atividade finalística da Anatel**, por abarcar competências da Superintendência de Fiscalização da agência reguladora, em desrespeito ao parágrafo único do art. 22 da LGT. Além disso, foi apontado o risco de manipulação dos dados a serem encaminhados à Agência e de acesso indevido de informações comerciais e concorrenciais das operadoras, inclusive sigilosas.

280. A SeinfraCOM acrescentou à sua inquietação quanto ao tema o seguinte questionamento: *‘ (...) surge razoável dúvida sobre qual seria o grau de independência dessa empresa fiscalizadora’* (parágrafo 395 do relatório da unidade técnica) . Mencionou, ainda, que experiência similar da Anatel na permissão de contratação de empresa terceirizada para realizar atividades de fiscalização não obteve o sucesso desejado. Trata-se do caso da Entidade Aferidora da Qualidade (EAQ) , empresa privada contratada pelas prestadoras para coletar os dados sobre o desempenho da banda larga e consolidar os resultados dos indicadores de todas elas (vide análise desse assunto no TC 023.133/2015-5, apreciado por meio do Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário) .

281. Há grande probabilidade de que o insucesso da EAQ seja repetido pela terceirizada cuja contratação está prevista no Manual Acompanhamento e Fiscalização do TAC da Telefônica, pelo fato de a Anatel não exercer, de modo adequado, sua fiscalização sobre as atividades exercidas por empresas

terceirizadas.

282. Por oportuno, transcrevo as palavras de Vossa Excelência sobre o tema, conforme constou do voto que fundamentou o Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário:

‘27. Também merecem destaque, neste grupo de achados, as constatações atinentes à Entidade Aferidora de Qualidade (EAQ) , entidade autônoma responsável por conduzir os processos de aferição da qualidade da banda larga, tanto móvel quanto fixa, prevista no art. 26 do Regulamento de Qualidade do SMP editado em 2011, a qual deveria ser contratada pelas operadoras. Ocorre que, por força do modelo implementado pela Anatel, parte de suas competências legais relativas à mensuração e ao cálculo dos indicadores foram repassadas para a EAQ, sem que se garantisse, contudo, a capacidade técnica e de infraestrutura da entidade. Somada a isso, verifica-se uma **frágil fiscalização da agência sobre o ente privado**, o que inviabiliza a esperada melhoria do nível de controle e da fidedignidade dos indicadores obtidos pela EAQ. Como consequência, tem-se a divulgação para a sociedade e a utilização pela Anatel de índices não confiáveis e não fidedignos, sem validade estatística, que apresentam uma visão incorreta da realidade da prestação dos serviços móveis no país e que, dessa forma, dificultam os processos de tomada de decisão sob as duas perspectivas, a do usuário e a do regulador.’ (grifo nosso)

283. Pode-se questionar se a Anatel, caso venha a ser retirada de seus TACs a previsão de contratação de terceirizada pela compromissária, para coletar informações e preparar relatórios sobre o cumprimento das metas previstas no TAC, teria condições de exercer a fiscalização do TAC de forma adequada.

284. Tendo em vista as considerações anteriores, o tópico sob exame deve ser submetido à **oitiva** da Anatel, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

‘V.3.2. Ausência de verificação prévia da Anatel sobre a situação inicial de cada projeto e investimento pactuado antes da assinatura de todos os TACs’

285. Ao retomar o assunto que havia sido objeto de discussões na Subseção V.2 de sua instrução, a SeinfraCOM, a partir do parágrafo 400 do relatório à peça 139, ressaltou a falta de verificação prévia sobre o *status* de cada projeto e investimento antes de o TAC ser assinado, com tal incumbência recaindo sobre a empresa

terceirizada a ser contratada pela compromissária (no caso do TAC da Oi) .

286. Embora não tenha sido verificado, no manual correspondente da Telefônica, disposição sobre a terceirizada ter o dever de coletar dados sobre projetos já implementados pela compromissária, a unidade técnica sugeriu a realização de

audiência dos conselheiros da Anatel sobre o desconhecimento do quadro geral de projetos e investimentos a serem pactuados, antes da assinatura de TACs.

287. Não se sabe, em especial, se a empresa terceirizada teria a responsabilidade de fazer o levantamento do *status* inicial de cada projeto ou investimento – prática que pode contrariar o parágrafo único do art. 22 da Lei 9.472/1997 –, visto que essa atribuição somente consta, de modo expresso, no Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC da Oi (assunto a ser avaliado no âmbito do TC 033.413/2015-0)

288. Cabe esclarecer, especialmente no caso do acordo aprovado em relação à Telefônica, como a Anatel obterá informações sobre a situação atualizada dos compromissos previstos nos acordos. Assim, faz-se necessário obter os esclarecimentos em sede de **oitiva** junto à Anatel.

‘V.3.3. Irregularidades na atribuição de competências para acompanhar e fiscalizar todos os TACs no âmbito da área técnica da Anatel’

289. O foco do tópico (parágrafo 408 e ss. do relatório da SeinfraCOM) foi o *‘escritório de governança da Anatel’*, indicado no item 4 do Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC da Telefônica (peça 126, p. 2-3) , com previsão, também, no manual correspondente ao TAC da Oi (peça 97, p. 6) .

290. De acordo com a Cláusula 4.1 do Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC da Telefônica:

*‘O Escritório de Governança da Anatel será constituído mediante Portaria específica e será composto pelo Superintendente de Controle de Obrigações, Superintendente de Fiscalização e representantes por estes indicados, para **coordenação centralizada das ações referentes ao acompanhamento e controle da execução deste TAC**’.* (grifo nosso)

291. Aparentemente, a criação do escritório de governança pode vir a afastar as competências da Superintendência de Controle de Obrigações e da

Superintendência de Fiscalização, pois não restou claro se o escritório servirá, apenas, para organizar o acompanhamento e o controle da execução do TAC. Há o risco, portanto, de estar sendo criada instância nova e estranha à estrutura regimental da Anatel, que suplantaria, na opinião da SeinfraCOM, as competências das superintendências mencionadas.

292. Há necessidade, portanto, da obtenção dos devidos esclarecimentos por parte da agência reguladora, via **oitiva**, a fim de esclarecer o papel que caberia ao escritório de governança e quais seriam seus reflexos nas competências da Superintendência de Controle de Obrigações e da Superintendência de Fiscalização da Anatel.

‘V.3.4. Ilegalidades no procedimento de elaboração do manual de fiscalização dos TACs pela Anatel’

293. O foco do tópico (parágrafo 415 e ss. do relatório da SeinfraCOM) foi o fato de não ter sido aprovado um manual de acompanhamento e fiscalização (MAF) único e geral para todos os TACs da Anatel, mas um manual específico para o acordo a ser firmado com cada operadora. Desse modo, na opinião da unidade técnica, poderia haver inconsistências e contradições entre os diferentes manuais.

294. Para a SeinfraCOM, o fato de o manual de acompanhamento e fiscalização ser elaborado no âmbito de cada TAC, discutido apenas entre a Anatel e a operadora que assinará o acordo, traz prejuízos à transparência, à isonomia e à oportunidade de contraditório por parte de outras operadoras. Além disso, não haveria *‘qualquer garantia de consistência entre as disposições previstas nos manuais do TAC de cada operadora’* (parágrafo 418 do relatório da SeinfraCOM – grifo nosso) .

295. Nesse sentido, cabe ressaltar o seguinte trecho do relatório da SeinfraCOM: ***‘429. Como relatado, a versão aprovada do manual do TAC da Telefônica difere substancialmente da minuta em discussão no caso da Oi e não há qualquer indicativo quanto aos dispositivos que serão propostos para as minutas das prestadoras Claro, Tim e Algar, (...) .’*** (grifo do original) .

296. Além disso, em cada TAC, somente a operadora envolvida opina sobre a minuta de manual de acompanhamento e fiscalização, antes de sua aprovação. **Destaco que também não houve manifestação da PFE/Anatel sobre as minutas de manuais de acompanhamento e fiscalização dos TACs da Oi e da Telefônica**, o que representa infringência ao § 2º do art. 9º do RTAC.

297. Na manifestação preliminar apresentada pela Anatel, a agência esclareceu do seguinte modo sua opção por elaborar manuais de acompanhamento e fiscalização específicos para o TAC de cada operadora:

‘Diante das especificidades de cada um dos TAC a serem celebrados (distinções entre compromissos de ajustamento de conduta e, sobretudo, entre compromissos adicionais) , o Conselho Diretor da Agência entendeu por bem que cada instrumento contivesse MAF próprio. Dentre esses, repise-se, foi aprovado em última instância, até o presente momento, apenas o relativo ao TAC-Telefônica.’ (peça 147, p. 142 – grifo nosso)

298. Desse modo, considerando a necessidade de ser esclarecida a referida opção da Anatel, entendo pertinente que seja promovida a **oitiva** da entidade, para que se manifeste sobre os seguintes aspectos, entre outros:

- a) a opção por fazer manuais de acompanhamento e fiscalização específicos para o TAC de cada operadora, o que pode gerar inconsistências e contradições entre os diferentes manuais;
- b) a não participação da PFE/Anatel nos manuais minutados e aprovados até o momento.

‘VI. IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO DE DECLARAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO TAC E NA EXECUÇÃO DAS MULTAS E DO VALOR DE REFERÊNCIA DO TAC

VI.1. Fragilidades na definição do Valor de Referência de todos os TACs’

299. O foco do tópico (parágrafo 435 e ss. da instrução da SeinfraCOM) foi a forma de cálculo e distribuição do VR nos TACs da Anatel.

300. Após proceder a uma avaliação geral sobre a forma como a Anatel decidiu distribuir o VR em seus TACs, a unidade técnica criticou o fato de o VR corresponder apenas ao valor das multas estimadas e aplicadas incluídas no TAC, sem considerar a parcela a ser investida nos compromissos adicionais.

301. Visto que essa previsão do RTAC tem o potencial de prejudicar, no entendimento da SeinfraCOM, *‘a efetividade do TAC e representa[r] um risco e possível incentivo ao descumprimento do acordo, visto que reduz [o] rigor das multas a serem aplicadas às operadoras em caso de descumprimento’* (parágrafo

multas a serem aplicadas as operadoras em caso de descumprimento (parágrafo 441 da instrução à peça 139) , há a necessidade de o assunto ser objeto de esclarecimentos por parte da Anatel, via **oitiva**.

‘VI.2. Definição de índice ilegal de atualização do Valor de Referência de todos os TACs durante sua vigência’

302. O foco do tópico (parágrafo 465 e ss. do relatório da SeinfraCOM) foi o índice de atualização monetária do VR do TAC.

303. No TAC da Telefônica, foi aprovada a utilização do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas) para atualização do valor do VR, enquanto a SeinfraCOM defendeu a utilização da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) .

304. A unidade técnica destacou que *‘permitir a **atualização do VR do TAC pelo IGP-DI** é uma evidente afronta à legislação vigente, que é taxativa em estabelecer a **Selic** como única taxa passível de ser aplicada para atualizar créditos de autarquias como a Anatel’* (parágrafo 469 da instrução – grifos nossos) .

305. De acordo com esclarecimentos apresentados no *site* do Banco Central do Brasil, a Selic, *‘como todas as taxas de juros nominais, (...) pode ser decomposta ‘ex post’, em duas parcelas: **taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado.***’ (disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/selic/selicdescricao.asp>> – acesso em 11/7/2017 – grifo nosso) .

306. Cabe ressaltar que, nos termos do inciso IV do art. 26 do RTAC, as multas diárias, cuja base de cálculo é a fração do VR atribuído ao item do cronograma de metas e condições dos compromissos que for descumprido, são atualizadas pela Selic. Como tais multas diárias têm a mora na execução como seu fundamento, não há qualquer impedimento na utilização da Selic.

307. A questão a ser dirimida refere-se a saber a partir de qual momento o VR deve considerar a incidência de juros, além da atualização monetária de seu valor.

308. Uma possível solução para o caso é a atualização do VR pelo IGP-DI ou pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) enquanto o TAC estiver em andamento e, caso descumprido (arts. 28, 29 e 31 do RTAC) – o que implica **mora**

–, atualização pela Selic, a contar:

a) da data de emissão do Certificado de Descumprimento (art. 31 do RTAC) , para o valor correspondente às multas estimadas;

b) da data da imposição original da multa pela superintendência competente, no caso das multas aplicadas.

309. No caso de inadimplemento de obrigação específica prevista no TAC (art. 30 do RTAC) , poderia ser promovida apenas a atualização monetária do respectivo VR – pelo IGP-DI ou pelo IPCA –, para fins de aplicação de multa.

310. Como a multa diária incidente sobre a obrigação descumprida – calculada sobre a fração do VR dessa obrigação – terá, nos termos do inciso IV do art. 26 do RTA, incidência de juros de mora, tendo em conta que o referido dispositivo prevê a correção pela Selic. Nessa situação, restaria caracterizado, ao que me parece, *bis in idem*, caso incida sobre a multa prevista na parte inicial do art. 30 do RTAC (*‘multa correspondente ao Valor de Referência a ela atribuído’*) a aplicação de juros.

311. Como ainda resta polêmica sobre o tópico em discussão, o assunto deve ser levado à consideração da Anatel em sede de **oitiva**.

‘VI.3. Fragilidades na definição e no cálculo das multas diárias de descumprimento de itens de todos os TACs’

312. Os focos do tópico (parágrafo 475 e ss. do relatório da SeinfraCOM) foram a definição e a forma de cálculo das multas diárias no âmbito dos TACs (art. 26 do RTAC) . Para a SeinfraCOM, a Anatel ***‘optou por adotar como teto das multas diárias para todos os compromissos exatamente o valor mínimo estabelecido pelo regulamento, dando um desconto máximo para as operadoras’*** (parágrafo 478 do relatório da unidade técnica – grifos nossos e do original) . Não houve, portanto, no entendimento da unidade instrutiva, diferenciação, pela Anatel, do teto aplicável a cada compromisso de acordo com a sua importância e relevância para a sociedade.

313. A celeuma tem relação, entre outros aspectos, com a redação que foi conferida ao inciso II do art. 26 do RTAC, *in verbis*:

‘Art. 26. A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos

compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:

(...)

II - terá como **teto** o equivalente a, **no mínimo**, 2 (duas) vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido;

(...) ' (grifos nossos)

314. O mencionado inciso II pode conferir diferentes interpretações quanto a ter como propósito a fixação de valor máximo da multa diária ('*teto*') ou de valor '*mínimo*' (piso) dessa espécie dessa sanção. De acordo com o Parecer nº 00268/2016/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 20/4/2016 (peça 1, p. 16) , '*trata-se, portanto, de piso, e não de teto.*' (grifo nosso) .

315. Como há a possibilidade de haver distintas e antagônicas interpretações sobre o mesmo dispositivo do RTAC, a Anatel deverá esclarecer ao Tribunal, via **oitiva**, se o inciso II do art. 26 do RTAC se refere ao teto (valor máximo) ou ao piso (valor mínimo) da multa diária que deve ser aplicada à operadora que incidir em mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos.

316. Ainda na Subseção VI.3 de sua instrução, a SeinfraCOM passou a apresentar, a partir do parágrafo 483 do relatório, questionamentos quanto ao prazo de atingimento do valor máximo da multa diária (sem indicar proposta de determinação/recomendação específica sobre o tópico) e à falta de clareza na redação do seguinte dispositivo do RTAC (segmento grifado abaixo) :

'Art. 26 - A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:

I - a multa incidirá desde o dia seguinte ao do inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, **até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor, o que ocorrer primeiro;**

(...) (grifos nossos) '

317. Deve ser promovida a **oitiva** da Anatel, para que esclareça, entre outros

317. Deve ser promovida a **oitiva** da Anatel, para que esclareça, entre outros aspectos que julgar pertinentes, o alcance e a interpretação do comando do inciso I do art. 26 do RTAC, especificamente sobre os requisitos e critérios a serem respeitados e exigidos em relação à *'primeira decisão do Conselho Diretor'*, mencionada no citado dispositivo regulamentar.

318. No parágrafo 492 e ss. de sua instrução, a SeinfraCOM considerou a possibilidade de que nunca seja atingido o valor máximo da multa diária para uma meta específica do TAC que for descumprida, *'devido aos longos prazos de até quatro anos e meio até a penalização máxima'* (parágrafo 495 do relatório da unidade técnica) . A SeinfraCOM entende que há *'evidências de ineficiência da multa diária como meio para assegurar o interesse público'* e *'possibilidade de baixa efetividade das multas diárias a serem aplicadas às operadoras'* (parágrafos 494 e 495 do relatório da unidade técnica, respectivamente) .

319. Como o assunto em debate ainda demanda esclarecimentos, face à pertinência dos argumentos da SeinfraCOM, entendo pertinente que seja o assunto submetido ao devido esclarecimento da Agência, via **oitiva**.

'VI.4. Fragilidades no procedimento administrativo de declaração de descumprimento de todos os TACs'

320. A falta de definição clara sobre qual seria o marco temporal para que cada obrigação prevista no TAC fosse cumprida foi o foco da análise da SeinfraCOM no parágrafo 496 e ss. de sua instrução. Na opinião da unidade técnica, *' (...) a minuta do TAC não estabelece em que momento será avaliado de forma definitiva o cumprimento de uma obrigação'* (parágrafo 498 do relatório da unidade técnica) .

321. Em outro trecho de seu relatório (parágrafo 507) , a SeinfraCOM observou que não está previsto *'marco temporal de declaração de descumprimento para cada compromisso, sendo avaliado definitivamente somente ao final do TAC'* .

322. O art. 29 do RTAC, a seguir transcrito, pode conferir o entendimento de que é possível a declaração de descumprimento de obrigações específicas mesmo antes do fim da vigência do TAC:

*'Art. 29. Ocorrendo atraso ou **descumprimento de obrigações** correspondentes a mais de 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC, a Anatel declarará seu descumprimento integral mesmo durante o seu período de vigência.'*
(grifos nossos)

323. Além disso, o *caput* do art. 25 do RTAC demonstra a preocupação com a identificação do descumprimento de itens do cronograma durante o prazo de execução do TAC, ao prever multas diárias, *in verbis*:

‘Art. 25. Constatados indícios de descumprimento a item do cronograma de metas e condições dos compromissos, a Compromissária será intimada a apresentar alegações no prazo de 15 (quinze) dias, cabendo à Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) a análise das razões apresentadas e a proposta de aplicação de multa diária pelo Conselho Diretor.’

324. Como não está claro se os itens do RTAC aos quais me referi afastam, por completo, as preocupações da SeinfraCOM, consignadas na Subseção VI.4 de sua instrução, faz-se necessário ouvir a Anatel em **oitiva**.

325. Ainda na referida subseção do relatório da SeinfraCOM, foi avaliado o trâmite dos processos de acompanhamento dos TACs, especialmente em relação aos prazos envolvidos (parágrafo 509 e ss. da instrução) . A unidade técnica entende que a apuração de eventuais descumprimentos de obrigações previstas no acordo estaria sujeita aos longos e usuais prazos dos processos administrativos da Anatel, o que não se coadunaria com o espírito de celeridade para a cobrança dos valores devidos, inerente aos TACs.

326. Como o assunto ainda demanda esclarecimentos, deve ser dada à Anatel a oportunidade de se pronunciar em sede de **oitiva**, até mesmo para que demonstre de que forma serão priorizados os processos administrativos de acompanhamento e fiscalização do cumprimento das metas e obrigações pactuadas nos TACs.

‘VI.5. Fragilidades devido ao arquivamento dos processos sancionatórios após a assinatura de todos os TACs’

327. O arquivamento, e não a suspensão, dos processos administrativos (sancionatórios ou não) que foram incluídos no TAC foi o objeto de análise da SeinfraCOM no parágrafo 516 e ss. de sua instrução. A unidade técnica levantou questionamentos quanto ao fato de os processos administrativos incluídos na negociação do TAC serem arquivados após a assinatura do acordo.

328. Considerando que enfrentei o tema mencionado em trecho anterior deste parecer, com indícios de infringência aos incisos VI, IX e XI do art. 19 e aos arts. 82,

137 e 173 da Lei 9.472/1997, bem como ao inciso II do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999, o que motivou proposta de **oitiva** da Anatel adiante detalhada, deixo de tecer comentários adicionais sobre o assunto.

‘VII. IRREGULARIDADES E DANO AO ERÁRIO DE PELO MENOS R\$ 137,7 MILHÕES NOS DISPOSITIVOS DA MINUTA DE TAC DA OPERADORA TELEFÔNICA

VII.1. Irregularidades nas metas e nos projetos referentes à correção das condutas infringidas pela Telefônica entre 2002 e 2016’

329. Nos parágrafos 522 e 523 de sua instrução, a SeinfraCOM fez, inicialmente, um resumo dos investimentos e projetos a serem implementados no TAC a título de correções de condutas pela Telefônica e, em seguida, indicou a presença de *‘fragilidades, inconsistências e irregularidades’* que inviabilizariam a assinatura do TAC com essa operadora, nos termos em que foi aprovado pela Anatel em outubro de 2016 (parágrafo 523 do relatório da unidade técnica) .

‘VII.1.1. Ações de correção de conduta que infringem leis e regulamentos vigentes’

330. O foco do tópico (parágrafo 524 e ss. do relatório da SeinfraCOM) foram as possíveis ilegalidades e descumprimentos de regulamentos da Anatel nas ações atinentes a correções de conduta presentes no TAC da Telefônica.

331. A SeinfraCOM apontou que determinadas ações relacionadas a correções de conduta do TAC da Telefônica infringem o RTAC, o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) , aprovado pela Resolução Anatel 632/2014, e as Leis 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e 10.703/2003. No caso dessa última lei, a SeinfraCOM argumentou que, em um dos projetos da Telefônica, foi mencionada a simplificação de cadastro, por meio da qual seria exigido apenas o número do CPF do interessado, sem a exigência, prevista em lei, do nome e do endereço completos.

332. Quanto aos ressarcimentos dos usuários, nos casos de interrupções e cobranças indevidas, a SeinfraCOM alegou que a minuta do TAC prevê tais devoluções por meio de crédito de valores ao Fundo de Direitos Difusos (FDD) , enquanto o correto seria, nos termos do art. 89 do RGC, que tal procedimento somente fosse efetivado após frustrada a tentativa de localização do usuário de

telefonia.

333. Como ainda carecem de esclarecimentos os temas relativos à suposta inobservância da Lei 10.703/2003 e ao ressarcimento dos usuários prejudicados por interrupções e cobranças indevidas, entendo que o assunto ainda deva ser, conforme proponho adiante, objeto de **oitiva** da Anatel.

‘VII.1.2. Alterações em obrigações previstas em editais de licitações’

334. No parágrafo 532 e ss. de sua instrução, a SeinfraCOM abordou o não cumprimento de obrigações de cobertura impostas pelo edital de licitação de frequências Anatel 2/2010/PVCP/SPV, no qual a Telefônica arrematou lotes de 900 MHz.

335. O tópico avaliou, em especial, a troca da garantia de execução do compromisso atinente à referida licitação – oferta do serviço de telefonia móvel operando na faixa de frequência de 900 MHz em 141 municípios – por compromissos previstos no TAC da Telefônica, em valor proporcional àquele que seria necessário para cumprir as obrigações.

336. A SeinfraCOM esclareceu do seguinte modo o que seria a garantia de execução dos compromissos de abrangência previstos no edital de licitação de frequências Anatel 2/2010/PVCP/ SPV:

‘ (...) a garantia de execução dos compromissos de abrangência destina-se a assegurar que, caso a licitante vencedora não cumpra os compromissos de investimentos e de prestação do serviço de telecomunicações nas condições previstas no respectivo edital de licitação, a Anatel possa resgatar esse valor financeiro celeremente, além de aplicar demais sanções devidas em outro processo administrativo.’ (parágrafo 534 do relatório da unidade técnica – grifos nossos) .

337. Sobre o caso concreto, a unidade técnica observou:

‘ (...) **a Telefônica não cumpriu tal obrigação editalícia de 2010**, alegando que tais cidades já são atendidas com tecnologias 3G e 4G em outras faixas de frequência. Na minuta do TAC, foi pactuado que a operadora atenderá outros 152 municípios, cobrindo no mínimo 20% da área urbana do respectivo distrito sede com tecnologia 4G, e devolverá a faixa de 900 MHz para a Anatel. Em troca, a agência estabeleceu que devolverá à prestadora a garantia de execução dos compromissos de

abrangência, assegurada desde a licitação em 2010, **após a assinatura do TAC (...)** .’ (parágrafo 535 do relatório da unidade técnica – grifos nossos)

338. Além disso, a SeinfraCOM destacou que foram incluídos no TAC da Telefônica *‘tanto a multa de descumprimento quanto a garantia de execução dos compromissos’* (parágrafo 540 do relatório da unidade técnica) . Também foi explorada pela unidade técnica, nos parágrafos 543 e 544 de sua instrução, a ampliação de prazos de cumprimento de obrigações previstas nos editais de licitação 2/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel, via inclusão de compromissos no TAC da Telefônica, sem a respectiva execução da garantia editalícia ou aplicação de sanção.

339. Sobre o tópico sob exame, surge dúvida relacionada aos motivos que levaram a Anatel a não executar, tempestivamente, as garantias *‘quando constatou que a prestadora não tinha interesse em cumprir nenhuma das obrigações do edital’* (parágrafo 539 do relatório da SeinfraCOM) .

340. Teria havido, assim, segundo a SeinfraCOM, benefício financeiro indevido à Telefônica, *‘já que os investimentos associados aos compromissos editalícios foram descontados do cálculo do preço mínimo do lote arrematado pela Telefônica na respectiva licitação’* (parágrafo 541 do relatório da unidade técnica) .

341. Outro aspecto do presente tópico que merece mais esclarecimentos refere-se à não declaração da caducidade da autorização, visto que a Telefônica não cumpriu os compromissos assumidos na licitação (exemplo: item 10.12 do edital Anatel 2/2010/PVCP/SPV – peça 108, p. 25) .

342. Além dos editais de licitação que mencionei, na manifestação preliminar da Anatel foram indicados outros dois editais que também tiveram seus respectivos PADOs incluídos no TAC da Telefônica: 001/2007/SPV e 004/2012/SPV-Anatel (peça 147, p. 183) .

343. Considerando que o presente tópico cuida, primariamente, do descumprimento, por parte da Telefônica, de compromissos previstos em editais de licitação e levando-se em conta que as conclusões sobre a questão podem indicar o descumprimento da Lei de Licitações, com eventual prejuízo a interesses de terceiros (outros licitantes) , sugiro que a possível irregularidade atinente à troca de garantia de execução dos compromissos de abrangência por compromissos a serem inseridos no acordo com a referida operadora seja tratada em processo

serem inseridos no acordo com a referida operadora seja tratada em **processo apartado**.

344. Assim, antes de serem dirigidas à Anatel as determinações propostas no parágrafo 545 da instrução da SeinfraCOM, sugiro o aprofundamento dos exames

quanto à referida suposta irregularidade, o que implica, no momento, a impossibilidade de que sejam efetivadas as audiências indicadas no parágrafo 546 da referida instrução, sem prejuízo de que tal providência seja levada a efeito, se for o caso, no processo apartado que vier a ser autuado pela SeinfraCOM, assim como as demais medidas processuais que se mostrarem necessárias.

345. Por se tratar o referido apartado de processo que tem relação com esta representação, deverá a SeinfraCOM, no momento oportuno, apontar, se houver, os possíveis reflexos das questões que envolvem os Editais de Licitação 001/2007/SPV, 2/2007-SPV, 2/2010/PVCP/SPV, 2/2012/PVCP/SPV e 004/2012/SPV no TAC da Telefônica.

‘VII.1.3. Projetos genéricos e/ou incompletos para a correção das condutas irregulares’

346. O foco do tópico (parágrafo 547 e ss. da instrução da unidade técnica) foram as falhas e irregularidades nos investimentos e projetos a serem implementados pela Telefônica a título de correção das condutas irregulares. De modo específico, a SeinfraCOM identificou os seguintes problemas nos projetos previstos de serem implementados a título de correção de condutas no TAC da Telefônica:

- a) partes intrínsecas de um mesmo projeto de instalação de infraestrutura de telecomunicações foram consideradas como se fossem três projetos distintos;
- b) falta de nexo de causalidade entre as cidades a serem beneficiadas pelos projetos e os descumprimentos dos indicadores de qualidade que causaram as multas incluídas no TAC;
- c) possibilidade de livre substituição de cidades a serem beneficiadas ao longo do TAC, com prejuízos à transparência do termo e ao acompanhamento a ser realizado pela Anatel;
- d) formulação genérica de investimentos e projetos;
- e) existência de compromissos que atendem parcialmente às condutas a serem

e) existência de compromissos que atendem parcialmente as condutas a serem regularizadas, mas não abrangem outras condutas irregulares que constam dos PADOs admitidos no TAC.

347. Quanto às letras 'b' e 'c' supra, a SeinfraCOM destacou que não haverá como

garantir que ' (...) tais municípios já não constavam do próprio planejamento da operadora ou que haverá, de fato, um atendimento de regiões que precisam mais da ampliação de qualidade e cobertura da telefonia móvel' (parágrafo 550 do relatório da unidade técnica) .

348. Embora seja pertinente a proposta de recomendação apresentada no parágrafo 555 da instrução da unidade técnica, que pode vir a ser dirigida à Anatel, se for o caso, no momento processual oportuno, entendo salutar que o assunto seja, previamente, submetido à **oitava** da Agência.

'VII.1.4. Prazos de cumprimento do TAC incompatíveis com outros regulamentos e com a legislação vigente'

349. Nos parágrafos 556 a 559 de sua instrução, a SeinfraCOM avaliou os prazos de cumprimento dos projetos previstos no TAC da Telefônica que conflitariam com prazos regulamentares da Anatel ou com aqueles indicados em negociações já mantidas entre a operadora e a agência reguladora, a saber:

- a) criação de setor de ouvidoria;
- b) conclusão da migração dos dados e das informações de todos os usuários da telefonia fixa e da móvel, exceto pré-pago, da Telefônica para uma base única, consolidando com os clientes da extinta GVT;
- c) migração somente dos dados dos usuários de telefonia móvel pós-pago e plano controle para a nova plataforma da Telefônica;
- d) verificação para aferir se a plataforma de usuários da Telefônica é capaz de cumprir diversos requisitos para garantir a redução de problemas de faturamento e cobrança;
- e) implantação do envio de protocolo de atendimento por SMS;
- f) implementação de sistema que permita atendimento ao usuário por meio de *chat* e outras funcionalidades *online*;

g) compromisso de não prestação de serviços de telecomunicações de forma clandestina, sem as devidas autorizações da Anatel, além da realização de seminários e apresentações sobre temas correlatos.

350. Como os assuntos mencionados nas letras 'a' a 'g' do parágrafo precedente são diversos e como seus prazos de cumprimento, previstos no TAC da Telefônica, são diferenciados – alguns com previsão de atendimento em até seis meses da assinatura do TAC e outros somente no último ano de vigência do acordo, por exemplo –, entendo que o assunto deva ser submetido à **oitiva** da agência reguladora para a obtenção de maiores esclarecimentos.

351. Ainda na Subseção VII.1.4 de sua instrução, a SeinfraCOM, nos parágrafos 560 a 562 do relatório, analisou a ativação de estações do SCM em desacordo com a regulamentação da Anatel. No entendimento da unidade instrutiva, o texto do TAC abriria espaço para que a Telefônica ativasse, durante o primeiro ano de vigência do termo, estações do SCM com inobservância da regulamentação sobre licenciamento estabelecida pela Agência.

352. Para obtenção de mais subsídios para analisar a questão, entendo pertinente submeter o tópico, preliminarmente, à **oitiva** da Anatel.

353. A Subseção VII.1.4 passou a tratar, entre os parágrafos 564 a 570 da instrução da unidade técnica, da avaliação do grau de atendimento, ao longo do tempo, das demandas de fiscalização da Anatel pela Telefônica.

354. A SeinfraCOM observou que a Telefônica, em vista do que preveem os arts. 96 e 127 da LGT, não poderia cumprir, conforme previsto na minuta do TAC, apenas gradual e parcialmente as demandas de fiscalização da Anatel. A unidade técnica destacou que: *'tal atitude é **ilegal** e cria uma diferença irregular de tratamento entre as prestadoras de serviços de telecomunicações e a agência, posto que somente a Telefônica terá a permissão da Anatel para descumprir solicitações de fiscalizações pelos próximos três anos sem a aplicação de sanções'* (parágrafo 569 do relatório – grifos nossos) .

355. Entendo que o assunto ainda demanda esclarecimentos por parte da Anatel, razão pela qual sugiro seja promovida a **oitiva** da entidade.

356. O derradeiro tema objeto de análise na Subseção VII.1.4 da instrução da

SeinfraCOM foram os problemas identificados na forma estabelecida de redução do indicador de reclamações na Anatel (IRA) , que mensura a quantidade de reclamações de usuários registradas contra a operadora somente no âmbito da agência reguladora.

357. A SeinfraCOM destacou que não foram apresentadas justificativas para a redução do IRA no TAC da Telefônica, de 0,85 para 0,70 como meta final (a ser aferida no segundo semestre do quarto ano de vigência do acordo) , além da ausência da definição de etapas graduais e intermediárias de redução do indicador ao longo de todo o período de vigência do TAC.

358. A unidade técnica também apontou falta de definição normativa do que seriam os '*clientes contumazes*', em vista da seguinte proposta apresentada pela Telefônica à Anatel: '*Para fins de cálculo da meta do IRA, deverá ser desconsiderado do cômputo do indicador as reclamações realizadas e registradas por **clientes contumazes** no FOCUS da Anatel*' (peça 93, p. 72 – grifos nossos) .

359. Sobre a proposta de desconsideração das reclamações feitas por '*clientes contumazes*', cabe esclarecer, mesmo sem uma definição normativa da Anatel, que esses usuários dos serviços de telecomunicações seriam aqueles que abrem reclamações junto à Anatel, mais de uma vez, sobre os mesmos problemas, em vista de as situações que originaram as reclamações não terem sido resolvidas pelas operadoras.

360. Embora sejam pertinentes as medidas indicadas no parágrafo 579 da instrução da SeinfraCOM, entendo salutar, em respeito ao princípio do contraditório, que seja aberta a possibilidade de a Anatel se manifestar sobre o assunto em sede de **oitiva**.

'VII.2. Irregularidades e fragilidades no cálculo do valor de referência do TAC da empresa Telefônica e na divisão das multas aplicáveis por descumprimento pela Anatel

VII.2.1. Ausência de todas as informações necessárias ao definir o valor de referência do TAC'

361. No parágrafo 581 e ss. de sua instrução, a SeinfraCOM discutiu, de modo específico, a forma de cálculo e as condições definidas pela Anatel para estabelecer o VR do TAC da Telefônica e, em termos gerais, em quaisquer TACs que, eventualmente, vierem a ser firmados pela Agência com operadoras de

telecomunicações.

362. A SeinfraCOM questionou a distribuição do montante do VR entre os compromissos estabelecidos nos TACs. No caso concreto do TAC da Telefônica, a unidade técnica apontou que o CD da Anatel aprovou a minuta do TAC sem ter completo conhecimento de todas as informações para a tomada de tal decisão.

363. Como exemplos de lacunas de informação foram mencionadas a **ausência de conhecimento de todos os processos a serem considerados no TAC e**, conseqüentemente, do correspondente VR, bem como dos dados dos compromissos a serem estabelecidos, incluindo a situação atual de cada critério definidor das ações a serem executadas.

364. Acerca do aspecto destacado no parágrafo precedente, foi mencionado que o CD da Anatel decidiu incluir no TAC da Telefônica 29 processos administrativos após a aprovação da minuta do termo. Além disso, constou do Acórdão Anatel 422/2016 dispositivo que autorizou a admissão, de ofício, de *‘todos os processos atualmente em trâmite que apurem, no todo ou em parte, as mesmas condutas incluídas nos processos tratados na referida Análise’* (peça 95, p. 2) .

365. A consequência da admissão desses processos administrativos no TAC da Telefônica foi a seguinte, na percepção da SeinfraCOM:

‘ (...) o CD admitiu o aumento do VR sem que fossem definidos os compromissos atrelados a ele, sem que fosse avaliada a viabilidade técnica e operacional de execução dessas ações junto à prestadora e sem reajustar o VR e a sua distribuição entre os demais projetos previstos no TAC, inclusive nos compromissos adicionais.’ (parágrafo 589 do relatório da unidade técnica – grifo nosso)

366. Cabe destacar, neste tópico, a opção da Anatel de incluir, de ofício, processos administrativos no TAC da Telefônica mesmo após ter ocorrido a aprovação do termo, por meio do Acórdão Anatel 422/2016, procedimento que alterou significativamente o VR do TAC, **‘em um acréscimo de um montante que nem a própria Anatel pôde prever’** (parágrafo 587 do relatório da SeinfraCOM – grifo do original) .

367. Ao alterar o VR do TAC, considerando que o valor no momento da aprovação será, certamente, diferente daquele que constará do acordo quando da assinatura de seu termo, percebe-se, desde já, que as condições do TAC deverão ser

reanalisadas pela área técnica da Anatel e pela PFE, especialmente em relação ao impacto da mudança do VR na representatividade percentual do montante dos compromissos adicionais (25%, no momento da aprovação do TAC) .

368. Quanto ao conhecimento da Anatel sobre a situação de cada um dos projetos apresentados pela Telefônica, a SeinfraCOM afirmou que a agência somente teria conhecimento dessa informação *'após a assinatura do termo com a compromissária e, ainda sim, de forma declaratória pela empresa'* (parágrafo 592 do relatório – grifo nosso) .

369. Ocorre que, no despacho ordinatório que se seguiu ao Acórdão Anatel 422/2016, foi determinado pelo CD da Agência à Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) e à Superintendência de Fiscalização (SFI) que adotassem as seguintes providências, **antes** da futura assinatura do TAC: *'b.i) realizar procedimentos **prévios** à celebração do TAC para identificação do status inicial ou situação atual de cada um dos projetos apresentados pela compromissária;'* (peça 95, p. 4 – grifos nossos) .

370. O teor do trecho transcrito no parágrafo precedente, uma vez confirmado, oportunamente, pela Agência (resposta à oitiva) , pode, eventualmente, minimizar a preocupação da unidade técnica, com relação à suposta assimetria de informações em desfavor da Anatel, mencionada no parágrafo 593 do relatório da SeinfraCOM, acerca do desconhecimento da Agência sobre *'dados essenciais para o conhecimento da situação atual da rede da operadora e para o acompanhamento das metas somente após o TAC estar assinado e em vigor'* .

371. Considerando a necessidade de serem obtidos mais esclarecimentos junto à Anatel sobre o tópico em discussão, sugiro a realização de **oitiva** da entidade.

372. Outro tema tratado na Subseção VII.2.1 da instrução da SeinfraCOM, relacionado ao excerto grifado no parágrafo precedente, foi a possibilidade de alteração de localidades a serem atendidas ao longo da execução do TAC. Foi apontada pela unidade técnica deste Tribunal a existência de cláusulas no TAC da Telefônica permitindo que a operadora *'substitua qualquer município, ou conjunto de municípios, listado por outros, desde que a quantidade permaneça a mesma, não importando as demais características da região a ser atendida'* (parágrafo 596 do relatório) .

373. A possibilidade de mudança de municípios a serem atendidos no TAC traz

373. A possibilidade de mudança de municípios a serem atendidos no TAC traz como uma de suas principais consequências, na opinião da SeinfraCOM, o comprometimento do *‘estudo de viabilidade financeira do TAC feita pela Anatel, como a análise do fluxo de caixa e seu VPL negativo’* (parágrafo 601 do relatório) .

374. A fim de que a Anatel esclareça de que forma pode ser mantido, entre outros aspectos, o atendimento do interesse público quando houver alteração de localidades onde estiver previsto atendimento ou instalação de infraestrutura, faz-se necessária a realização de **oitiva** da entidade.

‘VII.2.2. Análise da distribuição do valor de referência do TAC e das multas entre os compromissos’

375. No parágrafo 606 e ss. de sua instrução, a SeinfraCOM analisou a formação do VR do TAC da Telefônica, com foco nos ajustes de conduta. De acordo com a SeinfraCOM, *‘o VR do TAC corresponde a um montante de aproximadamente **R\$ 2,86 bilhões**, sendo que **25% desse montante foram destinados a investimentos dos compromissos adicionais** e 75% para ajustamento de conduta’* (parágrafo 607 do relatório – grifos nossos) .

376. A SeinfraCOM criticou a **alocação de boa parte do VR (32%) para metas-meio** – serviços de acesso, transporte e atendimento –, ou seja, investimentos de infraestrutura na rede da empresa, *‘ (...) em detrimento de compromissos vinculados aos critérios objetivos que identificaram as condutas irregulares e que resultaram nas multas que motivaram a realização do TAC (...) ’* (parágrafo 620 do relatório) .

377. A unidade técnica destacou que, embora o tema ‘qualidade’ represente 25,4% do montante de recursos previstos no TAC, foi constatado que os compromissos voltados especificamente para a correção de condutas relacionadas aos indicadores regulamentados da qualidade dos serviços corresponderam a somente 5% do VR.

378. Foi apontado pela unidade técnica, também, o risco de que determinadas metas-meio, especialmente aquelas relacionadas à implementação de aplicativos (caso do *‘Projeto Canal Digital Pessoa Física’* e do *‘Projeto Canal Digital Cooperativo’*) , estejam em execução ou mesmo já tenham sido concluídas pela Telefônica (ver parágrafo 631 do relatório da SeinfraCOM) .

379. No presente tópico, há que se avaliar, em especial, se as metas-meio

aprovadas no TAC da Telefônica já não faziam parte do planejamento da operadora, ou seja, se seriam investimentos que por ela seriam executados mesmo sem a existência do TAC. Caso tal hipótese se confirme, o TAC estaria servindo apenas como subterfúgio para o não pagamento de multas por parte da Telefônica, visto

que as metas-meio não configuram os ajustes de conduta, em sentido estrito, nem os compromissos adicionais.

380. Para a unidade técnica deste Tribunal, a Anatel ‘ (...) *optou por priorizar como compromissos os investimentos na rede e na operação da própria prestadora, passando a chamá-los de metas-meio, e aplicou a eles a maior parcela do VR do acordo*’ (parágrafo 624 do relatório) .

381. Nesse sentido, percebo que a distribuição do VR se encontra desequilibrada, de modo desproporcional em favor das metas-meio, que nada mais são que investimentos na infraestrutura de rede da Telefônica (inclusos sistemas de atendimento) . Para a SeinfraCOM, tal desequilíbrio, que desincentiva a operadora a cumprir ações de maior vínculo com o interesse público, configuraria ‘*desvio de objeto no TAC*’ (parágrafo 633 do relatório) .

382. De fato, é questionável incluir as metas-meio, com seus valores que impactam o VR, como parte dos compromissos a serem cumpridos no TAC. Tal crítica também é compartilhada pela PFE/Anatel, conforme se depreende da leitura do seguinte excerto do Parecer 399/2016/PFE/ANATEL/PGF/AGU (peça 88, p. 24 – grifo nosso) :

Outro ponto a ser reavaliado é a inserção, como compromissos de ajustes, de propostas que nada mais são do que providências ordinárias que precisam ser tomadas pela prestadora para o atingimento das metas por ela estabelecidas em conjunto com a Anatel.

383. Na Subseção VII.2.2 da instrução da SeinfraCOM, outro tema abordado pela unidade técnica foi a formação do VR do TAC com o foco direcionado aos compromissos adicionais a serem cumpridos pela Telefônica. Assim como foi apontado em relação aos ajustes de conduta, neste tópico foi possível verificar aparente desequilíbrio na composição do TAC da Telefônica, considerando que aos compromissos adicionais foi alocado 25% do VR, enquanto as metas-meio representam 49%.

384. O desequilíbrio apontado pode trazer impacto, inclusive, na adequada

execução do TAC. Isso porque, caso a operadora não execute nenhum compromisso adicional, não incorrerá, em face desse único aspecto, no descumprimento integral do TAC, pois o VR dos compromissos adicionais representa, apenas, **25%** do total. Assim, não haverá incidência na hipótese prevista

pelo art. 29 do RTAC, *in verbis*:

Art. 29. Ocorrendo atraso ou descumprimento de obrigações correspondentes a **mais de 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC**, a Anatel declarará seu descumprimento integral mesmo durante o seu período de vigência. (grifos nossos)

385. Diante da opção de incluir as metas-meio como parte do TAC, com impacto em seu VR, cabe obter os esclarecimentos da Anatel, em sede de **oitiva**, para que justifique essa forma de distribuição dos compromissos (vide Tabela 5 no parágrafo 606 do relatório da SeinfraCOM) .

‘VII.3. Irregularidades na definição e no cálculo do VPL dos compromissos adicionais pactuados no TAC da empresa Telefônica

VII.3.1. Irregularidades e fragilidades do projeto escolhido como compromissos adicionais do TAC da Telefônica’

386. A aderência ao interesse público da tecnologia a ser utilizada no cumprimento dos compromissos adicionais previstos no TAC da Telefônica foi o foco da discussão travada no parágrafo 648 e ss. da instrução da SeinfraCOM. A unidade técnica apontou que a Telefônica solicitou alteração da tecnologia a ser utilizada em seus projetos de compromissos adicionais após o período de negociação (art. 9º do RTAC) .

387. No caso concreto, a área técnica da agência posicionou-se sobre projetos que seriam baseados na tecnologia FTTC, ou seja, fibra óptica até o armário ou caixa de distribuição. Após o período de negociação, contudo, a Telefônica submeteu nova proposta à Anatel, quando a matéria já se encontrava no gabinete do relator da matéria no Conselho Diretor, alterando os projetos de compromissos adicionais exclusivamente com utilização da tecnologia FTTH, ou seja, fibra óptica até a residência do cliente. Embora seja mais moderna e mais rápida, em termos de velocidade de entrega dos dados ao usuário, a tecnologia FTTH é mais onerosa do que a FTTC.

388. A unidade técnica questionou o mérito da alteração, por considerar que os projetos de FTTH não representariam a melhor forma possível de atendimento ao interesse público, considerando os recursos disponíveis no TAC. Nesse sentido, assim se posicionou a SeinfraCOM: ‘ (...) *como política pública no Brasil não faz sentido se levarmos em consideração a atual situação deficitária de infraestrutura do país quanto ao acesso à internet*’ (parágrafo 657 do relatório – grifo nosso) .

389. Acrescentou a unidade técnica que a ‘**proposta aprovada pelo CD da Anatel evidencia, portanto, uma política com um alcance restrito, difícil de compatibilizar com uma política pública de um país com as características atuais do Brasil**’ (parágrafo 659 do relatório – grifo do original) .

390. Originalmente, a Telefônica propôs, como um de seus projetos de compromissos adicionais, a tecnologia FTTH (peça 111, p. 17) . Por terem sido apontadas inconsistências pela área técnica da Anatel, a Telefônica formalizou junto à agência reguladora proposta de desistência em relação aos projetos com FTTH, ‘*informando a intenção de aumentar a abrangência do projeto de FTTC (MSAN)*’ (peça 111, p. 17, subitem 5.26) .

391. Em momento posterior, a Telefônica voltou ao seu projeto original, com utilização da tecnologia FTTH, conforme descrição apresentada na Análise Anatel nº 108/2016/SEI/IF, de 3/11/2016 (peça 93, p. 78) :

‘4.2.15.5. Todavia, mister destacar que a compromissária, durante as reuniões realizadas no processo de negociação ocorrido imediatamente após o recebimento dos processos para relatoria, apresentou **nova proposta**, conforme documentação constante dos autos, especialmente na CT/LLA nº 1.200/2016 (SEI 0722504) , de 9/8/2016, **acrescentando ao projeto inicial (de FTTC) a implantação e provimento de acessos de banda larga fixa através da tecnologia FTTH (Fiber To The Home)** dentro e fora do estado de São Paulo, ajustada posteriormente pela CT/LLA nº 2555/2016 (SEI 0860757) , de 3/10/2016, **ficando o compromisso adicional exclusivamente na implantação de FTTH**. Posteriormente, a compromissária apresentou a da CT/LLA nº . 1.495/2016 (SEI 0905268) .

4.2.15.6. A nova proposta consiste em projeto de investimento denominado ‘Projeto de Ultra Banda Larga’ (...) , consistente na implantação e provimento de acessos de banda larga fixa através da tecnologia FTTH (*Fiber To The Home*) em 100 (cem) municípios dentro (35) e fora (65) do estado de São Paulo, incluindo aumento de

municípios dentro (55) e fora (65) do estado de São Paulo, incluindo aumento da capacidade do *Backbone* e acesso em alta velocidade.’ (grifos nossos)

392. Duas questões devem ser objeto de análise neste tópico: primeiro, a possibilidade de a Telefônica submeter novas propostas para o TAC após o término

da fase de negociação (art. 9º do RTAC) , procedimento que pode ter impossibilitado ou restringido a participação da Comissão de Negociação e/ou da PFE/Anatel nas discussões; e, segundo, a competência do TCU para questionar escolhas que se inserem na discricionariedade de atuação da agência reguladora, como o tipo de tecnologia a ser empregada na execução dos compromissos adicionais do TAC.

393. Quanto ao primeiro tópico, há que se avaliar a relevância da alteração, se foi substancial ou não, a fim de verificar se o processo do TAC deveria ter sido devolvido pelo conselheiro-relator à área técnica da Anatel, com posterior passagem pela PFE. Como o assunto foi tratado anteriormente neste parecer (vide raciocínio por mim desenvolvido quanto à Subseção II.2 do relatório da SeinfraCOM) , deixo de tecer maiores comentários quanto a esse tema.

394. No caso do segundo tópico, quanto à opção pela tecnologia FTTH, apresentada pela Telefônica e aceita pela Anatel, há que se observar que se encontra em consonância com o que dispõe o inciso II do art. 2º do Decreto 8.776/2016, atinente ao Programa Brasil Inteligente:

‘Art. 2º Para alcançar a finalidade indicada no art. 1º, o Programa Brasil Inteligente terá os seguintes objetivos:

(...)

II - aumentar a abrangência das **redes de acesso baseadas em fibra óptica** nas áreas urbanas;

(...) ’ (grifo nosso)

395. A tecnologia FTTH também se enquadra na seguinte disposição da Portaria Mctic 1.455/2016:

‘Art. 2º De modo a posicionar os serviços de banda larga no centro da política pública, devem ser privilegiados os seguintes objetivos:

(...)

III - Aumento da abrangência de **redes de acesso baseadas em fibra óptica** nas áreas urbanas;

(...) ' (grifo nosso)

396. Embora tenha razoabilidade a argumentação da SeinfraCOM, que demonstra preocupação com a construção de uma política pública de telecomunicações que alcance todas as camadas da população brasileira, entendo que não cabe ao órgão de controle externo propor determinações, como aquelas apresentadas nos parágrafos 664 e 665 de sua instrução, para alterar escolhas regulatórias da Anatel, inclusas opções tecnológicas.

397. Mesmo que a determinação não entre em detalhes quanto à 'correta' tecnologia a ser adotada pela futura compromissária do TAC, não vislumbro condições para prosperar o argumento de estar sendo, supostamente, descumprida a política pública para universalização da banda larga, se a tecnologia FTTH se insere nas diretrizes fixadas pelo inciso II do art. 2º do Decreto 8.776/2016 e pelo inciso III do art. 2º da Portaria Mctic 1.455/2016.

398. De qualquer modo, o assunto merece esclarecimentos por parte da Anatel, via **oitiva**.

'VII.3.2. Fragilidades dos critérios objetivos e especificações técnicas das metas dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica'

399. O foco do tópico tratado no parágrafo 666 e ss. da instrução da SeinfraCOM foi a forma como a Anatel definiu e aprovou as especificações técnicas previstas no projeto de compromissos adicionais no TAC da Telefônica, atinente à ' (...) *implantação e provimento de acessos de banda larga fixa através da tecnologia FTTH (Fiber To The Home) em 100 (cem) municípios (...)* ' (Cláusula 5.1 da minuta do TAC – peça 96, p. 32) .

400. No entendimento da SeinfraCOM, a minuta do TAC da Telefônica apresentou, tão somente, uma descrição ampla e geral sobre o projeto de compromissos adicionais – atendimento de municípios com provimento de acesso de banda larga via FTTH, por meio de construção de rede e/ou infraestrutura de telecomunicações –, sem detalhar as metas e os mecanismos de controle a serem considerados pela

Anatel na avaliação do respectivo cumprimento.

401. A unidade técnica ressaltou, ainda, que a minuta do TAC foi aprovada em outubro de 2016, com a remessa do detalhamento requerido para o âmbito do Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC (MAF-TAC) , aprovado em abril de 2017 (peça 126) . Assim, na opinião da SeinfraCOM, a Anatel não possuía, à época da aprovação do acordo, **‘o detalhamento [nem] da meta a ser atingida nos compromissos adicionais, nem das especificações técnicas e critérios objetivos a serem exigidos da operadora’** (parágrafo 672 do relatório – grifo do original) .

402. Nota-se que o exame da SeinfraCOM sobre o presente tópico não fez menção às disposições do MAF-TAC, relativo ao acordo com a Telefônica, especialmente da seção intitulada *‘DOS COMPROMISSOS ADICIONAIS’* (peça 126, p. 46-48) , na qual estão detalhados o cronograma de execução, as condições e o procedimento de acompanhamento e fiscalização dos compromissos adicionais.

403. De todo modo, os questionamentos propostos pela unidade técnica no parágrafo 674 de sua instrução devem ser objeto de manifestação da Anatel em sede de **oitiva**.

‘VII.3.3. Irregularidades na definição das localidades a serem atendidas nos compromissos adicionais do TAC da Telefônica’

404. Entre os parágrafos 676 a 689 da instrução da SeinfraCOM foi avaliada a definição das localidades a serem atendidas pelo projeto apresentado a título de compromissos adicionais no TAC da Telefônica. Embora a análise apresentada nos referidos parágrafos não tenha motivado nenhuma proposta de determinação ou recomendação, teço os comentários a seguir, ante a relevância da matéria.

405. A SeinfraCOM ponderou que os projetos atinentes aos compromissos adicionais dos TACs deveriam ter como foco *‘localidades em que não há interesse comercial de atendimento pelas prestadoras de telecomunicações em um futuro próximo’* (parágrafo 677 do relatório) .

406. Quanto ao TAC da Telefônica, a unidade técnica concluiu que a *‘relação de cidades do projeto de ultra banda larga’* (peça 137, p. 1-2) da operadora privilegiaria *‘regiões do país com menos carência de infraestrutura’* (parágrafo 680 do relatório da SeinfraCOM – grifo nosso) . Nesse sentido, foi apontada a prevalência de

atendimento de localidades nas Regiões Sul e Sudeste, em detrimento de regiões mais deficitárias de rede de telecomunicações, como Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

407. Além da crítica à escolha dos municípios a serem atendidos no TAC, por privilegiarem *'capitais e outras localidades que possuem grande potencial comercial para a prestadora, como, por exemplo, cidades turísticas, localidades consideradas polos tecnológicos e cidades geograficamente bastante próximas de regiões industriais'* (parágrafo 682 do relatório da SeinfraCOM) , a unidade técnica deste Tribunal promoveu o confronto da relação dessas localidades com a proposta em andamento na Anatel sobre o processo de revisão do PGMC.

408. Realizado o referido confronto entre os municípios escolhidos no TAC para a implantação de FTTH e a categoria em que eles estariam inseridos de acordo com a análise de competitividade prevista na proposta do PGMC, a SeinfraCOM concluiu que:

' (...) 48% dos municípios escolhidos pela Telefônica e aprovados pela Anatel se encontram em regiões competitivas ou com bom potencial competitivo, às quais, segundo a agência, seria necessária somente a aplicação de medidas regulatórias assimétricas mínimas.' (parágrafo 687 do relatório – grifo do original)

409. Nos termos do PGMC, medidas regulatórias assimétricas são aquelas *' (...) adotadas pela Anatel que incidem de forma diferenciada sobre Grupo específico atuando em Mercado Relevante, com o objetivo de minimizar a probabilidade de exercício de Poder de Mercado e de **incentivar e promover a livre, ampla e justa competição**'* (inciso VI do art. 4º do PGMC – grifo nosso) .

410. No parágrafo 690 e ss. da instrução da SeinfraCOM foi realizada a avaliação do nível de desenvolvimento dos municípios a serem atendidos nos compromissos adicionais do TAC da Telefônica, com base no IDH-M, assunto que já foi apresentado neste parecer (ver comentários à Subseção IV.2 do relatório da unidade técnica) , mas com outro enfoque.

411. A SeinfraCOM, ao verificar o nível de desenvolvimento das localidades a serem beneficiadas com projetos de FTTH, a título de compromissos adicionais do TAC da Telefônica (peça 137, p. 2) , verificou, com base no IDH-M, que nenhum município estaria classificado nas faixas de *'baixo desenvolvimento'* (IDH-M entre 0,500 e 0,599) e de *'muito baixo desenvolvimento'* (IDH-M entre 0 e 0,499). Foi destacado

0,399) e de *muito baixo desenvolvimento* (IDH-M entre 0 e 0,499) . Foi destacado, ainda, que 89% das localidades a serem beneficiadas por meio do TAC estariam na classificação '*alto desenvolvimento*' .

412. Cabe destacar que o IDH-M é um número que varia entre 0 e 1 e que, quanto mais próximo de 1, maior é o desenvolvimento humano do município.

413. Para a unidade técnica, a escolha de localidades de desenvolvimento maior e mais avançado, além de beneficiar a Telefônica, de modo indevido, configuraria possível prejuízo ao interesse público do acordo.

414. Quanto ao presente tópico, deve ser avaliado se os pontos a serem beneficiados nas localidades escolhidas – ou seja, levando-se em conta a exata localização das residências que terão o acesso via FTTH colocado à disposição para assinatura junto à Telefônica – encontram-se em áreas de baixo ou médio desenvolvimento e que, de fato, acarretem VPL negativo à compromissária.

415. Deslocar o foco da discussão para um nível maior, de município, acaba por impossibilitar a percepção de que, dentro de uma mesma localidade, independentemente de seu porte, mas especialmente nas médias e grandes cidades, há bairros de renda baixa, média e alta. Para atendimento do interesse público, surge como primeira dúvida saber se há bairros de alta renda previstos de serem atendidos pela Telefônica com recursos do TAC, o que não poderia ser aceito pela Anatel, por descaracterizar o interesse público.

416. Promover ações, no âmbito de um TAC, que venham a privilegiar bairros com usuários de alta renda vai de encontro a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o de '*erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais***' (inciso III do art. 3º da Constituição Federal – grifo nosso) .

417. Observo que a '*redução das desigualdades regionais e sociais*' é, também, um dos princípios constitucionais da ordem econômica do País (inciso VII do art. 170 da Constituição Federal) que foi refletido no art. 5º da LGT, *in verbis*:

Na disciplina das **relações econômicas no setor de telecomunicações** observar-se-ão, em especial, os **princípios constitucionais** da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, **redução das desigualdades regionais e sociais**, repressão ao abuso

do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. (grifos nossos)

418. No âmbito do extinto PNBL, também estava previsto como um dos objetivos do programa *'reduzir as desigualdades social e regional'*, conforme disposto no inciso IV do art. 1º do Decreto 7.175/2010.

419. Como o MAF-TAC prevê a fiscalização da Anatel por meio do conhecimento prévio do projeto executivo a ser apresentado pela compromissária, no qual está previsto, inclusive, um *'diagrama de rede georreferenciado'* (peça 126, p. 47), a agência reguladora tem plenas condições de aferir, a partir de subsídios oriundos, por exemplo, do Censo e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), se o aumento da capacidade de *backbone* e a instalação dos acessos FTTH ocorrerão, na forma prevista no TAC, em bairros de renda baixa ou média, mas não de alta renda.

420. Essa é apenas uma sugestão para suplantar o problema de percepção da questão no nível macro de município, pois é mais provável que o nível de bairro (ou classificação similar dentro de um mesmo município) atenda, de forma mais próxima, o objetivo de levar a banda larga a áreas com menor infraestrutura de telecomunicações.

421. Adotando-se a referência para o nível de bairro ou localização similar, enfrenta-se outro problema apontado pela SeinfraCOM na minuta do TAC da Telefônica, qual seja, a possibilidade de alteração de municípios pela compromissária no decorrer da execução do TAC. Caso reste demonstrado que os novos bairros não são de renda alta, não vejo problemas caso a compromissária decida, de modo justificado e autorizado pela Anatel, alterar localidades a serem atendidas pelos projetos constantes dos compromissos adicionais.

422. Nesse sentido, concordo com a conclusão da SeinfraCOM, de que *'é necessário que o perfil e as características do novo local a ser atendido (como a carência de infraestrutura, por exemplo) sejam equivalentes ou até mais deficientes do que a região prevista originalmente como meta'* (parágrafo 700 do relatório – grifo nosso).

423. De qualquer modo, entendo que não cabe ao órgão de controle externo determinar que a agência reguladora adote uma ou outra opção de priorização de localidades para provimento de redes de transporte e, em especial, de acesso de

localidades para provimento de redes de transporte e, em especial, de acesso de banda larga. Tal decisão sequer caberia à Anatel, pois se encontra no âmbito de atuação do **órgão legalmente incumbido de formular a política pública de telecomunicações no Brasil**, o Mctic, nos termos do art. 27, inciso I, da Medida Provisória 782/2017.

424. O extinto Programa Nacional de Banda Larga, instituído por meio do Decreto 7.175/2010 e concluído em 31/12/2016; seu sucessor, o Programa Brasil Inteligente, instituído pelo Decreto 8.776/2016; bem como a vigente Portaria Mctic 1.455/2016, apesar de configurarem esforços normativos do governo federal, mostram que **o Brasil ainda não possui, de fato, uma política pública clara, amplamente discutida com a sociedade, orçamentária e financeiramente sustentável, bem como expressamente definida com relação à banda larga para a Internet.**

425. Tendo em vista a relevância do tópico e a necessidade de obtenção de mais elementos para apreciar a questão, sugiro que o assunto seja remetido à **oitiva** da Anatel.

‘VII.3.4. Ausência de justificativa da existência de interesse público em atribuir os percentuais máximos de desconto aos compromissos adicionais do TAC da Telefônica’

426. Entre os parágrafos 706 a 712 de sua instrução, a SeinfraCOM discutiu os percentuais de desconto previstos nos arts. 19 e 20 do RTAC para a execução de projetos e concessão temporária de benefícios diretos a usuários, a título de compromissos adicionais nos TACs.

427. No entendimento da SeinfraCOM, *‘não foram identificados as motivações e os estudos que fundamentaram a opção da agência em permitir que os compromissos adicionais possuíssem um valor menor do que o valor das multas incluídas no TAC’* (parágrafo 711 do relatório – grifo nosso) .

428. O projeto de compromissos adicionais aprovado pela Anatel quanto ao TAC da Telefônica possuía, originalmente, um valor aproximado de R\$ 1,66 bilhão (peça 93, p. 80) , posteriormente reduzido para R\$ 1,51 bilhão (peça 129, p. 2) , que não se confunde com o VR dos compromissos adicionais, de R\$ 715 milhões (vide Tabela 5 do parágrafo 606 do relatório da SeinfraCOM) .

429. Sobre o tema, a Anatel apresentou as seguintes ponderações em sua manifestação preliminar:

‘Quando executados na forma de projetos (ao invés da concessão de benefícios diretos aos usuários) , os compromissos adicionais representam 80% do valor das multas aplicadas, **valor adicional àquele que a empresa terá de dispende para correção das condutas**. Como o valor de um projeto é contabilizado como a parcela dos custos não recuperável com a exploração eficiente do projeto (VPL negativo) , o valor total dos investimentos apenas com os compromissos adicionais acaba superando com folga o Valor de Referência do TAC, como se observou nos casos da Oi e da Telefônica.

Não há, portanto, como se falar em prejuízo ao interesse público com base na comparação entre o valor total de multas – somando-se inclusive as estimadas, ou seja, valores extraídos de processos em que nem mesmo a infração já estaria plenamente caracterizada – e o valor a ser investido pela prestadora ao longo do TAC, segundo as regras da Anatel.’ (peça 147, p. 246-247– grifo do original) .

430. Nota-se, portanto, a necessidade de que a Anatel traga mais subsídios sobre o assunto em debate, em sede de **oitiva**, para que se proceda ao aprofundamento da análise da legalidade, ou não, dos arts. 19 e 20 da Resolução Anatel 629/2013.

431. Entre os parágrafos 713 a 719 de sua instrução, a SeinfraCOM avaliou a aplicação dos referidos artigos do RTAC ao caso concreto do TAC da Telefônica.

432. A SeinfraCOM destacou que *‘a **Anatel optou em aprovar os compromissos adicionais da empresa Telefônica dando praticamente o desconto máximo permitido, sem que houvesse uma motivação clara para esse benefício dado à operadora**’* (parágrafo 715 do relatório – grifos nossos e do original) .

433. Além disso, o texto da determinação sugerida pela SeinfraCOM no parágrafo 720 de sua instrução, baseada em discussões que haviam sido aprofundadas em trechos anteriores de seu relatório, coloca em dúvida a licitude da escolha da Telefônica, aprovada pela Anatel, quanto aos municípios nos quais há previsão de implementação de projetos de FTTH, a título de compromissos adicionais.

434. De qualquer modo, pelos motivos expostos anteriormente, entendo que a motivação para que fossem previstos os descontos nos arts. 19 e 20 do RTAC deve ser apresentada pela Anatel em resposta à **oitiva** que proponho ao final deste parecer.

435. Discordo, nesta fase processual, da proposta apresentada no parágrafo 721 da instrução da SeinfraCOM, a fim de ‘ (...) *dar ciência à Anatel sobre o seu dever legal de apresentar a motivação para seus atos administrativos de forma fundamentada (...)* ’ (grifo do original) .

436. A expressão ‘*dar ciência*’ confere a ideia de ocorrência de impropriedade, que, no caso concreto sob exame, seria a falta de motivação de atos administrativos. Como a proposta tem origem em tópico que ainda será objeto de oitiva – que pode, ou não, esclarecer se a Anatel cometeu, de fato, uma impropriedade –, considero, por ora, despicienda a medida sugerida no parágrafo 721 do relatório da SeinfraCOM, sem prejuízo de que seja adotada em momento processual futuro, se for o caso.

‘VII.3.5. Irregularidades e fragilidades do procedimento de cálculo e aprovação do VPL dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica’

437. A forma de cálculo e de aprovação do valor presente líquido (VPL) dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica foi o assunto tratado pela SeinfraCOM entre os parágrafos 722 a 735 de sua instrução.

438. A Anatel, em vez de utilizar, desde o começo das negociações com a Telefônica, ‘*metodologia usualmente empregada pela agência*’ para cálculo do VPL do projeto de compromissos adicionais do TAC da Telefônica, nos termos do § 1º do art. 19 do RTAC, decidiu, inicialmente, pela utilização de ferramenta elaborada por consultoria contratada pelo Mctic, ‘*para outros fins que não têm relação com os TACs*’ (parágrafo 727 do relatório da SeinfraCOM) .

439. Somente depois de ser questionada pela unidade técnica do TCU e de reconhecer que a ferramenta cedida pela consultoria contratada pelo Mctic apresentava diversas inconsistências no cálculo do VPL (peça 84, p. 2-3) é que a Anatel resolveu proceder ao referido cálculo por conta própria, com seus métodos usuais (peças 128 e 129) , o que deveria ter sido feito desde o início do processo administrativo que trata do TAC da Telefônica.

440. No parágrafo 758 de seu relatório, a SeinfraCOM propôs o seguinte questionamento: ‘ (...) *se a agência não soube explicar questionamentos básicos sobre o estudo e nem comprovar o funcionamento da ferramenta, como é possível a Anatel ter aprovado o TAC com uma garantia mínima de confiabilidade e segurança das condições ali estabelecidas?*’ (grifo nosso)

441. Embora o § 1º do art. 19 do RTAC não detalhe o que seria a '*metodologia de cálculo usualmente empregada pela Agência*', com relação ao cálculo do VPL de projetos propostos por operadoras de telecomunicações a título de compromissos

adicionais, percebe-se a atuação temerária da Anatel ao ter empregado ferramenta cedida pelo Mctic que não caracterizava uma '*metodologia usualmente empregada pela agência*', a fim de realizar o cálculo do VPL do projeto de compromissos adicionais do TAC da Telefônica.

442. Cabe destacar que, no âmbito da Análise Anatel 108/2016-SEI-IF, de 3/11/2016 (peça 93) , que embasou a relatoria da proposta de aprovação do TAC da Telefônica e que foi referendada pelo CD da Anatel no Acórdão 422, de 17/11/2016, foi destacada a falta de condições da Agência para avaliar os projetos de FTTH submetidos pela Telefônica:

' (...) a Agência não possui os elementos de custos necessários para a sua mensuração [referindo-se a projetos de FTTH], já que, nem no modelo de custos, nem nos editais de licitação, são calculadas redes de fibra ótica urbanas. No entanto, a Anatel recebeu do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações MCTIC, por meio do Ofício nº 39225/2016/SEIMCTIC, '*modelo técnico econômico elaborado pela empresa Advisia OC & C Strategy Consultants com base no Edital Unesco 0047/2014*', capaz de estimar a necessidade de aporte de recursos públicos para viabilizar o modelo de negócio de prestadoras de serviço de acesso à banda larga fixa e móvel (...) . (peça 93, p. 80 – grifo nosso) .'

443. Apesar de a Agência já ter procedido ao novo cálculo do VPL do projeto de compromissos adicionais do TAC da Telefônica com seus métodos usuais (peça 128) , deve ser promovida, em respeito ao princípio do contraditório, a **oitiva** da entidade para que esclareça os motivos que, além daqueles mencionados na Análise Anatel 108/2016-SEI-IF, se houver, levaram a agência reguladora a incorrer na conduta temerária à qual fiz menção anteriormente.

444. Como decorrência dos cálculos efetuados com a ferramenta cedida pelo Mctic, quando confrontados com os resultados obtidos a partir do cálculo do VPL do projeto de compromissos adicionais do TAC da Telefônica que foi realizado com os métodos usuais da Anatel, foram identificados problemas na forma como foi elaborado e aprovado o cálculo original (assunto tratado entre os parágrafos 736 a

769 da instrução da SeinfraCOM) .

445. A SeinfraCOM indicou um possível **dano ao erário** de, pelo menos, **R\$ 137,7 milhões**, caracterizado pela diferença entre o primeiro cálculo de VPL, de R\$ 1.601.921.321,00 (peça 93, p. 80) , baseado na ferramenta cedida à Anatel pelo

Mctic, e o segundo cálculo, de R\$ 1.464.220.170,33 (peça 128, p. 46) , efetivado internamente pela agência reguladora, nos termos do § 1º do art. 19 do RTAC.

446. As análises que levaram a SeinfraCOM a estimar um possível (potencial) dano ao erário de, aproximadamente, R\$ 137,7 milhões não levaram em conta o recálculo do valor originalmente identificado pela área técnica da Anatel, que havia chegado ao montante de R\$ 1.464.220.170,33.

447. O novo cálculo, que acarretou o incremento do VPL negativo para atender às disposições do art. 19 do RTAC, considerou a oferta, pela Telefônica, de FTTH em mais cinco municípios, bem como a ampliação da oferta de facilidades – *‘estrutura que permite prover o serviço de telecomunicação a um usuário, incluindo cabeamento, equipamento de acesso (OLT [optical line terminal]) e rede’* (peça 102, p. 2) – em quatro municípios que já faziam parte do projeto inicial. Em 27/4/2017, a agência reguladora apresentou à SeinfraCOM um novo valor de VPL negativo dos compromissos adicionais, de **R\$ 1.518.795.744,32** (peça 129, p. 1-2) .

448. Assim, não obstante ter havido diminuição do montante que caracterizaria possível prejuízo ao erário, caso o TAC fosse assinado entre a Anatel e a Telefônica considerando o valor de VPL negativo dos compromissos adicionais calculado em outubro de 2016, quando da aprovação do termo, a situação descrita neste tópico é preocupante.

449. Não havia e, mesmo com o recálculo, não há segurança para se afirmar que há transparência e correção nos cálculos procedidos pela Anatel sobre os valores e características do projeto dos compromissos adicionais a cargo da Telefônica.

450. O principal questionamento que surge do segmento do TAC atinente aos compromissos adicionais é o fato de que a Telefônica está executando e já lançou no mercado projetos de FTTH em municípios que constavam do TAC (notícias veiculadas a partir de abril de 2017 no site da Telefônica, na seção *‘Notícias e Mídia Center’*) .

451. Resta saber, portanto, se as áreas (bairros, distritos etc.) dos municípios nos

quais esse novo serviço está em construção ou já está sendo comercializado atende às diretrizes fixadas no art. 22 do RTAC, especialmente aquelas delineadas nos incisos I e II desse dispositivo (*'atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações'* e *'redução das diferenças regionais'*, respectivamente) .

452. Cabe registrar que a SeinfraCOM preferiu, acertadamente, não avaliar, de modo detido, o novo valor de VPL do projeto de compromissos adicionais do TAC da Telefônica, encaminhado pela Anatel ao TCU em abril de 2017, pelas seguintes razões:

' (...) entende-se que, neste momento processual, uma análise mais detida acerca do cálculo do novo estudo de VPL representaria um esforço adicional dispensável, uma vez que **a gravidade das irregularidades a serem corrigidas implicam necessariamente na realização de outro cálculo de VPL por parte da Anatel.**' (parágrafo 766 da instrução à peça 139 – grifo nosso)

453. A fim de sanar os problemas discutidos na Subseção VII.3.5 de sua instrução, a SeinfraCOM propôs, na forma de determinação, que a Anatel registrasse formalmente, nos estudos financeiros conduzidos pela Agência para o cálculo do VPL dos projetos de compromissos adicionais de todos os seus TACs, inclusive na minuta do respectivo acordo, uma série de premissas e suas respectivas motivações e fundamentos, entre outras, a saber (parágrafo 769 da instrução da unidade técnica) :

- a) extensão do período considerado no fluxo de caixa;
- b) distribuição e origem das receitas consideradas;
- c) distribuição e origem de todas as despesas consideradas, inclusive o comportamento no fluxo de caixa das despesas administrativas, das despesas comerciais, dos custos de operação, manutenção e aluguel, e dos demais gastos;
- d) como são estimadas as despesas operacionais e não-operacionais;
- e) data ou ano de início do cálculo do fluxo de caixa;
- f) critérios objetivos escolhidos para a distribuição da implantação da infraestrutura

nas regiões dos municípios pactuados;

g) escolha do preço de comercialização do serviço para cada região e cidade do país a serem atendidas;

h) a previsão de investimentos, incluindo a descrição técnica dos elementos que compõem o projeto proposto;

i) taxa de desconto, chamada pela Anatel de Custo Médio Ponderado de Capital, utilizada no cálculo do fluxo de caixa e o período considerado nesse índice;

j) análise sobre as cidades a serem atendidas acerca da eventual presença e percentual de participação no mercado das demais prestadoras de serviços de banda larga fixa, ou mesmo da própria operadora.

454. Como o tópico sob exame ainda será objeto de oitiva, considerando a proposta por mim consignada ao final deste parecer, incluí as referidas premissas como quesitos a serem esclarecidos pela Anatel em relação ao caso concreto do cálculo realizado quanto ao VPL do projeto de compromissos adicionais do TAC da Telefônica.

455. Acrescentei ao questionamento proposto na letra 'f' do rol de determinações sugeridas pela SeinfraCOM no parágrafo 769 de sua instrução, ora proposto na forma de **oitiva**, a necessidade de a Anatel esclarecer se houve e de que forma foi exigido da Telefônica a observância ao art. 22 do RTAC, especialmente em relação às diretrizes previstas nos incisos I e II desse dispositivo.

'VII.3.5. Inclusão nos compromissos adicionais dos TACs de ações já previstas ou em andamento na Telefônica' [houve equívoco da SeinfraCOM ao repetir a numeração utilizada na subseção anterior de sua instrução, em uma nova subseção]

456. O foco do tópico (parágrafo 771 e ss. da instrução da SeinfraCOM) foram os investimentos executados pela Telefônica após a aprovação do TAC pela Anatel e que haviam integrado o projeto de compromissos adicionais.

457. A SeinfraCOM destacou que **' (...) a Telefônica já está executando, ou está até mesmo em vias de concluir, investimentos e ações que estão listados como compromissos adicionais no TAC aprovado pela Anatel'** (parágrafo 773 do relatório – grifo do original) .

458. A unidade técnica ressaltou que somente podem ser incluídos no TAC, como compromissos adicionais, ações e investimentos ainda não realizados pela Telefônica e que não estão previstos no planejamento de rede e operacional da empresa.

459. No sentido apontado ao final do parágrafo precedente, a SeinfraCOM destacou:

‘ (...) fica claro que tais investimentos não estavam dependentes e vinculados aos incentivos trazidos pelo TAC e que **a situação representa um forte indício de que os investimentos já faziam parte dos planos de expansão de rede da operadora**, ainda que a previsão não fosse no mesmo prazo de tempo.’ (parágrafo 778 do relatório – grifos nossos)

460. A Anatel afirmou em sua manifestação preliminar que ‘ (...) *a consequência lógica da execução de item de projeto proposto e aprovado, mas antes da subscrição do ajuste, será a sua retirada e a substituição por outro equivalente e inédito*’ (peça 147, p. 254 – grifo nosso) .

461. Notícias veiculadas na mídia e no *site* da Telefônica (seção ‘*Notícia e Mídia Center*’) , apontam que **parte dos municípios escolhidos pela Telefônica para integrar seu projeto de compromissos adicionais têm ações de ultra banda larga (FTTH) em construção ou mesmo em funcionamento**. Esse é o caso das redes de FTTH lançadas em 2017 nas cidades de Avaré, Campo Limpo Paulista, Cosmópolis, Hortolândia e Lençóis Paulista, no Estado de São Paulo, e Guarapari, no Estado do Espírito Santo (ver notícias no *site* da Telefônica:

<[http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?](http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Noticia&cid=1386095947764&pagenome=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNot)

[c=Noticia&cid=1386095947764&pagenome=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNot](http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Noticia&cid=1386095947764&pagenome=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNot) – acesso em 27/7/2017; <[http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=](http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Noticia&cid=1386095953514&pagenome=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNoticia)

[Noticia&cid=1386095953514&pagenome=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNoticia](http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Noticia&cid=1386095953514&pagenome=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNoticia) – acesso em 3/8/2017; e <[http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?](http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Noticia&cid=1386095978213&pagenome=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNoticia01)

[c=Noticia&cid=1386095978213](http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Noticia&cid=1386095978213)

[&pagenome=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNoticia01](http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Noticia&cid=1386095978213&pagenome=InstitucionalVivo%2FNoticia%2FLayoutNoticia01)> – acesso em 8/9/2017) , o que pode representar inobservância do art. 3º do Ato Anatel

50.004/2016, *in verbis*: ‘*A escolha de qualquer projeto deve ser acompanhada de declaração da compromissária com informação sobre a **inexistência de atendimento** do objeto do projeto em cada município.*’ (grifo nosso) .

462. Sobre o assunto em discussão, há a necessidade de serem obtidos esclarecimentos junto à Anatel para se aferir a aderência da escolha das localidades a serem beneficiadas com projetos de FTTH da Telefônica com as diretrizes consignadas, em especial, no inciso I do art. 19 do RTAC, *in verbis*:

‘Art. 22. Os projetos do art. 19 deverão observar as seguintes diretrizes:

I - atendimento a **áreas de baixo desenvolvimento econômico e social**, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações;

(...) ’ (grifo nosso)

463. Outrossim, levando-se em conta a diretriz destacada na transcrição supra, a Anatel deve demonstrar que, mesmo que as ações de construção de infraestrutura de redes baseadas na tecnologia FTTH tenham sua implantação prevista em municípios com interesse comercial para a Telefônica, tais ações devem ter VPL negativo e como alvo ‘áreas [bairros, distritos, setores censitários etc.] de baixo desenvolvimento econômico e social’, a fim de ser cumprido o disposto no inciso I do art. 19 do RTAC.

464. Considerando a necessidade de obtenção de mais elementos para subsidiar o debate da questão, entendo que o assunto deva ser submetido previamente à **oitiva** da Anatel.

CONCLUSÕES

465. O exame desta representação mostrou que a Anatel se esforçou para implementar uma complexa sistemática com vista à conversão do regular prosseguimento do processo sancionatório por uma tentativa de solução conciliatória, materializada na regulamentação de seus TACs. Muitos questionamentos ainda pairam sobre o RTAC e sobre o acordo aprovado com a Telefônica, os dois temas centrais destes autos, com reflexos no oportuno exame do TC 033.413/2015-0, que cuida do TAC aprovado em relação à operadora Oi.

466. Considerando os indícios de falhas e irregularidades que foram abordados ao longo deste parecer, a serem esclarecidos pela Anatel e, se assim desejar, pela Telefônica, no que lhe disser respeito, bem como o atendimento dos demais requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno (TCU) e art. 100, § 4º, da Constituição (TCU 050/2014) e o presente

interno/TCU e no art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014, a presente representação tem condições de ser conhecida pelo TCU. Concordo, assim, com o exame de admissibilidade proferido por Vossa Excelência no despacho à peça 22.

467. Tendo em vista a complexidade e a multiplicidade das questões sob exame nesta representação, entendo pertinente que seja realizada a **oitiva** da Anatel, com base no art. 250, inciso V, do Regimento Interno/TCU, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, antes de se determinar a correção dos termos da minuta do TAC aprovada por meio do Acórdão Anatel 422/2016 e, se for o caso, do Regulamento do TAC da Agência (art. 251, *caput*, do Regimento Interno/TCU), conforme sugerido pela SeinfraCOM.

468. Quanto à proposta da SeinfraCOM de propor determinações e recomendações nesta fase processual, entendo que podem ser postergadas, pois as respostas à oitiva e às audiências adiante propostas podem trazer mais elementos de convicção para que o TCU dirija medidas mais eficazes e específicas à Agência com relação à sua sistemática de TACs.

469. Com raciocínio similar ao que motivou a oitiva da Anatel, entendo salutar que seja dada a oportunidade para que a Telefônica se manifeste nos autos, se assim entender pertinente, com base no art. 6º da Resolução TCU 36/1995.

470. Quanto às **audiências** sugeridas pela unidade técnica deste Tribunal na letra 'd' do parágrafo 859 da instrução à peça 139, concordo apenas parcialmente com a proposta da unidade técnica.

471. O fato que motivou a SeinfraCOM a propor a instauração da fase de contraditório em face dos conselheiros da Anatel foi, no caso das letras 'd.1', 'd.2' e 'd.3' do referido parágrafo 859, a elaboração e a aprovação do TAC com a Telefônica, que estaria permeado de irregularidades, mencionadas ao longo da instrução à peça 139.

472. Ocorre que há dois atos a serem levados em conta antes que se decida pela realização, ou não, das referidas audiências.

473. O primeiro ato que traz reflexos na avaliação da necessidade de instauração da fase de contraditório, neste momento, é o despacho de Vossa Excelência à peça 22, em cuja parte final constou o seguinte alerta:

‘15.3 informar à Anatel que a eventual **assinatura de termo de ajustamento de conduta** antes da manifestação conclusiva do TCU sobre a matéria afasta a sua boa-fé e pode resultar em multa aos responsáveis, além de imputação de débito, caso o Tribunal conclua pela existência de irregularidade grave e/ou de dano ao erário;’ (grifos nossos)

474. Conforme se depreende da leitura da transcrição supra, a boa-fé dos conselheiros da agência reguladora somente restaria afastada caso viesse a ser assinado o TAC com a Telefônica antes que este Tribunal se manifestasse, de forma conclusiva, sobre a matéria tratada nesta representação.

475. Como, até o momento, não foi assinado o referido TAC, tendo ocorrido, tão somente, sua aprovação, não há que se falar em afastamento da boa-fé dos conselheiros da Anatel que aprovaram o acordo. Assim, resta ausente a justificativa para realização, nesta fase processual, de audiência em face de possíveis irregularidades que teriam sido cometidas em razão de atos atinentes à aprovação do TAC com a Telefônica.

476. Ressalvo, contudo, que a audiência adiante proposta ao Conselheiro-Relator do TAC da Telefônica, Sr. Igor Vilas Boas de Freitas, refere-se ao descumprimento de disposição do RTAC (*caput* e § 2º do art. 9º), relacionada à não submissão do processo administrativo desse TAC à Comissão de Negociação e à PFE/Anatel, após ter sido alterado em seu gabinete, substancialmente, o projeto de compromissos adicionais do acordo.

477. Não se trata, portanto, de conduta extensível aos demais conselheiros, visto não estar diretamente relacionada ao ato de aprovação do TAC com a Telefônica, mas, sim, à condução do processo na forma prevista pelo Regulamento do TAC e que deveria ter sido observada pelo conselheiro-relator.

478. O segundo ato a ser levado em conta com relação ao afastamento de audiências relacionadas à aprovação do TAC com a Telefônica é o comando constante da alínea ‘b’ do Acórdão Anatel 422/2016 (peça 95, p. 2), *in verbis*:

b) submeter a presente proposta de TAC à apreciação do Tribunal de Contas da União – TCU, no âmbito da auditoria operacional da Tomada de Contas [sic] nº 022.280/2016-2, imediatamente após deliberação deste Colegiado da presente matéria;

479. Nota-se, da transcrição supra, que os conselheiros da Anatel fizeram constar

do Acórdão Anatel 422/2016 expressa ressalva quanto à necessidade de manifestação da Corte de Contas previamente à eventual assinatura do acordo. Logo, não seria esperado que a Agência descumprisse sua própria deliberação, por meio da qual se comprometeu a aguardar a definição da Corte de Contas sobre os temas tratados nesta representação.

480. No que tange à audiência que envolveu a aprovação do Ato Anatel 50.004/2016, entendo que não há motivos para que não se instaure, desde já, a fase de contraditório. As ressalvas que mencionei anteriormente não alcançam as possíveis irregularidades indicadas nas letras 'd.4' e 'd.5' do parágrafo 859 da instrução à peça 139, visto não se relacionarem, diretamente, ao ato de aprovação do TAC da Telefônica.

481. Quanto à **medida cautelar** requerida pela SeinfraCOM à peça 18 (p. 23) , com base no art. 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU, no sentido de que a Anatel se abstivesse de assinar quaisquer TAC, considero apropriado o momento para que se adote tal providência, tendo em vista que a entidade já foi ouvida em sede de oitiva prévia (vide despacho de Vossa Excelência à peça 22) , nos termos do § 2º do art. 276 do Regimento Interno/TCU, e que se fazem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

482. As falhas e irregularidades presentes tanto na sistemática de TAC da Anatel, quanto no termo aprovado em relação à Telefônica, demonstram a presença da fumaça do bom direito. O segundo requisito, do perigo da demora, pode ser percebido tanto em relação ao TAC da Telefônica, aprovado em outubro de 2016, quanto em relação a outros eventuais processos de TAC que estejam em tramitação na Anatel e que podem estar na iminência de serem aprovados.

483. De acordo com o '*Relatório Anual 2016*' da Anatel, no exercício passado '*(...) tiveram continuidade as negociações para a celebração de TAC com sete grupos econômicos, abrangendo os serviços de telefonia fixa, telefonia móvel, TV por Assinatura e banda larga fixa.*' (p. 71 do relatório – disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos /documento.asp?numeroPublicacao=347175&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&docume> – acesso em 3/8/2017) .

484. Como o § 1º do art. 11 do RTAC prevê que a assinatura do TAC ocorra, em regra, até trinta dias após a publicação da decisão do Conselho Diretor que aprova

regra, até trinta dias após a publicação da decisão do Conselho Diretor que aprova a celebração do termo e que, no caso da Telefônica, tal publicação se deu no Diário Oficial da União de 21/11/2016 (peça 95, p. 1) , a Anatel teria, em tese, condições para assinar o acordo com essa sociedade a qualquer momento.

485. Na prática, contudo, não se vislumbra a possibilidade de que tal assinatura se efetive antes da manifestação conclusiva deste Tribunal nesta representação, por dois motivos.

486. Primeiro, porque do Acórdão Anatel 422/2016 (peça 95, p. 1-3) e do Acórdão Anatel 145/2017 (peça 130) constaram comandos expressos para que os termos das negociações com a Telefônica fossem remetidos para o exame da Corte de Contas, mesmo sem esta deter competência legal ou normativa para avaliar e, em seguida, ‘aprovar’ ou ‘reprovar’ TACs promovidos no âmbito da agência reguladora.

487. Segundo, em razão de a Anatel ter sido alertada por Vossa Excelência, por meio do referido despacho à peça 22, de que a assinatura de qualquer TAC *‘antes da manifestação conclusiva do TCU sobre a matéria afasta a sua boa-fé e pode resultar em multa aos responsáveis, além de imputação de débito, caso o Tribunal conclua pela existência de irregularidade grave e/ou de dano ao erário’* (parágrafo 15.3 do despacho) .

488. Destaco que a eventual concessão de medida cautelar neste processo, no qual se discute a legalidade do TAC da Telefônica, apresenta, mesmo que por fundamentos distintos, simetria em relação à providência adotada no âmbito do TC 033.413/2015-0, considerando que, por meio do item 9.1 do Acórdão 2.572/2016-TCU-Plenário, foi ratificada a medida cautelar determinada por Vossa Excelência nesses autos, no sentido de que não fosse assinado o TAC entre a Anatel e a operadora Oi, cujo termo havia sido aprovado em maio de 2016 pela agência reguladora.

489. Para subsidiar o futuro exame de mérito do processo, sugiro que seja promovida **diligência** junto à Anatel, para que esta informe ao Tribunal quais ações a título de correções de condutas e de compromissos adicionais, constantes da versão do TAC aprovado em outubro de 2016, já foram implementadas ou estão em implementação pela Telefônica, com os respectivos valores e detalhamento do plano de negócios das localidades beneficiadas (áreas/bairros atendidos, tecnologia utilizada, equipamentos instalados, data de início das obras e da disponibilização do

serviço ao usuário final etc.) .

PROVIDÊNCIAS PROCESSUAIS

490. Presentes os autos em meu gabinete, a TIM Celular S.A. deu entrada em pedido de ingresso como interessada (peça 155) , nos termos do art. 146 do Regimento Interno/TCU, pendente de análise por Vossa Excelência.

491. Registro que o Ministério Público Federal (MPF) , por meio de sua Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro (PR/RJ) , manifestou interesse em acompanhar o posicionamento do TCU sobre os TACs em negociação pela Anatel com prestadoras de serviços de telecomunicações (TC 003.252/2017-5) . Tal interesse originou-se de representação apresentada a esse *Parquet*, autuada no Procedimento Preparatório 1.30.001.004957/2016-04, no qual foram indicadas possíveis irregularidades na sistemática de TACs da Agência, bem como no acordo aprovado em relação à Telefônica.

492. Assim, considerando o expediente encaminhado pela PR/RJ/MPF a este Tribunal, sugiro, adiante, que cópia da decisão/deliberação que vier a ser adotada por Vossa Excelência ou pelo TCU em relação a esta representação seja enviada à referida procuradoria.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

493. Diante do exposto, este membro do Ministério Público de Contas submete os autos a Vossa Excelência com as seguintes propostas:

- a) conhecer da representação, com fulcro nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno/TCU e no art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014;
- b) adotar, com base no art. 276, *caput*, do Regimento Interno/TCU, medida cautelar no sentido de que a Anatel se abstenha de assinar o TAC com a prestadora Telefônica, bem como quaisquer outros acordos dessa espécie cujos respectivos processos de TAC ainda estejam em trâmite na agência reguladora, até que este Tribunal se manifeste quanto ao mérito das questões tratadas nesta representação;
- c) realizar a oitiva da Anatel, com base no art. 250, inciso V, do Regimento Interno/TCU, para que se manifeste sobre todos os assuntos que foram objeto de propostas de determinações e recomendações na instrução à peça 139 – à exceção das ocorrências assinaladas no parágrafo 545 dessa instrução, remetidas para

exame em processo apartado adiante mencionado –, e, ainda, sobre os seguintes tópicos:

c.1) incidência, ou não, do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, previsto no Ato Anatel 50.004/2016, no

cálculo do montante dos compromissos adicionais previsto para o TAC da Telefônica;

c.2) necessidade de lei específica ou de decreto regulamentador do § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, a fim de permitir a assinatura de TACs, pela agência reguladora, com as operadoras de telecomunicações;

c.3) previsão de arquivamento dos processos administrativos incluídos no TAC quando da assinatura do acordo (§ 3º do art. 11 do RTAC), sem previsão legal, o que representa renúncia indevida e injustificada da competência fiscalizatória da agência reguladora (vide incisos VI, IX e XI do art. 19; os arts. 82, 137 e 173, todos da Lei 9.472/1997; e o inciso II do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999), por inviabilizar a imposição de sanções mais graves do que as multas, ainda que se façam presentes as situações indicadas no art. 176 da LGT e no art. 10 do RASA;

c.4) legalidade da sistemática de TACs quando o direcionamento dos recursos do acordo não estiver vinculado ao atendimento dos objetivos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel), nos termos do art. 3º da Lei 5.070/1966, e da política pública de universalização dos serviços de telecomunicações prevista no art. 5º da Lei 9.998/2000, que instituiu o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (FUST);

c.5) alinhamento dos compromissos de ajustamento de condutas irregulares, previstos na minuta do TAC da Telefônica, com os objetivos mencionados no subitem precedente;

c.6) menção quanto ao horizonte temporal esperado para que entrem em vigor as alterações no modelo de gestão da qualidade dos serviços de telecomunicações e detalhamento de qual será o impacto dessas alterações nos TACs;

c.7) esclarecimento de como serão feitas as devidas compensações em caso de redução/prejudicialidade de ações e obrigações originalmente previstas nos TACs e de como será mantida a expressão financeira das multas relacionadas a condutas cujos indicadores forem alterados;

- c.8) detalhamento das medidas alternativas que foram previstas no TAC em relação àquelas que podem vir a ser alteradas ou extintas em relação à universalização, de modo que seja assegurada a manutenção do VR do acordo;
- c.9) inter-relação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, aprovado pelo Ato Anatel 50.004/2016, com a política pública de telecomunicações;
- c.10) aparente contradição entre a pontuação das localidades, conforme fator de desigualdade social e regional aprovado pelo Ato Anatel 50.004/2016, e as categorias do PGMC, no nível de competição de mercados de varejo ou atacado;
- c.11) tratamento a ser conferido à infraestrutura de telecomunicações que pode vir a ser implementada com recursos de TACs, em termos de prazos e condições de compartilhamento, levando-se em conta o que prevê a Lei 13.116/2015 e o Decreto 7.175/2010;
- c.12) justificativa quanto à opção da Agência em editar manuais de acompanhamento e fiscalização específicos para o TAC de cada operadora e à não participação da PFE/Anatel nos manuais minutados e aprovados até o momento;
- c.13) esclarecimento quanto à interpretação do inciso II do art. 26 do RTAC, a fim de demonstrar se indica o teto (valor máximo) ou o piso (valor mínimo) da multa diária que deve ser aplicada à operadora que incidir em mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos;
- c.14) em relação ao caso concreto do TAC da Telefônica, resposta aos quesitos indicados nas letras 'a' a 'j' do parágrafo 769 da instrução à peça 139 destes autos, esclarecendo, ainda, no caso da letra 'f' desse parágrafo, se houve e de que forma foi exigido dessa operadora a observância ao art. 22 do RTAC, especialmente em relação às diretrizes previstas nos incisos I e II desse dispositivo (*'atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações'* e *'redução das diferenças regionais'*, respectivamente) ;
- c.15) demonstração de que, mesmo que as ações atinentes à construção de infraestrutura de rede com base na tecnologia FTTH, previstas no projeto de compromissos adicionais do TAC da Telefônica, tenham sua implantação

direcionada a municípios com interesse comercial para a operadora, que tais ações tenham VPL negativo e como alvo 'áreas [bairros, distritos, setores censitários etc.] de baixo desenvolvimento econômico e social', nos termos do inciso I do art. 19 do RTAC;

d) abrir prazo para que o Grupo Telefônica se manifeste nos autos, se assim entender pertinente, com base no art. 6º da Resolução TCU 36/1995;

e) promover, com base no art. 250, inciso IV, do Regimento Interno/TCU, as seguintes audiências:

e.1) aquelas indicadas nas letras 'd.4' e 'd.5' do parágrafo 859 da instrução à peça 139;

e.2) do Conselheiro-Relator Igor Vilas Boas de Freitas, responsável pela relatoria do processo administrativo do TAC da Telefônica, em face da não submissão do referido processo à Comissão de Negociação e à PFE/Anatel, após ter sido alterado em seu gabinete, substancialmente, o projeto de compromissos adicionais do TAC, desrespeitando, assim, o *caput* e o § 2º do art. 9º do RTAC;

f) promover diligência junto à Anatel, para que informe ao Tribunal quais correções de condutas, inclusas metas-meio, e quais projetos de compromissos adicionais, constantes da versão do TAC aprovado em outubro de 2016, já foram implementados ou estão em implementação pela Telefônica, com os respectivos valores e detalhamento do plano de negócios das localidades beneficiadas (áreas/bairros atendidos, tecnologia utilizada, equipamentos instalados, data de início das obras e da disponibilização do serviço ao usuário final, total de facilidades instaladas etc.) ;

g) autuar processo apartado a esta representação, nos termos do art. 43 da Resolução TCU 259/2014, para apurar os questionamentos referentes à troca da garantia de execução dos compromissos de abrangência dos Editais de Licitação Anatel 001/2007/SPV, 2/2007-SPV, 2/2010/PVCP/SPV, 2/2012/PVCP/SPV e 004/2012/SPV por compromissos a serem inseridos no TAC da Telefônica;

h) encaminhar cópia da decisão/deliberação que vier a ser proferida nestes autos à Procuradoria da República no Rio de Janeiro – Ministério Público Federal, tendo em vista seu interesse no objeto deste processo, conforme solicitação autuada no TC 003.252/2017-5 (com referência ao Procedimento Preparatório

1.30.001.004957/2016-04) ;

i) dar ciência da decisão/deliberação que vier a ser adotada nesta representação à Anatel, ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações e ao Grupo Telefônica.”

É o Relatório.

Voto:

Em apreciação representação formulada pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações (SeinfraAeroTelecom) , atual Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) , em face de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) , abrangendo processos sancionatórios relativos à regulação de vários temas de sua competência, como qualidade e fiscalização dos serviços de telecomunicações.

De início, ratifico a admissibilidade do processo, nos termos do art. 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno do Tribunal, c/c art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014.

A origem deste feito remonta ao segundo semestre de 2015, quando o Tribunal realizou auditoria operacional (TC 023.133/2015-5) para avaliar a atuação da Anatel na garantia e melhoria da qualidade da prestação dos serviços de telefonia móvel no Brasil. Na fiscalização, foram solicitados à Anatel diversos documentos, dentre os quais cópias dos processos administrativos sobre os TAC a serem firmados sobre o tema.

Na oportunidade, o Tribunal constatou indícios de irregularidades na atuação da agência, que motivaram, em novembro de 2015, a abertura de representação que levou à adoção de medida cautelar – ainda vigente – impedindo que fosse assinado o TAC de qualidade da empresa Oi S/A (TC 033.413/2015-0, Acórdão 2.572/2016-

TCU-Plenário) .

Por isso e também em razão de o Grupo Oi estar em recuperação judicial (Processo 0203711-65.2016.8.19.0001, da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro) , o TAC da operadora teve seu trâmite interrompido na

agência e o TC 033.413/2015-0 foi sobrestado.

Cumpra salientar que o processo de mediação estabelecido entre a Oi S/A e a Anatel no referido processo judicial, especificamente no que se refere aos créditos representados pelas multas impostas pela autarquia federal, está sendo analisado em processo específico de acompanhamento (TC 033.612/2016-1) , sob minha relatoria.

Paralelamente, a SeinfraCOM verificou o avanço na tramitação de diversos outros TAC na Anatel, referentes a temas e operadoras diversos, que apresentariam os mesmos ou semelhantes indícios de irregularidades constatados no TAC da Oi. Naquele momento, o processo de ajustamento de conduta relativo à Telefônica Brasil S/A (que inclui a operadora Vivo) se encontrava com trâmite mais adiantado junto à agência, e para sua análise foi autuada a presente representação.

Na prática, a obstaculização no trâmite do TAC da Oi em face de sua recuperação judicial conduziu a que o processo administrativo de TAC da Telefônica passasse a ser o mais adiantado em trâmite, e assim a representar o *leading case* da matéria no âmbito da agência.

Desse modo, deve-se registrar, **embora o presente processo verse sobre possíveis irregularidades em atos e procedimentos da Anatel alusivos à negociação, cálculo de obrigações, aprovação, celebração e fiscalização que perpassam todos os TAC da agência, o caso concreto é o do grupo Telefônica Brasil S/A , aprovado pelo Conselho Diretor da agência, porém pendente de assinatura.**

Por isso, muitas das alusões a atos e procedimentos da Anatel no bojo do presente processo farão referência direta ou indireta a aspectos concretos do TAC da Telefônica, por mera conjuntura, visto que poderia se tratar de qualquer outra operadora, caso o respectivo processo estivesse mais adiantado junto ao órgão regulador.

Segundo dados disponíveis e atualizados até 2016, estava em tramitação na autarquia um total de 37 pedidos de celebração de TAC, abrangendo inúmeros processos administrativos da agência relacionados a multas estimadas e aplicadas, cujo valor total alcançava cerca de R\$ 9,18 bilhões:

Empresas com TAC em	Valor Multas	Valor Multas	Valor Total
----------------------------	---------------------	---------------------	--------------------

andamento na Anatel	Estimadas	aplicadas	
Algar / CTBC	R\$ 33.327.083,72	R\$ 17.780.962,28	R\$ 51.108.046,00
Claro	R\$ 377.139.051,05	R\$ 2.203.224,27	R\$ 379.342.275,32
Local Int	R\$ 6.690,80	R\$ -	R\$ 6.690,80
Oi	R\$ 4.659.873.285,43	R\$ 1.914.368.035,03	R\$ 6.574.241.320,46
Sercomtel	R\$ 2.369.094,06	R\$ 12.563.320,78	R\$ 14.932.414,84
Telefônica	R\$ 1.210.520.183,27	R\$ 560.109.684,98	R\$ 1.770.629.868,25
Tim	R\$ 377.131.126,87	R\$ 14.048.472,58	R\$ 391.179.599,45
TOTAL	R\$ 6.660.366.515,20	R\$ 2.521.073.699,92	R\$ 9.181.440.215,12

Esse montante tende a aumentar com o passar do tempo, mediante atualização dos valores e inclusão de novos processos sancionatórios em cada TAC. Como exemplo, cita-se o TAC da empresa Telefônica ora analisado, que em agosto de 2016 envolvia a transação de multas da ordem de R\$ 1,7 bilhão (acima retratado) , mas que atualmente já teria ultrapassado R\$ 2,8 bilhões.

Diante de todo esse contexto, a unidade instrutora do TCU formulou, em 28/7/2016, a presente representação, com proposta de determinação cautelar à Anatel, *inaudita altera pars*, para que se abstinhasse de assinar TAC, de forma geral, até que fossem avaliadas pelo Tribunal as possíveis irregularidades encontradas (peça 18) .

Em que pese a proposta acautelatória, considerei, naquele momento, de bom alvitre trazer aos autos informações da Anatel para que este Tribunal pudesse decidir quanto à suspensão cautelar dos termos de ajustamento de conduta em trâmite na autarquia. Não obstante, a Anatel foi alertada que eventual assinatura de termo de ajustamento de conduta antes da manifestação conclusiva do TCU sobre a matéria

afastaria sua boa-fé e poderia resultar em multa aos responsáveis, além de imputação de débito, caso o Tribunal concluísse pela existência de irregularidade grave e/ou de dano ao erário (despacho de peça 22, de 3/8/2016) .

Realizada a oitiva prévia da agência (peças 23-27) , surgiram novas e pertinentes dúvidas sobre a condução dos procedimentos tendentes à celebração de TAC. Por esse motivo, foram propostas e realizadas sucessivas diligências à Anatel (consoante instruções de peças 28, 37, 54 e 73) .

Paralelamente, deferi monocraticamente, com fulcro no *caput* e § 4º do art. 146 do Regimento Interno do TCU, pedido de habilitação da Telefônica como interessada nos autos, haja vista o exposto nos itens 7 a 9 deste Voto, e facultei o exercício das faculdades processuais previstas no aludido regimento, conforme Despacho de 6/1/2017 (peça 48) .

Em 4/9/2017, foi protocolado novo pedido de ingresso na qualidade de interessada, agora por parte de TIM Celular S/A (peça 155) , o qual **indefiro** neste momento, tendo em vista que a solicitante não preenche os requisitos dos arts. 144, § 2º, e 146 do Regimento Interno.

Saneados os autos no âmbito da SeinfraCOM, até o limite possível naquele momento processual, foi lançada a instrução de mérito de peça 139, com anuência do Diretor (peça 140) e complementada por despacho de seu titular (peça 141) , cujos teores se encontram integralmente transcritos no precedente Relatório.

A Anatel manifestou-se nos autos por meio da peça 147, a título de esclarecimentos adicionais, e mediante reuniões realizadas junto à Assessoria de meu Gabinete, como Relator, e aos gabinetes dos demais Ministros e do Ministério Público.

Em seu parecer, o MPTCU nomina a peça como “manifestação preliminar”, pois a etapa processual à época de sua apresentação não permitiria reconhecê-la formalmente como memorial. Independentemente da denominação a ser dada, a sua extensão e o seu potencial em esclarecer os complexos temas abordados

nestes autos recomendam o seu aproveitamento, sobretudo porque vigoram neste Tribunal os princípios do formalismo moderado e da verdade material. Nesse sentido, conheço – excepcionalmente – a mencionada documentação como memorial.

A Telefônica Brasil S/A manifestou-se nos termos da peça 150. Basicamente, entende que a SeinfraCOM teria adentrado o mérito de escolhas regulatórias devidamente motivadas que não configuram ilegalidades, mas decisões discricionárias da agência. A fim de demonstrar seus argumentos, destaca o caráter negocial do TAC e a análise tão somente de segunda ordem que deve ser feita pelo Tribunal de Contas da União quanto às matérias afeitas a agências reguladoras.

Como se examinará ao longo deste Voto, o pronunciamento da Telefônica adota a mesma linha da apresentada pela Anatel, sem inovações argumentativas, o que dispensa comentários detalhados.

Registro que o memorial trazido pela Anatel (peça 147, complementado pela peça 148) é extenso e pormenorizado, pois trata, uma a uma, todas as premissas, observações e irregularidades aventadas pela unidade instrutora, com riqueza de detalhes e fundamentos. Portanto, este Voto apresenta, como padrão de raciocínio, o contraste, de maneira quase dialética, entre a posição da SeinfraCOM e a da Anatel, de modo a colocar luz sobre diversas questões aparentemente controversas.

Há uma lista extensa de divergências substanciais que merecem ser adequadamente enfrentadas e explicitadas, sob pena de eventual obscuridade na apreciação dessas matérias conduzir ao cumprimento desconforme da deliberação deste Tribunal face aos fundamentos aqui adotados, ou, ainda, motivar a interposição de pormenorizados e reiterados embargos declaratórios, que levariam ao mesmo fim aqui tratado.

Por isso, fui obrigado a ser um pouco mais extenso que de costume para apresentar as referidas diferenças e o encaminhamento que julgo adequado a cada uma das questões levantadas.

Deve-se ponderar ainda que as dúvidas suscitadas nesta representação estão a obstar o prosseguimento de outros TAC no âmbito da Anatel, em possível prejuízo às ações regulatórias da agência e ao efetivo ajuste de conduta por parte das operadoras, consequência de ineficiências no processo tradicional de

sancionamento das empresas reguladas, conforme se exporá.

Essa sensível situação pode trazer prejuízos também ao interesse público e aos usuários, pois as desconformidades na conduta das operadoras persistem no tempo, o que reclama uma decisão tempestiva por parte desta Casa, ainda que não

encerre o processo. Por isso, é importante buscar sanear os questionamentos sobre os quais já se pode firmar entendimento, na medida do possível.

O Ministério Público junto ao TCU manifestou-se nos termos do parecer de peça 156, do ilustre Procurador Sérgio Ricardo Caribé. De forma geral, perfilha o entendimento da SeinfraCOM, e propõe, em resumo: adotar medida cautelar no sentido de que a Anatel se abstenha de assinar TAC com a prestadora Telefônica; promover a oitiva do jurisdicionado previamente à expedição das determinações e recomendações por ela sugeridas; restringir as audiências propostas a apenas alguns dos casos relatados, conforme fundamentado em seu parecer; e realizar oitivas em relação a aspectos adicionais não abordados pela unidade instrutora.

No mérito, antecipo que os elementos trazidos pela Anatel permitiram formar convicção sobre diversos pontos desde já, ao acolher ou divergir das conclusões e encaminhamentos da unidade instrutora, conforme os fundamentos expostos neste Voto. Mesmo nos casos em que divergi, destaquei que as premissas adotadas pela SeinfraCOM se mostraram válidas, em sua maioria, e as preocupações e riscos sugeridos relevantes e pertinentes.

No que tange às sugestões do MPTCU, entendo que, novamente – consoante tratarei individualmente ao longo desta análise – os elementos trazidos aos autos já permitem a formação de convicção em alguns casos, dispensando a realização de oitiva. Em outros, se faz necessário promover tal medida, especialmente em relação a pontos adicionais suscitados pelo *Parquet*.

No mais, discordo da proposta do MPTCU de expedição de medida cautelar **neste momento processual**, tendo em vista não restar caracterizado o *periculum in mora*. **Isso porque a Anatel se dispôs a colaborar com este Tribunal no sentido de não celebrar o TAC objeto de questionamentos até o desfecho destes autos**, o que, efetivamente vem ocorrendo, sem prejuízo da adoção de medida cautelar futuramente, caso se vislumbre novamente o perigo na demora ou qualquer atitude temerária por parte da agência.

Dada a extensão, complexidade e nível de detalhe com que a instrução de mérito da SeinfraCOM trata as questões técnicas e jurídicas que cercam o tema, passarei a abordá-la em tópicos, na seguinte sequência:

l) aspectos teóricos do instrumento TAC na doutrina, na legislação vigente e no

regulamento de TAC da Anatel;

II) irregularidades na negociação dos TAC no âmbito da Anatel;

III) irregularidades nos dispositivos de ajustamento de conduta aplicáveis a todos os TAC;

IV) irregularidades nos dispositivos dos compromissos adicionais aplicáveis a todos os TAC;

V) irregularidades e deficiências no acompanhamento e fiscalização dos TAC pela Anatel;

VI) irregularidades no procedimento de declaração de descumprimento do TAC e na execução das multas e do valor de referência do TAC;

VII) irregularidades e dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões nos dispositivos da minuta de TAC da operadora Telefônica;

VIII) análise do pedido de sobrestamento e do posterior pedido de desistência da Anatel;

IX) ilegalidades e dano ao erário de pelo menos R\$ 137,7 milhões identificados na atuação do Conselho Diretor da Anatel nos processos de aprovação do ato de desconto dos compromissos adicionais de todos os TAC e de aprovação do TAC da Telefônica.

Como encaminhamento, a SeinfraCOM propõe, em síntese, uma bateria de **determinações** corretivas e preventivas, **recomendações** de aperfeiçoamento de procedimentos e **audiência** de membros do Conselho Diretor da Anatel por supostas irregularidades em atos deliberativos adotados.

I – ASPECTOS TEÓRICOS DO INSTRUMENTO TAC

Nesta seção, a SeinfraCOM expõe os aspectos teóricos dos termos de ajustamento de conduta, devidamente transcritos no Relatório precedente. Registro os principais pontos com adição de minha visão sobre o tema, que norteará a análise ao longo deste Voto.

A inspiração constitucional para a criação da Anatel como órgão regulador dos

serviços de telecomunicações reside no art. 21, XI, da Carta Maior. Suas competências estão detalhadas no art. 19 da Lei 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT) , destacando-se as relativas à fiscalização da prestação dos serviços e aplicação de sanções às prestadoras, tanto no regime público quanto no regime privado (incisos VI e XI) , e à repressão das infrações a direitos dos usuários (inciso XVIII) . Ressalta-se ainda a previsão legal (art. 22, IV) dada a seu Conselho Diretor para edição de normas sobre matérias de competência da agência.

Na busca pela melhoria da qualidade dos serviços de telecomunicações, a efetividade da atividade regulatória não deve ser avaliada pela quantidade de multas ou de recursos arrecadados, mas pelo aperfeiçoamento do serviço por meio da correção e não reincidência das desconformidades identificadas. Ou seja, a multa não é instrumento arrecadatório, mas regulatório.

Sobre o tema, o Acórdão 2.109/2006-TCU-Plenário evidenciou limitações que prejudicavam a eficácia das ações de repressão às infrações cometidas pelas prestadoras, e, assim, o processo sancionatório vigente à época não apresentava a efetividade necessária para garantir o cumprimento, por essas, dos requisitos de qualidade estabelecidos na regulamentação. Por esse motivo, foram expedidas determinações no sentido da reformulação dos processos sancionatórios da agência, que culminaram em novo Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA) , aprovado pela Resolução-Anatel 589/2012, com expressa previsão da utilização de compromisso de ajustamento de conduta:

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

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) está previsto no § 6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e permite que os órgãos públicos ajustem com o particular um acordo para impedir ou cessar, mediante cominação, a continuidade de uma situação irregular na prestação de determinado serviço. Ou seja, trata-se de acordo excepcional, substitutivo ou suspensivo de um procedimento administrativo sancionador, que visa a tutelar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Segundo Milaré (2004) , a Lei 7.347/1985 trouxe, assim, hipótese de transação

destinada a prevenir o litígio (propositura de ação civil pública) ou a pôr lhe fim (ação em andamento) , e ainda dotar os legitimados ativos de título executivo extrajudicial ou judicial, respectivamente, tornando líquida e certa a obrigação.

O TAC é ato jurídico complexo, característico da Administração Pública consensual, em que o Poder Público e o administrado pactuam condições para substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta primariamente exigível por outra secundariamente negociável, de modo a possibilitar melhor atendimento do interesse público (Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 2003) .

Hugo Mazzilli (2007) concebe ajustamento de conduta com natureza jurídica de ato administrativo negocial, dada a manifestação de vontade de poder público por meio dos órgãos legitimados para celebração do compromisso, coincidente com o do particular, ocasião em que este deverá adequar sua conduta às exigências legais.

Seu produto é um documento com caráter de título executivo extrajudicial. Assim, em caso de descumprimento, o Poder Público deve buscar a execução do título como forma de penalização e sanção das operadoras.

Para normatizar o tema, e na esteira do art. 54 da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da autarquia) , foi editado o Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (RTAC) , consubstanciado na Resolução-Anatel 629, de 16/12/2013, que, embora não conceitue objetivamente o instrumento, prevê:

“Art. 3º. A Anatel poderá firmar TAC, com eficácia de título executivo extrajudicial, com vistas a adequar a conduta da Compromissária às disposições legais, regulamentares ou contratuais, mediante o estabelecimento de compromissos, nos termos deste Regulamento.”

A normatização de TAC não se restringe à Anatel, devendo-se registrar que também já o fizeram em suas respectivas áreas de atuação: a Agência Nacional de Transportes (Antaq) , a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) , a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) , a Agência Nacional de Transporte Aquaviários (Antaq) , a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) , a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional do Cinema (Ancine) .

No caso do regulamento estabelecido pela Anatel, os incisos I e II do art. 13 do

citado regulamento definem que os TAC a serem firmados pela Anatel compõem-se de dois elementos essenciais: o ajuste de conduta irregular propriamente dito e a fixação de compromissos adicionais.

O ajuste de conduta corresponde à obrigação da prestadora de corrigir todas as condutas que infringiram a legislação e a regulamentação da agência e de reparar todos os usuários atingidos por essas condutas, além de prevenir que a prestadora não continue a cometer novas infrações de mesma natureza durante e após a vigência do TAC:

“Art. 17. O compromisso de ajustamento da conduta irregular discriminará todas as obrigações e ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza àquela praticada pela Compromissária, bem como para a reparação dos usuários atingidos, se for o caso.

§ 1º Dentre as obrigações e ações citadas no *caput* deverão constar:

I - as medidas de reparação aos usuários atingidos, segundo cronograma de metas e condições não excedente a 6 (seis) meses, na forma da regulamentação da Anatel;

II - cronograma de metas e condições corretivas e preventivas, que terá prioridade sobre o cronograma de metas de compromissos adicionais; e,

III - multa diária específica, que incidirá no caso de atraso no cumprimento de quaisquer dos itens do compromisso de ajustamento.

§ 2º O compromisso previsto neste artigo delimitará a área geográfica de sua execução e os aspectos dos serviços de telecomunicações sobre os quais incidirão as obrigações assumidas.”

De relevo notar que o ajuste das condutas infringidas já é obrigação legal e regulamentar das operadoras, porém o sistema sancionatório vigente ainda tem se mostrado ineficaz nesse sentido. De tal modo, o TAC busca superar essa

deficiência, ao possibilitar e flexibilizar a pactuação de ajuste gradual ao longo do tempo para atingir o cumprimento integral de todas as metas e regulamentações.

O segundo componente dos TAC envolve os compromissos adicionais, que, conforme art. 18 do RTAC, compreendem a execução de projetos de investimentos

ou concessão temporária de benefícios diretos aos usuários. A norma preconiza:

“Art. 18. Além do compromisso de ajustamento da conduta irregular, serão estabelecidos compromissos adicionais que impliquem benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço, das seguintes espécies:

I - execução de projetos, selecionados a partir de rol de opções estabelecidas em Ato a ser editado pelo Conselho Diretor da Anatel, ou propostos pela Compromissária; e,

II - concessão temporária de benefícios diretos a usuários, que poderão se dar, dentre outros, na forma de redução, desconto, crédito, gratuidade em tarifas ou preços de serviços de telecomunicações.

§ 1º Os compromissos adicionais terão delimitados a área geográfica de sua execução e os aspectos dos serviços de telecomunicações sobre os quais incidirão as obrigações assumidas, e poderão dispor, total ou parcialmente, acerca de outros fatos e serviços de telecomunicações não diretamente relacionados às irregularidades constatadas.

§ 2º Na hipótese dos compromissos adicionais envolverem serviços prestados por outras empresas do grupo econômico integrado pela Compromissária, o TAC deverá ser subscrito pelos representantes legais de todas as empresas envolvidas.”

Os TAC mais adiantados na agência contemplam a modalidade prevista no inciso I, na forma de investimentos a serem realizados em áreas, segmentos ou tecnologias não previstos na outorga de serviço público da operadora. Seu valor tem como parâmetro o estoque de multas aplicadas à prestadora em face do descumprimento de normativos vigentes.

Volto a ressaltar que a multa pecuniária, como sanção, desempenha funções imprescindíveis à atuação do órgão regulador, tais como reprimir o infrator, recompor a legalidade, prevenir novas infrações, dar eficácia às medidas regulatórias, fortalecer a posição do órgão regulador perante os atores regulados e os administrados. Portanto, as multas aplicadas pela Anatel não podem ser analisadas unicamente pelo aspecto arrecadatório.

A possibilidade de se transformarem multas geradas por força de processo sancionatório em obrigações de fazer ou de não fazer encontra arrimo na

conjugação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público com o princípio da eficiência.

Isso porque, desde a sua instauração até o seu trânsito em julgado, o procedimento de apuração de descumprimento de obrigações (Pado) percorre um longo caminho, marcado pela intempestividade e ineficiência em retornar recursos para o setor ou forçar mudança de conduta dos regulados – situação já apontada pelo Tribunal em reiteradas oportunidades desde 2004 (Acórdãos 1.778/2004, 2.109/2006, 3.311/2015 e 1.970/2017, todos deste Plenário) .

Como bem destacado pelo ilustre Procurador do MPTCU a partir do Acórdão 1.970/2017-TCU-Plenário (grifei) :

“19. De fato, o Relatório de Gestão do exercício de 2016 da agência reguladora bem ilustra a falta de efetividade na arrecadação das multas impostas às operadoras, pois nele consta a informação de que, *“no período de **2000 a 2016**, a Anatel constituiu o quantitativo de 59.115 multas, o equivalente, em termos financeiros, a **R\$ 5.227.020.715,45**” (...)*

20. Do total destacado no parágrafo precedente, apenas R\$ 727.343.648,18 foram integralmente recolhidos e R\$ 4.677.444,62 arrecadados parcialmente (dados refletem o histórico das multas em 25/1/2017 – Relatório de Gestão 2016 da Anatel – p. 55) . O que mais chama a atenção é o fato de que 86% dos R\$ 5.227.020.715,45 constituídos em multas pela Anatel ainda não haviam sido efetivamente arrecadados em 25/1/2017, quando foi realizado o levantamento feito pela autarquia, apresentado em seu Relatório de Gestão do exercício de 2016. Tal relatório ainda evidenciava, entre outras situações, que 45,08% das multas estavam suspensas judicialmente (total de R\$ 2.356.087.545,87) e 40,09% inscritas no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (Cadin) ou em dívida ativa (total de R\$ 2.095.513.033,11) .

21. A Anatel reconhece que há grande dificuldade de recebimento de valores oriundos da aplicação/constituição de multas, devido ao recorrente questionamento judicial que as operadoras de telecomunicações, especialmente as de grande porte, apresentam quando são sancionadas, conforme Relatório de Gestão do Exercício de 2016 da Anatel, do qual extraio a passagem a seguir:

‘Relativamente ao quantitativo de **multas suspensas judicialmente**, este

representa 1,47% do total de multas. A Anatel, por meio de sua Procuradoria, vem atuando na esfera judicial para, a partir da decisão final, adotar as medidas de cobrança que porventura se façam necessárias. **Em termos financeiros estas respondem por 45,13% do montante constituído.** Esta relação decorre do fato de que as empresas de grande porte, as quais tendem a recorrer ao Judiciário, respondem por multas de alto valor.’ ”

É sabido que, até o trânsito em julgado do processo administrativo, não se afigura líquido o valor da multa, podendo a decisão ser reformada por meio de recursos e questionamentos técnicos. Não bastando a lentidão para que o Pado conclua o rito administrativo, constatou-se que o recebimento do valor das multas é frequentemente protelado mediante judicialização do feito, o que deixa o regulador com poucas condições de exercer seu *enforcement*.

E mais, a persecução da sanção não se encerra aí, dado que – afastada a hipótese de recolhimento voluntário dos valores – inicia-se novo procedimento administrativo, o de inscrição em dívida ativa para cobrança em juízo, que pode ser bem sucedida ou não.

Nessa conjuntura, o foco se volta para o fato de o ordenamento jurídico facultar à Anatel substituir o direito de perseguir a sanção, por meio da aplicação de multa, pelo ajuste certo e líquido de obrigações extraprocessuais, que serão pactuadas consensualmente como compromissos adicionais no âmbito de termos de ajustamento de conduta.

Exatamente pelo fato de a multa ser primariamente um instrumento regulatório, e não meramente arrecadatório, acaso essa se mostre ineficaz e o ordenamento permita seja convertida em obrigação de fazer, existe aí um espaço de decisão discricionária do regulador para alcançar os objetivos do setor. Em outras palavras, o interesse primário do regulador deve ser ajustar a conduta, seja por meio de multa ou obrigação de fazer. Desse modo, a opção pelo TAC representa, no atual cenário, uma alternativa regulatória igualmente válida em relação à persecução da sanção pecuniária.

Reconhece-se, portanto, que o objeto “substituído” pelo TAC não se reveste de certeza e liquidez absolutas, vez que as multas dos procedimentos sancionatórios só ganham tais atributos no encerramento desses feitos. Vale ressaltar que processos sancionatórios encerrados não podem ser objeto de negociação para inclusão em TAC, mas apenas aqueles em andamento, isto é, que ainda não

sofreram o comumente chamado trânsito em julgado administrativo, que os torna líquidos e certos, ao menos administrativamente.

De relevo destacar que Valor de Referência (VR) atribuído ao respectivo TAC serve de parâmetro para definir os compromissos adicionais, mensurados pelo Valor Presente Líquido (VPL) negativo do conjunto de projetos. Em outros termos, será considerado, para fins de compromissos adicionais de TAC, o *déficit* estimado entre receitas e despesas, descontadas ao longo do tempo – o que pressupõe que os projetos eleitos não são atrativos comercialmente, pois geram prejuízo. No caso da Telefônica, por exemplo, o valor absoluto do VPL é de cerca de R\$ 1,6 bilhão, conforme dados dos autos, ao passo que a empresa teria se comprometido com investimentos totais da ordem de R\$ 3 bilhões.

Por conseguinte, a assinatura de termos de ajustamento de conduta, elaborados em consenso entre o regulado e o regulador, mostra-se como uma possível opção para melhorar esse quadro. Ao ser elaborado por meio de negociação com o infrator, o TAC permite alinhar as expectativas do ator privado ao interesse público, o que aumenta as chances de cumprimento dos compromissos acordados, com possibilidade real de correção/cessão das condutas danosas.

Nos dizeres de André Saddy e Rodrigo Azevedo Greco (2015) , ao citar Pedro Gonçalves (2006) , existe a necessidade atual de se articular legalidade e eficiência, o que chama de “legalidade do resultado”. Ainda que exista certo compromisso com a legalidade, há uma significativa diminuição da intensidade legislativa e, por conseguinte, a passagem para um modelo de “normatividade principialista”, propendendo à substituição de um “Direito de regras” por um “Direito de princípios”. Assim, no futuro, a lei limitar-se-á a definir os objetivos públicos e os resultados a atingir, confiando à Administração Pública uma ampla liberdade de escolha das medidas que, em concreto, se mostrem adequadas, eficazes e eficientes para a produção dos efeitos desejados.

Vale ressaltar que **a presença de interesse público no ajuste não significa ausência de interesse privado**, e vice-versa, do contrário o TAC sequer seria celebrado, pois a concepção do instrumento busca alinhar interesses com vistas à resolução de pendências regulatórias entre as partes.

Dito de outra forma, não se mostra razoável adotar a concepção clássica da doutrina administrativista, segundo a qual o interesse público, é considerado, a um

só tempo, antagônico ao interesse privado e superior a esse. Como dito, a presença do interesse público não significa a ausência do privado. É possível, em tese, que ambos habitem o mesmo cenário harmonicamente, e esse é um pressuposto basilar da natureza negocial de um TAC.

Com esse cenário em mente, por meio dos compromissos adicionais, o TAC representa a substituição da persecução sancionatória, por meio desse longo caminho administrativo (e eventualmente judicial) até a estabilização da sanção e recebimento do valor, pela assunção de compromissos cujas etapas de consecução se iniciam de imediato.

Para ambas as partes, o encerramento célere e prematuro dos Pados, independente da etapa em que estejam (inicial ou final) , representa a redução ou eliminação dos elevados custos de carregamento desses processos ao longo dos anos de suas existências, substituindo os efeitos nocivos da litigância administrativa e, eventualmente, judicial, recorrente e duradoura, por um termo objetivo e consensual.

Para a Anatel, não há dúvidas que o encerramento dos Pados liberará recursos financeiros e materiais para a execução de atividades finalísticas mais interessantes e eficazes do ponto de vista do regulador.

A probabilidade de cumprimento do TAC é reforçada pelo fato de o instrumento possuir o atributo de título executivo extrajudicial (§ 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985) . Isto é, em caso de descumprimento, o TAC é líquido, certo e exigível de pronto, podendo ser executado independentemente de decisão judicial.

Nessa linha, uma vez definidos pela Anatel os termos do TAC, isto é, estabelecido o ajuste de conduta e objetivamente definidos os compromissos adicionais, mediante instrução pela área técnica da agência e manifestação prévia da Procuradoria Federal Especializada (PFE-Anatel) , compete, nos termos do art. 11 do os termos do RTAC, ao Conselho Diretor da agência deliberar acerca da autorização para celebração do instrumento.

Após a celebração, espera-se que a operadora cumpra o ajuste ao final da vigência estabelecida, cujo máximo é quatro anos. Em caso de descumprimento parcial, serão aplicadas multas proporcionais, isto é, para cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos, e no caso de descumprimento integral do TAC (mais de 50% das metas não atingidas) , o Conselho Diretor expedirá

Certificado de Descumprimento, que conduzirá à imediata execução da dívida, nos termos sancionatórios previstos no instrumento, aos quais a operadora anuiu consensualmente.

Feita a contextualização, observa-se que os TAC possuem natureza negocial, bilateral, de contorno quase contratual-administrativo. Assim como os acordos de leniência (arts. 16 e 17 da Lei AntiCorrupção) e na linha da previsão de autocomposição envolvendo entes estatais (arts. 32 a 40 da Lei de Mediação c/c arts. 3º, § 3º, 15, 174 e 175 do Código de Processo Civil) , trata-se de mais um exemplo do uso crescente de mecanismos de solução consensual de conflitos que vem modificando a Administração Pública contemporânea, atribuindo-lhe perspectivas mais negociais e mediadoras, além de, na medida do possível, menos contenciosa.

Nessa linha, podemos analisar o TAC como um pacto de livre vontade inspirado por estímulos e incentivos, resultante de uma dupla análise de custo-benefício, tanto no polo estatal quanto no polo privado, à semelhança do que tenho defendido em relação aos acordos de leniência (v.g. Acórdãos 245/2017 e 483/2017, ambos do Plenário) .

Por um lado, o agente estatal responsável pela negociação deverá analisar em que medida a cessação da conduta inadequada do agente privado privilegiará o interesse público, a atuação da agência reguladora, o erário e o usuário do serviço público delegado.

Por outro, a pessoa jurídica infratora analisa se, na sua condição, é mais benéfico ajustar sua conduta e realizar os investimentos demandados pela agência, ou assumir os riscos e custos inerentes aos procedimentos de sanção pecuniária aplicados por meio do rito tradicional da agência, denominados Procedimentos para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pados) .

Basicamente, só haverá acordo se, na ótica do Estado, os benefícios (ajuste de conduta e investimentos adicionais da operadora) superarem os custos e incertezas do processo de sancionamento tradicional da agência; e, sob a ótica do agente privado, se as obrigações de fazer contempladas no TAC forem menos onerosas que os riscos do procedimento sancionatório.

Nesse sentido, não se afigura razoável celebrar um TAC que viabilize tão somente o

interesse público, visto que não traria incentivos à adesão do particular. O mesmo se diga do inverso: não pode o Poder Público celebrar um TAC que conceda vantagens excessivas ao agente privado, em ofensa ao interesse público. Dado o caráter nitidamente negocial e voluntário do instrumento, esse só resultará favorável aos objetivos de ambas as partes quando se encontrar o equilíbrio entre os interesses público e privado, o que nem sempre é tarefa fácil.

Assim, é natural que nesse processo a Anatel conceda certas vantagens à operadora interessada, para que haja estímulos à celebração. Ou seja, não só a Administração, mas todas as partes envolvidas (particular, agência e a sociedade) precisam enxergar na negociação um processo positivo, que as conduza a uma situação final melhor que a anterior, desde que esse seja pautado pelo equilíbrio entre os benefícios concedidos ao administrado, o interesse público no ajuste de conduta e na consecução dos projetos previstos e a redução no custo administrativo de carregamento dos Pados a serem substituídos pelo TAC.

Uma atuação eficiente por parte do Estado nessa atividade negocial deve, portanto, considerar essa estrutura de incentivos e nela interferir. Estamos diante de situações de administração gerencial na prática, que pressupõe a confiança no gestor público para definir a condução dos procedimentos (grifou-se) :

“O **paradigma gerencial contemporâneo**, fundamentado nos princípios da confiança e da descentralização da decisão, exige **formas flexíveis de gestão**, horizontalização de estruturas, descentralização de funções, incentivos à criatividade. Contrapõe-se à ideologia do formalismo e do rigor técnico da burocracia tradicional. À avaliação sistemática, à recompensa pelo desempenho, e à capacitação permanente, que já eram características da boa administração burocrática, **acrescentam-se os princípios da orientação para o cidadão-cliente, do controle por resultados**, e da competição administrada.” (BRASIL, 1995. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado)

Portanto, não se pode analisar o instrumento sob a ótica puramente burocrática, permeada por regras procedimentais e controles-meio. Sem se afastar das leis e regulamentos, praticar a tão propalada administração gerencial pressupõe conceder certa margem de discricionariedade ao gestor. Vale dizer, o órgão negociador deve ter alguma liberdade para verificar, no caso concreto, qual a forma de atuação mais efetiva e eficiente, desde que suas escolhas estejam fundamentadas em bases sólidas, jurídicas e fáticas, e não se afastem da legislação e dos princípios regentes.

Naturalmente, há que se ter alguma cautela no controle dos acordos porquanto a atividade negocial pressupõe maior espaço de discricionariedade do agente público. Todavia, se o controle externo impuser rígido controle burocrático poderá minar o instrumento e sacramentar a ineficiência do Pado como instrumento sancionador da atividade regulatória.

Por serem instrumentos novos, é natural que haja alguns desacertos ao longo do procedimento de normatização e negociação do instrumento. Ademais, a Administração Pública brasileira de forma geral ainda não adquiriu maturidade, experiência e meios para negociar de forma plena e flexível junto aos agentes privados. Assim, é natural que surjam dúvidas de ambos os lados ao longo da curva de aprendizado institucional, que só o tempo saneará.

Portanto, este Tribunal deve ter a cautela necessária para não obstaculizar e burocratizar demasiadamente o procedimento de modo a inviabilizá-lo na prática. Também, repito, não deve analisá-lo com a mesma lupa burocrática com que examina, por exemplo, processos de licitações e contratos, visto tratar-se de um instrumento de gestão negociada.

É com esta visão que conduzo este Voto.

Sobre os aspectos teóricos, inicio abordando duas questões do ilustre Procurador do MPTCU retratadas em seu parecer de peça 156: i) a necessidade de lei específica ou decreto regulamentador da lei de ação civil pública que preveja expressamente a competência da Anatel para celebração de TAC com operadoras de telecomunicações; e ii) se a sistemática de troca de multas estimadas e aplicadas por obrigações e compromissos no TAC deve atender aos objetivos legalmente previstos para a aplicação dos recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) e do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust) .

Quanto ao primeiro ponto, pelos motivos expostos imediatamente acima, entendo que o arcabouço normativo já se encontra suficientemente delineado para autorizar a Anatel a celebrar TAC.

Conforme mencionado neste Voto, na instrução da SeinfraCOM e no próprio parecer do Ministério Público, o Poder Legislativo facultou às autarquias realizar o

referido procedimento negocial. A regulamentação específica dessa lei é feita mediante a expedição de resolução da própria agência, a quem incumbe detalhar os procedimentos. Aliás, é importante atentar que, no âmbito da atividade regulatória, dada a tecnicidade e a complexidade dos temas, é natural e corriqueiro que o legislador emita comandos mais gerais, abrindo espaço para que o regulador possa desenvolver o conteúdo das normas, dando-lhes concretude.

Ademais, acaso prevalecesse eventual exigência de lei específica ou decreto para mediar o disposto no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985, estariam em xeque não apenas os TAC firmados pela Anatel, mas também pelas demais agências e até mesmo pelo Ministério Público.

Neste ponto, a propósito, cabe mencionar a existência da Resolução 179/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que padroniza e regula o procedimento de celebração de termos de ajustamento de conduta por membros do Ministério Público. Note-se que a resolução foi editada em 26/7/2017, no entanto, a ausência de norma jurídica congênere jamais foi cogitada como pretexto para subtrair do Ministério Público essa importante ferramenta.

Dirijo também quanto à necessidade de observância dos objetivos legalmente previstos para a aplicação dos recursos do Fistel e do Fust no âmbito de TAC. A normatização desses fundos só se aplica no momento em que as multas administrativas estão definitivamente constituídas, momento a partir do qual ocorre a incidência do art. 51 da LGT c/c o art. 6º, inciso II, da Lei 9.998/2000, e art. 2º, alíneas “c”, “d”, “e” e “i”.

Antes do trânsito em julgado administrativo, não há certeza da constituição das multas. Como o ordenamento jurídico é harmônico, e faculta à agência transacionar multas em apuração (jamais as já apuradas) por meio de TAC, como opção igualmente válida e legal à persecução sancionatória, entendo que não há qualquer ilegalidade no procedimento frente às leis que regem o Fistel e o Fust. Adotar interpretação contrária seria colocar as mencionadas normas em posição de superioridade com as demais, e restringir excessivamente as possibilidades de atuação da própria agência reguladora, o que vai de encontro à própria concepção da atividade regulatória. Pelas razões expostas, deixo de acolher as propostas de oitiva quanto a essas questões.

Por oportuno, relevantíssimo registrar que o uso do TAC na agência configura-se

como uma **medida excepcional**, uma vez que o procedimento usual é fiscalizar as prestadoras e sancioná-las pelos seus descumprimentos da regulamentação vigente. A negociação em curso, que permite trocar a arrecadação das multas incertas por compromissos de investimento da empresa e o ajuste da conduta indevida, requer motivação demonstrando a presença do interesse público na aceitação desta permuta.

Pela excepcionalidade que possui, não é esperado que a agência passe a pautar sua atuação unicamente por meio de TAC. Admitir tal situação equivaleria a sepultar o poder regulador da entidade pelas vias ordinárias. É dizer, seria reconhecer o esvaziamento de mecanismos regulatórios atualmente estabelecidos.

Para além de ajustar conduta e converter créditos de multas (de baixa liquidez) em investimentos diretos e tempestivos aos usuários, os TAC trazem, como benefício indireto importante, o saneamento de situação crítica atual, a saber, o elevado passivo de Pados, cujos custos administrativos impactam negativamente a eficiência operacional da Anatel.

Assim, tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a celebração de TAC pela agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, bem como de análise de custo-benefício do instrumento.

A superação desse obstáculo momentâneo poderá conduzir a Anatel a melhor dispor de seus recursos financeiros e humanos em frentes mais efetivas de regulação do setor.

Para aquilatar o ponto, ressalta-se que a atuação do TCU, no seu papel constitucional de controle externo, se destina a fiscalizar a regularidade de atos e procedimentos da Anatel relativos aos ajustamentos de conduta em negociação.

Dessa forma, **não se pretende que o Tribunal ateste ou valide os TAC** em negociação.

Toda a presente análise objetiva assentar os contornos jurídicos e normativos do instrumento sob exame. Não se está a realizar qualquer juízo de valor sobre o

instrumento ser adequado ou inadequado como ferramenta regulatória, pois não é da competência do TCU emitir acórdão com sua “aprovação” ou “reprovação” em relação ao TAC em tese ou no caso concreto, ou sobre a opção regulatória adotada, sem prejuízo de se posicionar quanto à legalidade e legitimidade de cláusulas inseridas no acordo.

Deve-se sempre rememorar que o TCU não é instância revisora ou recursal das decisões da agência, tampouco órgão consultivo da Administração. No exercício de suas competências constitucionais, deve se ater a exercer o dito controle de segunda ordem, e não a regulação propriamente dita, conforme precisamente colocado pelo representante do Ministério Público atuante neste processo (Acórdãos 620/2008, 715/2008, 1.313/2010, 2.302/2012, 2.313/2014, 2.071/2015 e 1.555/2017, todos do Plenário) .

Desse modo, o Tribunal apenas determinará as medidas corretivas decorrentes do escopo da análise deste processo, **mantendo-se inalteradas a competência e a responsabilidade da Anatel e de seus dirigentes com relação a aspectos eventualmente não abordados pelo TCU e quanto aos resultados e riscos das cláusulas que pactuarem junto às operadoras.**

Conforme tenho dito, ainda que não possam ser caracterizados como atos administrativos em sentido estrito, os atos negociais da Administração praticados no âmbito de procedimento de mediação (Lei 13.140/2015) , dos acordos de leniência previstos na Lei Anticorrupção, assim como nos TAC, quando envolvem transação de bens e recursos públicos, estão sujeitos à jurisdição do TCU, cabendo, caso a caso, a avaliação de conveniência e oportunidade de atuar, com base em critérios de materialidade, relevância e risco (v.g. Acórdão 1.790/2017-TCU-Plenário, de minha relatoria, e Instrução Normativa-TCU 74/2015) .

II – IRREGULARIDADES NA NEGOCIAÇÃO DOS TAC NO ÂMBITO DA ANATEL

Com relação aos processos negociais de todos os TAC em andamento na Anatel, a SeinfraCOM identificou as seguintes situações:

II.1.1. Isenção irregular do pagamento de 10% das multas aplicadas antes da celebração de TAC

Em síntese, a secretaria instrutora vislumbra risco de que Pados sejam incluídos em TAC sem a incidência da condição do § 2º do art. 5º do RTAC (pagamento de 10%

do valor correspondente às multas aplicadas nos processos administrativos) mesmo nos casos em que o requerimento de celebração de TAC foi apresentado após o dia 17/4/2014, data em que se encerrou o período de transição estabelecido no art. 38 do RTAC – 120 dias contados de 16/12/2013, início de vigência do regulamento, durante o qual haveria a possibilidade de desconto, isto é, não exigência do referido pagamento.

Com efeito, não se verificou irregularidade, mas apenas risco de ocorrência, pelo que a unidade instrutora propõe **determinar** à Anatel que, nos processos de negociação e aprovação de TAC conduzidos pela agência, se abstenha de aplicar a regra em tela aos processos sancionatórios cuja inclusão no TAC tenha sido feita posteriormente ao período de transição previsto no regulamento, de forma que nesses processos seja devido o pagamento de 10% do valor correspondente às multas aplicadas para que sejam incluídos em TAC (art. 38, inciso IV, da Resolução-Anatel 629/2013) .

Em sede de memorial (peça 147, p. 22-28) , a agência demonstrou que, nos termos do Acórdão-Anatel 145, de 28/4/2017, foi ordenado às áreas técnicas realizarem a atualização da lista de processos passíveis de permanecerem no TAC, por meio da exclusão daqueles que eventualmente tivessem sido julgados em última instância e da inclusão de processos com o consequente cálculo de estimativa de multas.

Nessa toada, a lista definitiva de processos abrangidos ainda será consolidada no momento anterior ao da assinatura do instrumento, diante das possibilidades de movimentação de processos. Com isso, defende que a aplicação da disposição de cobrança será observada. Até a data do memorial, a Anatel apontou como excluídas do permissivo de desconto de 10% as sanções tratadas nos processos n° 53500.010346/2014, 53500.007559/2014, 53500.010267/2012 e 53500.005627/2013, em relação às quais, defende, será exigido depósito do percentual em espécie.

Conforme previsão do RTAC, art. 5º, § 2º, o pagamento deve ocorrer quando da celebração do ajuste, ou seja, após instruído e concluído o processo de celebração do termo de ajustamento de conduta. Logo, a exigência de recolhimento passa a ser possível apenas a partir da decisão definitiva acerca de sua celebração, com a abertura, à compromissária, do prazo para assinatura do documento – o que ainda não ocorreu em nenhum dos casos atualmente em tramitação na agência.

Quanto aos possíveis TAC das operadoras Algar e Sercomtel, ainda em fase de análise, a agência apurou e não identificou existência de Pados com multa aplicada cujo requerimento tenha sido apresentado após 120 dias da aprovação do RTAC. Quanto ao potencial TAC da operadora Oi, a lista definitiva de processos abrangidos ainda será consolidada no momento anterior ao da assinatura do instrumento, diante das possibilidades de movimentação de processos.

Do exposto, entendo que a primeira determinação alvitrada se mostra desnecessária neste momento processual. A um, porque não foi configurada irregularidade, mas mero risco de ocorrência. A dois, porque a própria agência adotou medidas acautelatórias e acolheu o entendimento da SeinfraCOM e da Procuradoria Federal Especializada junto à autarquia, mediante individualização da situação temporal de cada Pado, de forma a dar cumprimento ao RTAC.

Como ressaltai anteriormente, é preciso valorizar o princípio da confiança no gestor quando analisamos a administração sob a uma ótica gerencial, o que, evidentemente, não obsta eventual atuação *a posteriori* do Tribunal quanto ao ponto se verificada qualquer ilegalidade ou irregularidade no momento da efetiva celebração de TAC.

II.1.2. Ausência de análise da área técnica da Anatel acerca da existência de interesse público na inclusão de Pados no TAC da Telefônica

Por meio do Acórdão-Anatel 422/2016, que aprovou a celebração do TAC da empresa Telefônica, o Conselho Diretor da Anatel (CD) determinou fosse admitida de ofício a inclusão de todos os processos atualmente em trâmite que apurem, no todo ou em parte, as mesmas condutas incluídas nos processos já incluídos no TAC. Trata-se de aproximadamente 29 Pados no montante estimado de R\$ 511 milhões.

No entender da SeinfraCOM, a inclusão posterior de novos Pados ocorrida por meio Acórdão-Anatel 422/2016 seria irregular, pois não houve exame de admissibilidade pela área técnica da agência para resguardo do interesse público. Esse ato também geraria prejuízo ao aspecto comercial do TAC, pois a inclusão foi realizada contra a vontade da operadora.

Diante disso, a unidade instrutora propõe **determinar** à Anatel que somente aprove termos de ajustamento de conduta após analisar, anteriormente à aprovação, a

admissibilidade de cada processo a ser incluído no TAC e o impacto causado por cada um deles nas condições e nos valores que compõem o acordo de ajustamento de conduta. Sugere ainda, a **audiência** dos conselheiros envolvidos na aprovação do Acórdão-Anatel 422/2016.

Quanto ao ponto, convém analisar os argumentos da agência trazidos em sede de memorial (peça 147, p. 28-30) .

A Anatel rememora que, nos termos do art. 4º do RTAC, a agência pode propor TAC de ofício. Segundo exposto no documento denominado Análise nº 108/2016/SEI/IF, apresentado na 812ª Reunião do Conselho Diretor, em 27/10/2016 (aprovação do TAC-Telefônica) , após a celebração do TAC, o ideal é que exista uma forma única de avaliação da conduta objeto do ajuste – leia-se TAC único para cada operadora – como medida de estabilização da atuação da agência em relação ao tema, conferindo segurança jurídica aos envolvidos.

A inclusão de todos os processos de mesma conduta da operadora em TAC fortalece o instrumento e a atuação da agência, aumentando a eficiência de atuação da autarquia mediante instrumento único, sem diferença entre compromissos assumidos pelo termo e outros paralelos, eventualmente em apuração por meio de Pados (rito sancionatório tradicional) , pois reduz o custo de carregamento de processos, tanto para o Poder Público quanto para o administrado. Ademais, evita a prescrição da pretensão punitiva da agência, vez que concentra as sanções nos TAC mediante conversão em investimentos.

Ou seja, é mais interessante na perspectiva do interesse público que o TAC concentre todos os Pados em um só instrumento, com ganhos ao controle e fiscalização, do que haja múltiplos TAC de uma mesma empresa, ou mesmo um TAC e múltiplos Pados concomitantes a TAC, como seria de se esperar pela interpretação da SeinfraCOM.

Ainda de acordo com o memorial apresentado pela agência, a inclusão de ofício não prescindiu de um exame detalhado de cada um dos processos a serem incluídos na

minuta de TAC com a Telefônica e da integração dos valores de suas multas ao Valor de Referência, conforme Despacho Ordinatório-SCD 0970660, de 17/11/2016, em que se determinou às áreas técnicas a atualização da lista de processos contemplados no TAC, a partir da admissão daqueles de temática pertinente, com o consequente cálculo de estimativa de multas. Com isto também se determinou que

deveria ser realizada a atualização do Valor de Referência do TAC, previamente à celebração.

Em exame da matéria, não se pode perder de vista que Conselho Diretor (CD) é órgão máximo da Anatel, e como tal pode realizar diretamente o exame de admissibilidade, desde que motivado conforme o interesse público. Ainda que a área técnica o faça preliminarmente como regra geral, tal análise constitui mera instrução processual com vistas à decisão do colegiado, que pode inclusive divergir. Ou seja, o juízo máximo sobre o tema compete ao Conselho da agência, desde que não atente contra princípios e normas.

Quanto ao ponto, não vislumbro gravidade suficiente a justificar a realização de audiência dos conselheiros da agência, pois o exame de admissibilidade previsto nos arts. 7º e 9º do RTAC configura mera instrução processual, como sugestão de atuação ao Conselho, a quem compete efetivamente decidir a respeito ou propor nova solução motivada. Não há vinculação entre a instrução processual da área técnica da Anatel e a decisão do Conselho, órgão máximo da agência, titular das competências previstas em lei.

Não obstante, é cabível manter a **determinação** quanto ao ponto, para que somente aprove TAC após analisar, anteriormente à aprovação, a admissibilidade de cada processo sancionatório a ser incluído no TAC, seja na área técnica ou no Conselho Diretor, e o impacto causado por cada um deles nas condições e nos valores que compõem o instrumento de ajustamento de conduta.

Conforme se analisará adiante neste Voto, na Seção VII, relacionada ao cálculo do VPL (Valor Presente Líquido) a partir do Valor de Referência de cada TAC, apesar de não haver irregularidade em o Conselho Diretor determinar a inclusão de Pados no TAC, de ofício, conforme suas atribuições, tal decisão tem forte impacto na composição dos compromissos adicionais, multas e investimentos, situação que deve necessariamente ser observada de forma fundamentada e prévia à celebração.

II.2. Alteração de metas e dos compromissos do TAC diretamente pelo

Conselho Diretor

Segundo a SeinfraCOM, o RTAC teria estabelecido prazos definidos para as fases de negociação, de análise e de decisão da agência. Entretanto, a Anatel estaria aceitando reiteradamente que as operadoras apresentem novas propostas, tanto de

correção de conduta quanto de projetos de investimentos para compromissos adicionais, após o prazo máximo definido pelo RTAC. A unidade instrutora registra não haver impedimento normativo para que fossem instaurados outros processos de TAC abrangendo somente novos pedidos.

Nos processos de análise dos TAC da Oi e da Telefônica, há evidências de que, durante o período em que os procedimentos estavam em tramitação no Conselho Diretor, as operadoras continuaram a propor novos projetos de investimento e novas condições para correção das condutas infringidas, alterando substancialmente os termos recebidos e analisados pela Comissão de Negociação além do período regulamentar de quatorze meses.

Além disso, o CD determinou que a área técnica continue incluindo novos processos e atualizando o valor total do TAC da Telefônica e de seu cronograma de metas e compromissos até a assinatura do TAC.

Com isso, foi proposto **determinar** à Anatel que, em caso de alteração relevante pelo Conselho Diretor da proposta da minuta de TAC encaminhada pela comissão de negociação, remeta a minuta final novamente à área técnica e à Procuradoria Federal Especializada (PFE) para nova análise. Ademais, é sugerida **recomendação** de aperfeiçoamento do processo e **audiência** dos conselheiros que aprovaram propostas em suposta afronta ao RTAC.

Quanto ao ponto, entendo conveniente ajustar a proposta da unidade instrutora de acordo com os argumentos da agência trazidos em sede de memorial (peça 147, p. 31-42) .

A Anatel demonstrou, inclusive transcrevendo a motivação para a aprovação das normas internas, que o RTAC estabelece que o prazo para apresentação de análise técnica pela Comissão de Negociação **não é preempatório** para o processo negocial. Sobressairia o princípio do formalismo moderado, permitindo que as fases procedimentais rumo à apreciação final do TAC pelo Conselho Diretor fossem mais fluidas, delimitadas por prazos, mas jamais ameaçadas por eventual preclusão, seja para a agência, seja para o administrado.

A fixação do prazo de suspensão dos processos administrativos por até quatorze meses, cerca de 420 dias, nos termos do art. 8º do RTAC, busca congelar temporariamente o conjunto de procedimentos administrativos, estabilizando-se

inicialmente a negociação e, de outro lado, incentivar os administrados a não protelarem o processo negocial.

A extrapolação de tal período não deve encerrar as negociações de forma peremptória e infrutífera, ou vedar a inclusão de novos acordos no mesmo TAC, mas apenas autorizar a retomada dos processos suspensos de forma concomitante às negociações, o que novamente incentiva a operadora a negociar com mais intensidade. Ao meu ver, temos aí uma equilibrada norma de espírito gerencial e favorável à mediação entre as partes.

Por outro lado, ainda que inexista impedimento normativo para que sejam instaurados outros processos de TAC abrangendo somente novos pedidos, conforme sugerido pela unidade instrutora, não me parece razoável que, por mera extrapolação do prazo sugestivo dado na norma, a agência tivesse que conduzir processos paralelos de negociação tendentes à celebração de múltiplos TAC com o mesmo agente. A meu ver, tal situação atenta contra a eficiência, a celeridade, a simplificação e racionalização processual da negociação com os administrados, podendo, inclusive, sobrecarregar os subseqüentes controle e fiscalização do instrumento, mediante a existência de diversos instrumentos de ajuste de conduta de uma mesma operadora.

Ademais, o prazo de quatorze meses previsto no art. 8º do RTAC não é para a conclusão das negociações, mas apenas, como ressaltou a Anatel, de suspensão dos Pados objeto de conversão em compromissos adicionais. Caso ultrapassado, as negociações não ficam prejudicadas, apenas deixa de vigor a suspensão dos processos sancionatórios prevista no dispositivo.

Novamente na esteira da competência do Conselho Diretor da agência, o Decreto 2.338/1997, que aprovou o Regulamento da Anatel, evidencia sua competência para decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada. Assim, não vislumbro óbice a que esse determine diretamente, mesmo após manifestação de áreas técnicas e negociais inferiores, a mudança de metas e dos compromissos do TAC, desde que não colida com a legislação específica.

Conforme já ressaltai, a administração gerencial não pode ser analisada sob a ótica burocrática. Em um processo inovador e negocial, impor ao Conselho Diretor a celebração de termo de ajustamento de conduta nas estritas condições analisadas por instâncias inferiores impede o aperfeiçoamento da negociação e trava o processo criativo e construtivo na busca de soluções cada vez melhores.

Considero, ainda, equivocadas as premissas, o fundamento e a conclusão da proposta da unidade instrutora quanto a esse ponto específico.

Há confusão entre os papéis das instâncias de instrução e de deliberação. Àquela compete apresentar dados e argumentos técnicos para subsidiar a decisão desta. Mais que isso: parte-se da errônea premissa de que apenas a instrução técnica da agência pode conter a melhor diretiva para o interesse público, pretendendo, em última instância, tornar a deliberação um mero ato burocrático e acrítico de chancela pelo Conselho Diretor da instrução realizada pela Comissão de Negociação.

Olvida-se, porém, que o mandato e, conseqüentemente, a responsabilidade pelas deliberações adotadas, é dos homens e mulheres públicos que compõem o Conselho Diretor, por mais valiosa que seja a contribuição da área técnica da Agência.

Exigir o envio dos processos para reanálise da área técnica todas as vezes em que o Relator ou o Conselho Diretor entender que a proposta merece modificação substancial é subtrair poder decisório de quem tem competência legal para decidir. Pior: é investir de poder substancialmente decisório quem tem atribuição legal de fornecer subsídios técnicos e não de deliberar.

Nesse sentido, dissinto da proposta de determinação alvitrada pela SeinfraCOM. Entendo que, em caso de alteração substancial em relação aos termos analisados anteriormente pela Procuradoria Federal Especializada, o Conselho Diretor poderá colher novo posicionamento do órgão jurídico se entender conveniente. Do contrário, ficará a seu cargo maior ônus argumentativo sobre a juridicidade e a tecnicidade da decisão que adotar, com base nos princípios da transparência e da motivação dos atos administrativos.

Ademais, conforme art. 8º, inciso III, c/c o arts. 10 e 13 da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) , as sessões e reuniões do Conselho Diretor contam com a presença obrigatória do Procurador-Geral da agência, de modo que, caso a matéria seja substancialmente modificada em relação àquela que foi objeto de pronunciamento da PFE, esse poderá manifestar-se na própria sessão sobre aspectos jurídicos que permeiam esses instrumentos.

Todavia, considero pertinente a proposta de que o Conselho Diretor participe de forma mais tempestiva na negociação, de maneira a evitar sucessivos retornos às áreas técnicas para ajustes, porque obviamente tal processo de idas e vindas internas não tem se revelado eficiente.

Portanto, **recomendo** aperfeiçoamento do RTAC de forma a otimizar e dar segurança jurídica ao processo de negociação, prevendo participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação do TAC, e não somente ao final, estabelecendo outros pontos de controle ao longo do processo para a análise e decisão do Conselho Diretor antes da submissão da minuta definitiva de TAC à Procuradoria da Anatel, com vistas a assegurar a observância dos princípios da legalidade, celeridade e interesse público, e da atribuição prevista no art. 57, inciso V, do Decreto 2.338/1997.

Por fim, deixo de acolher a proposta de audiência dos membros do Conselho Diretor, visto que não se configurou qualquer irregularidade quanto ao ponto.

III – IRREGULARIDADES NOS DISPOSITIVOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA APLICÁVEIS A TODOS OS TAC

Nesta seção, a SeinfraCOM avaliou as condições e premissas assentadas pela Anatel para definir os compromissos referentes especificamente ao ajustamento de condutas irregulares, as quais deram origem aos processos sancionatórios e multas atualmente em aberto. As impropriedades, irregularidades e riscos estão retratados abaixo, em itens, na mesma ordem colocada pela SeinfraCOM.

III.1. Fragilidades nas repactuações dos TAC devido às alterações nos modelos de gestão da qualidade e da universalização

As negociações no âmbito da Anatel contemplam ajustes de conduta em temas diversos como direitos e garantias dos usuários, qualidade e universalização dos serviços. Por outro lado, estão em andamento estudos e projetos, nos âmbitos legislativo e administrativo, com o objetivo de revisar os regulamentos e modelos que regem tanto o tema de qualidade dos serviços quanto o de universalização do serviço de telefonia fixa.

Sobre a qualidade de serviços, os estudos em curso tendem a alterar substancialmente a forma como essa é medida, incluindo alteração ou anulação dos indicadores e das metas que serviram como base para os processos de multas

tratadas nos Pados incluídos no TAC da Telefônica.

Nesse caso, entende a SeinfraCOM que, como os ajustes de conduta pretendidos no TAC em negociação estão baseados no regulamento vigente, incluindo os parâmetros técnicos e indicadores das metas, eventual revisão integral do modelo de gestão da qualidade pode prejudicar significativamente as ações, os resultados e a efetividade dos TAC. Em outras palavras, o ajuste de conduta pactuado possivelmente não será mais exigível no futuro, ao menos não nos mesmos termos, o que levaria à ineficácia do instrumento.

Como encaminhamento, propõe **determinar** que, diante da concretização das alterações previstas na revisão de normativos da Anatel durante a vigência do TAC, no prazo de 120 dias após a publicação do novo normativo, redistribua em novos compromissos ou estabeleça na forma de pagamento direto o valor correspondente aos compromissos de ajustamento de conduta incluídos nos TAC cujo objeto, ações e obrigações forem reduzidas ou prejudicadas pela revisão do normativo, garantindo, assim, a existência de mecanismos de compensação que garantam o interesse público do acordo, uma vez que poderá não ser possível exigir a correção das condutas infringidas nos Pados com a nova regulamentação.

No entender da Anatel, consoante memorial (peça 147, p. 43-58) , o raciocínio defendido pela SeinfraCOM seria incompatível com a constante e veloz evolução do setor de telecomunicações. Sugere que, em tese, não seria pertinente obstar a inclusão de qualquer tema no âmbito de um TAC pela simples motivação de que a regulamentação associada àquele tema pode vir a se alterar ao longo dos anos subsequentes, já que a mudança é a dinâmica natural do mercado.

Como solução, a agência entende possível compatibilizar a aplicação do instrumento com a atualização da regulamentação, movimento que responde às mudanças tecnológicas de mercado e está fora de sua alçada de governança. Aduz não ser razoável que a simples possibilidade de alteração da regulamentação afete as obrigações negociadas no TAC e suscite a exclusão dessas. Ao final, aduz ser preciso que se analise, no caso concreto, se o agente público compatibilizou ou não o acordo com a evolução da regulamentação.

Novamente, invoco o princípio da confiança na atuação do gestor público e rogo pela inaplicabilidade da ótica estritamente burocrática aos processos de mediação na Administração Pública.

Novamente, a unidade instrutora vislumbrou um risco pertinente. Não obstante, deixo de acolher a proposta de determinação sugerida, pois essa contempla possível inovação frente aos parâmetros normativos (conversão de obrigação de ajuste de conduta em pagamento direto em caso de mudança do marco regulatório)

Pugno que, se a agência adotar medidas preventivas face ao risco identificado, a situação estará saneada para o momento. A manifestação da Anatel (peça 147, p. 43-58) mais uma vez joga luz sobre o tema.

A agência demonstrou ter antecipadamente compatibilizado a já planejada alteração no modelo de gestão de qualidade aos termos negociados do TAC: ainda que todos os atuais indicadores sejam extintos e substituídos durante a revisão da regulamentação em curso, o Índice Geral de Qualidade (IGQ), previsto no TAC, continuará sendo computado da mesma forma, a saber, com base nos indicadores que estiverem vigentes no momento da apuração do cumprimento.

É esperado que as regras estabelecidas sejam flexíveis a ponto de contemplarem a expectativa de mudança, adaptando-se aos detalhes regulatórios que já estão em discussão na agência. Dessa maneira, a agência conclui que as metas dos indicadores dos serviços, vigentes à época de vencimento da obrigação (condutas avaliadas sob critérios passados), deverão estar integralmente atendidas. E a prestadora, ao assinar o TAC, estará aquiescendo com essa condição, conforme cláusula adiante, contida na minuta do TAC da Telefônica (grifou-se) :

“Cláusula 3.2. A COMPROMISSÁRIA se obriga, ao término da vigência do presente Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) a **atender integralmente as metas dos indicadores de qualidade** do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e do Serviço Móvel Pessoal – SMP, **vigentes à época, bem como dos serviços que resultarem de eventuais evoluções regulamentares que neles promovam modificações, substituições e incorporações.**”

Ou seja, ainda que o ajuste de conduta se dê sob as regras atuais (em atenção ao interesse público vigente no momento, portanto), se o marco regulatório for alterado, isso significa que o interesse público será avaliado sob novas bases, logo a conduta exigível passará a ser a nova, conforme indicadores e metas próprios, em adição às metas vigentes atualmente.

Esse posicionamento não obsta que, se futuramente forem identificadas irregularidades, o Tribunal atue no caso concreto, por meio da secretaria especializada, que poderá representar ao Plenário ou atuar por meio de processo de fiscalização.

III.2. Fragilidades nas alterações nos TAC referentes às alterações das metas de universalização e do modelo regulatório do setor de telecomunicações

Sob esse título, a unidade instrutora traz notícia de que muitas já aplicadas estariam sendo revistas sob nova metodologia, com vistas à adequação entre a metodologia antes vigente e a atualmente válida (RASA) . Como determinados processos nesta situação seriam incluídos no TAC da Telefônica, haveria risco de redução do valor posteriormente associado à celebração do TAC, reduzindo seu valor de referência.

Com isso, propõe **determinar** que a agência se abstenha de recalcular o valor de qualquer multa aplicada que esteja abarcada no respectivo TAC com outra metodologia que não seja aquela vigente no momento da aplicação.

Em exame, as considerações da Anatel em sede de memorial (peça 147, p. 58-66) .

Novamente a situação não configura irregularidade, mas mero risco, cuja probabilidade de ocorrência é nula, já que eventual redução de valor de multa aplicado em qualquer processo é inviável após assinatura da TAC. Ora, se houver trânsito em julgado do processo sancionatório antes da celebração do TAC, esse processo não poderá mais constar do acordo, segundo disposto no art. 1º, § 1º, do RTAC. Sob outra vista, se o valor de multa integrar o TAC e esse for celebrado, descabe alterar seu montante posteriormente, dado o caráter eminentemente contratual do ajuste.

Outrossim, a admissão de Pados em TAC, mediante conversão de seus valores em compromissos adicionais, acarreta o arquivamento dos processos sancionatórios, transmudando sua natureza. Os montantes que, antes suportados por processo administrativo, passarem a integrar termo negocial, bilateral, um quase contrato administrativo, não poderão ser revistos. Ou seja, a proposta de determinação busca solucionar situação prática inviável, pelo que entendo que é insubsistente.

III.3 Ausência de interesse público em celebrar TAC diante das alterações das metas de universalização resultantes do novo modelo de telecomunicações

Conforme anteriormente relatado, os TAC de universalização prevêm como

Conforme anteriormente relatado, os TAC de universalização prevêm como conduta a ser ajustada o cumprimento das metas de universalização vinculadas à concessão da telefonia fixa. Porém, as mudanças esperadas na revisão do modelo prenunciam a extinção da modalidade concessão para esse serviço, que passará a ser explorado mediante autorização. Com isso, a obrigação de universalização deixará de ser exigível das operadoras e, no entender da SeinfraCOM, isso anularia as metas de universalização pretéritas as quais as prestadoras estariam obrigadas a cumprir por força de ajustamento de conduta.

Com tal construção, propõe **determinar** à Anatel que se abstenha de incluir nos TAC quaisquer Pados relativos ao tema de universalização, considerando que está prevista a extinção das obrigações relativas ao tema na revisão do modelo de telecomunicações, conduzida tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo, o que acarretaria na perda de objeto de parcela significativa dos compromissos de correção de conduta.

Alternativamente, caso não seja acolhida tal sugestão, propõe **determinar** à agência que, diante da concretização das alterações previstas nas obrigações de universalização, redistribua o valor relativo aos Pados de universalização incluídos nos TAC para novos projetos de compromissos adicionais, ou ampliação dos já existentes, uma vez que não será possível exigir a correção das condutas infringidas nos Pados.

Sugere ainda **determinar** à Anatel que, caso seja necessária a repactuação das condições de TAC já assinados devido a alterações regulamentares posteriores, se abstenha de prorrogar a vigência dos TAC assinados e de fazer qualquer alteração no prazo de vigência dos acordos em andamento que possa provocar atrasos nos resultados esperados com os termos assinados.

Outra vez, para melhor entendimento e contraponto da questão, é preciso analisar os argumentos trazidos pela autarquia em sede de memorial (peça 147, p. 62-63) . Vale transcrever o seguinte trecho do memorial, que grifei:

“Em geral, um TAC considera ambos os objetivos: zerar a inadimplência e coibir a reincidência da irregularidade. Considerando a possibilidade de extinção antecipada dos contratos de concessão do STFC e do anexo Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) , o Conselho Diretor negociou os seguintes compromissos com a Telefônica:

Correção do passivo de localidades sem oferta de telefonia fixa (acesso coletivo ou individual) : compromisso de instalar, dentro do prazo de 12 (doze) meses a contar da data de assinatura do TAC, acessos coletivos do STFC (TUP) nas localidades com mais de 100 habitantes e de realizar a oferta de acessos individuais, por meio de STFC ou SMP, em localidades com mais de 300 habitantes ainda desatendidas até a data de assinatura do TAC e que já fazem jus à oferta (Cláusulas 3.18 e 3.19) ;

Ajuste de conduta na oferta de acessos coletivos: a empresa assumiu o compromisso de adequar, observadas metas anuais, toda a planta residual de TUP, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) meses, a contar da data de assinatura do TAC, à regulamentação vigente à época (funcionalidades, meio de pagamento, disponibilidade, densidade, etc) , nos termos da Cláusula 4.7. A revisão do modelo e do PGMU, por disposição expressa (Cláusula 4.8) , afeta logicamente a base de TUP sobre os quais recai a obrigação (não a extinguindo) , além de gerar a obrigação para a prestadora de realizar um mapeamento completo das obras necessárias a serem realizadas

O compromisso a que se refere a alínea “a” é imune a alterações no contrato e no PGMU, pois se refere a obrigações contraídas antes da data de assinatura do TAC. É de se ponderar que, ainda que os contratos de concessão sejam rescindidos, não serão autorizadas retiradas de elementos de rede de locais que ficariam desassistidos, sendo esse um condicionante para migração do regime jurídico de exploração. Mesmo no regime privado, as atuais concessionárias terão de firmar, em anexo aos futuros Termos de Autorização, se vierem a assiná-los, compromissos de manter o atendimento de localidades então cobertas apenas com o STFC em regime público.”

Depreende-se, assim, que o instrumento obriga a Telefônica a adimplir integralmente o passivo de obrigações não cumpridas no regime atual, com obrigação expressa no instrumento TAC, mesmo se o modelo for revisto.

A contração voluntária de obrigação por meio do TAC suplanta eventual mudança de marco regulatório quanto ao tema, visto que a obrigação, embora deixe de existir nas leis e regulamentos, subsistirá nas cláusulas do instrumento com contornos de contrato.

Ou seja, a alteração do marco regulatório não eliminará a obrigação de cumprir as

pendências verificadas nos processos admitidos no TAC. Pelo contrário, o instrumento contratualiza a necessidade de sanar esse passivo nos termos da regulamentação vigente, resguardando-se contra eventual alteração futura.

Pelo exposto, deixo de acolher a proposta de expedir as determinações, visto que se trata de risco ainda não ocorrido, e não irregularidade. Além disso, os TAC celebrados são improrrogáveis, à vista do disposto no art. 13, inciso VIII, do RTAC, o que por si só obsta eventual tentativa nesse sentido de qualquer das partes envolvidas.

Como já destaquei, é preciso valorizar o princípio da confiança no gestor quando analisamos a administração sob a uma ótica gerencial, o que, evidentemente, não obsta eventual atuação *a posteriori* do Tribunal quanto ao ponto se verificada qualquer ilegalidade ou irregularidade no momento da celebração, execução ou acompanhamento dos TAC.

III.4. Irregularidade na criação e na exigência nos TAC de um Índice Geral de Qualidade (IGQ) , inexistente na regulamentação vigente

É sabido que a Anatel acompanha a qualidade dos serviços de telecomunicações por meio do monitoramento de uma complexa cesta de indicadores de desempenho operacional das prestadoras, definidos em regulamentação, e já possui rotina de fiscalização sistemática desses números.

Ao longo do processo de construção dos termos dos TAC das operadoras relativos ao tema universalização, foi adotado o Índice Geral da Qualidade (IGQ) . Na minuta de TAC da prestadora Telefônica, aprovada em 27/10/2016 pelo Conselho Diretor, foi inserida previsão de utilização do IGQ como consolidador do resultado dos indicadores, como forma de mensurar o ajuste de conduta almejado pelo TAC – uma espécie de indicador geral de cumprimento do termo.

Destaca a SeinfraCOM que a Anatel definiu a existência e aplicação do referido indicador (IGQO) somente para o serviço de telefonia fixa, conforme Resolução-Anatel 605/2012, não estando regulamentada nem prevista a aplicação de tal índice para os demais serviços, cuja qualidade foi normatizada pelas Resoluções-Anatel 574/2011, 575/2011 e 411/2005.

Nessa toada, a unidade instrutora defende ser inadequado a agência optar, em uma negociação com a relevância e a materialidade dos TAC, por trocar o

acompanhamento de ajuste de conduta baseado em indicadores regulamentados por um indicador novo, não normatizado para todos os serviços.

No que tange à metodologia de construção do IGQ (percentual simples de quantos indicadores avaliados cumpriram suas metas sobre o total de indicadores que foram avaliados em determinado período) , a Anatel estaria a ignorar o atingimento da meta – e, conseqüentemente, o ajuste de conduta – de cada indicador existente no regulamento e que motivou as multas que resultaram nos Pados e, conseqüentemente, na assinatura de TAC.

Dessa maneira, a SeinfraCOM conclui a análise com proposta de **audiência** de todos os conselheiros responsáveis pela aprovação do TAC-Telefônica por meio do Acórdão-Anatel 422/2016, bem como **determinação** à Anatel para que:

a) se abstenha de assinar qualquer TAC envolvendo o tema de qualidade que utilize como critério para definição do ajustamento de conduta e de suas metas o Índice Geral da Qualidade (IGQ) ou qualquer outro indicador não regulamentado e não submetido à consulta pública para análise da sociedade, incluindo as operadoras;

b) ao estabelecer o acompanhamento do ajustamento de conduta referente às metas e compromissos a serem atingidos pelo TAC, estabeleça pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC, com a previsão de aplicação de multas por descumprimentos relacionados a esses controles realizados.

Novamente, o salutar e constitucional contraditório permite convergir para uma solução de equilíbrio razoável e adequado, conforme memorial apresentado pela Anatel (peça 147, p. 67-78) .

Sobre o tema, a agência esclarece que não se criou indicador novo, pois na verdade o IGQ não é um indicador, mas um índice. Ele não se confunde com o IGQO (Índice Geral de Qualidade Operacional) do STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado) , apenas se inspirou na ideia de computar os indicadores na forma de um índice. Vale trazer trecho do Memorial (peça 147, p. 70) :

“Ao estabelecer que o percentual de cumprimento das metas regulamentares ao final do TAC deverá ser 100%, a Anatel está apenas traduzindo em números o objetivo do TAC quanto aos indicadores de qualidade: o ajustamento integral da conduta, para que todos eles cumpram as metas vigentes. Não houve aqui nenhuma inovação ou criação de um novo indicador, como afirma a SeinfraCOM,

apenas a intenção de traduzir em números o objetivo do TAC.

Determinar que o IGQ seja igual a 100% ao final do TAC, equivale, matematicamente, a estabelecer que todo indicador atinja sua respectiva meta naquele momento. É o mesmo que estabelecer o ajustamento de todos indicadores regulamentares às metas vigentes, com a vantagem de que, se o conjunto de indicadores que retrata a qualidade dos serviços for alterado ao longo da execução do TAC, o compromisso assumido pela empresa de se ajustar à qualidade regulamentada não é afetado. A adoção do IGQ dispensa qualquer repactuação do TAC nesse tema.

Enfim, não seria necessário sequer atribuir uma denominação específica a esse índice, porque o que se está a fazer no âmbito do TAC resume-se a definir a forma de computar e demonstrar a correção ou não das condutas regulamentadas para o tema da qualidade.”

Ou seja, o IGQ não é indicador novo no sistema regulatório da Anatel. Trata-se de uma ferramenta gerencial, um índice agregador do resultado dos indicadores já previstos e normatizados, estabelecido como forma de calcular, numericamente, o grau de atendimento do TAC, isto é, o nível de ajuste de conduta alcançado com o instrumento.

A Anatel defende que continuará acompanhando e publicando absolutamente todos os indicadores estabelecidos, que de fato servem de parâmetro para avaliação de qualidade da operadora, Ademais, cláusula do TAC prevê que a signatária deverá manter, no mínimo, o patamar atual do IGQ durante toda a vigência do TAC, de modo que eventuais retrocessos do patamar geral não poderão ocorrer sob pena de sancionamento.

Analiso a questão inclusive sob a ótica matemática. Sendo o IGQ um índice construído a partir de percentual simples de quantos indicadores avaliados cumpriram suas metas sobre o total de indicadores que foram avaliados em determinado período, se indicadores forem medidos e sancionados

independentemente, entendo que o resultado seria exatamente o mesmo ao final do TAC: a Anatel consideraria o instrumento descumprido e sancionaria a prestadora de acordo com a parcela do Valor de Referência (VR) atribuída a cada indicador, ou seja, proporcionalmente à parcela da qualidade total descumprida.

Desse modo, por se tratar de instrumento gerencial de avaliação matemática de cumprimento do instrumento TAC, que na prática faz apenas refletir os indicadores previstos na legislação, não vejo qualquer empecilho ao seu uso. A aritmética é clara e objetiva: se o instrumento prevê que o valor de referência do IGQ a ser alcançado é de 100%, todos os indicadores vigentes à época devem ter alcançado suas metas ao final do TAC. A parcela não alcançada irá, naturalmente, se refletir na redução do IGQ de forma proporcional, para fins de sancionamento.

Nesse sentido, deixo de acolher a proposta de audiência e determinação conforme proposto. Cumpre ressaltar que a forma de mensurar e acompanhar o resultado dos TAC é uma escolha gerencial situada na esfera de competência e a autonomia do órgão regulador para definir e implementar alternativas para equacionamento dos problemas setoriais. Assim, não me parecem subsistir as fragilidades aventadas.

De outra banda, é válida a preocupação da unidade instrutora para que se estabeleça pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC, com a previsão de aplicação de multas por descumprimentos relacionados a esses controles. Isto é, sejam estabelecidas metas intermediárias para cumprimento, seja por meio de metas parciais para o IGQ ou para os indicadores regulamentados.

Ademais, a cláusula do TAC que exige manutenção do patamar atual do IGQ durante toda a sua vigência é saudável, mas poderia ser complementada por regramento que, não apenas exija manutenção de patamar desse índice geral, mas também impeça o retrocesso de qualquer dos indicadores individualmente mensurados, uma vez que quedas de uns podem ser eventualmente compensados, no resultado do IGQ, por melhorias proporcionalmente maiores em outros indicadores.

Nessa linha, em atenção ao interesse público e com fundamento nos arts. 16 e 17 do RTAC, adapto a **determinação** proposta pela unidade instrutora de modo a prevenir o risco de mascaramento de resultados negativos com positivos, para que a Anatel estabeleça, se ainda não tiver feito, cláusulas com pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC, mediante metas intermediárias para indicadores e/ou índices utilizados para mensuração, com a previsão de aplicação de sanções por descumprimentos relacionados a essas metas ou retrocessos persistentes, não transitórios, nos indicadores escolhidos para acompanhamento do instrumento.

IV – IRREGULARIDADES NOS DISPOSITIVOS DOS COMPROMISSOS ASSUMIDOS

Destaquei no início de meu Voto que o TAC é composto de dois elementos fundamentais: o ajustamento de conduta e os compromissos adicionais, esses destinados a trazer benefícios a usuários e melhorias ao serviço, por meio de investimentos em projetos de infraestrutura.

A existência dos compromissos adicionais faz com que o TAC seja mais que mera extensão de prazo dada às operadoras para que corrijam as suas condutas irregulares, algo que já era exigível de imediato, e passa a oferecer uma vantagem adicional à sociedade por meio de investimentos e ações que resultarão em melhorias para os consumidores.

Feita esta contextualização, volto a tratar dos apontamentos da unidade instrutora relacionados especificamente à pactuação de compromissos adicionais em TAC, segundo a ordenação por ela apresentada, para facilitar a remissão e análise.

IV.1. Ilegalidade na aprovação de normativo para definir o desconto dos compromissos adicionais aplicável a todos os TAC

Foram constatados indícios de irregularidades e inconsistências no procedimento adotado pela Anatel para definir o chamado fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, previsto no § 3º do art. 19 do RTAC (grifei) :

“Art. 19. Na execução de projetos, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a:

(...)

§ 2º No caso deste artigo, o montante dos compromissos adicionais assumidos no TAC corresponderá ao valor absoluto do **Valor Presente Líquido (VPL) de cada projeto multiplicado pelo respectivo fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos**, que variará entre 1 (um) e 2

(dois) .

§ 3º **O fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos será previsto no Ato de que trata o inciso I do art. 18.”**

Na prática, a aplicação do fator, se ocorrer, reduz o valor real dos investimentos

na prática, a aplicação do fator, se ocorrer, reduz o valor real dos investimentos exigidos da operadora no âmbito do TAC, como incentivo para que sejam realizados de forma a reduzir as desigualdades sociais e regionais e/ou sejam estratégicos, conforme critérios estabelecidos em Ato da Anatel.

Entretanto, no entender da SeinfraCOM, não foi identificada a motivação da agência para a aplicação de fator que pode alterar apenas numericamente, para fins de valoração no TAC, o valor do projeto a ser executado, podendo inclusive, no limite máximo, dobrar o VPL considerado sem dobrar o VPL real do projeto.

Como solução, é proposto **determinar** à Anatel que justifique a motivação e os critérios utilizados para fundamentar a criação de um fator de desigualdades sociais e regionais e a sua adoção nos compromissos adicionais dos TAC, conforme estabelecido na Resolução-Anatel 629/2013, demonstrando também a motivação e os estudos utilizados para estabelecer a variação de um a dois adotada no fator.

O MPTCU, em seu parecer de peça 156, sugere realizar **oitiva e audiência** quanto ao ponto.

No mérito, constato que a justificativa restou apresentada em sede de memorial (peça 147, p. 79-120) , tornando desnecessário ao Tribunal determinar a respeito. A propósito, as explicações da agência quanto ao ponto são extensas e repletas de detalhes técnicos cuja transcrição demandaria mais algumas páginas neste Voto.

Deixo consignado que o memorial apresentou, fundamentadamente, a motivação da agência ao editar o Ato 50.004/2016, que inclusive constou das atas e documentos expedidos na ocasião. A leitura de fato evidencia os motivos da escolha técnica do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos.

Assim, apresentada a motivação e os critérios para o estabelecimento de fator de desigualdades sociais e regionais, concluo desnecessário realizar a audiência sugerida MPTCU. Por outro lado, acolho a oitiva proposta, pois busca esclarecer dúvidas se, no caso concreto do TAC da Telefônica, foi adotado referido fator sobre o valor absoluto do VPL do projeto de compromissos adicionais.

Abstenho-me de detalhar o ponto até porque o mérito da metodologia eleita será explorado em detalhes nos tópicos a seguir. Visto que a motivação e os critérios foram juntados aos autos, deixo de acompanhar a proposta de determinação.

IV.2. Irregularidades e possível dano ao erário na metodologia de cálculo do desconto dos compromissos adicionais aplicável a todos os TAC

A unidade instrutora identificou ausência de plano estratégico de longo prazo do governo que defina uma política pública clara e detalhada para o setor de telecomunicações. Embora haja o Decreto 8.776/2016, que estabelece o Programa Brasil Inteligente, com o intuito de buscar a universalização do acesso à internet no país, as ações nele definidas possuem caráter abrangente, sem a definição de metas claras e detalhadas, de forma que não resta transparente como deverá ser a atuação do Poder Público e o papel de cada um de seus atores.

Sobre o cálculo do fator de desigualdade social e regional, a SeinfraCOM assinala que a área técnica da Anatel propôs classificar os municípios considerados prioritários a partir da utilização do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M) , de forma que, quanto maior o IDH-M, menor seria o fator associado. A intenção é que nos municípios menos desenvolvidos, em que o interesse de atendimento pela operadora é reduzido, o fator fosse maior de maneira a aumentar o desconto nos compromissos adicionais e incentivar o atendimento.

A área técnica da agência ainda incluiu no fator desconto adicional para projetos nas localidades das Superintendências de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) e do Nordeste (Sudene) , com vistas a reforçar o atendimento a regiões menos favorecidas do país.

Segundo o Decreto 8.776/2016, um dos objetivos da política deve ser a diminuição da desigualdade regional por meio da expansão das redes de fibra ótica nas áreas da Sudam e Sudene. Ainda nos termos do decreto, conforme levantado pela unidade instrutora, os municípios localizados nessas regiões devem representar, no mínimo, 60% dos beneficiados pela política pública.

Ao ser submetida ao Conselho Diretor da Anatel, a proposta de metodologia de cálculo do desconto dos compromissos adicionais foi alterada. Nos termos da Análise 214/2015-GCIF, submetida pelo Relator ao colegiado (grifei) :

“4.46. Na proposta formulada pela SPR, a abordagem baseada exclusivamente no critério do IDH, orientada da periferia para o centro, pode, ao não levar em consideração outros aspectos que influenciam o potencial de uso de TICs na localidade beneficiada, comprometer os objetivos enunciados no art. 22 do RTAC.

4.47. **Em minha avaliação, tal abordagem reduzirá o impacto e a até a atratividade dos projetos propostos pela agência, pois exige que parcela significativa dos investimentos adicionais sejam direcionados para localidades com menor capacidade de consumo, entre as inúmeras opções de baixo desenvolvimento socioeconômico.**

(...)

4.49. Nessa linha, poucos municípios mais distantes consumiriam a totalidade dos recursos disponíveis, atendendo provavelmente uma pequena quantidade de consumidores, o que contrariaria o objetivo de massificação do acesso aos serviços de telecomunicações, notadamente os de banda larga.

4.50. **Diante dos indícios coletados por meu Gabinete, optei por revisar o modelo de agrupamento e classificação de municípios proposto pela SPR, agregando as dimensões renda e densidade demográfica ao cálculo. Com essas dimensões e as referências de IDH-M já mencionadas, fiz uso da técnica de análise de clusters para organizar os municípios em cinco agrupamentos. De posse desses clusters, a prioridade de cada um foi determinada por critérios classificatórios de quantidade de população do município, nível de competição de serviços de internet banda larga, PIB per capita e distância até a localidade com fibra acendida mais próxima.**

(...)

4.52. Minha proposta é incentivar as prestadoras a priorizar projetos de instalação de fibra óptica no backhaul nos clusters do grupo de municípios sem fibra, e **incentivar que os projetos voltados às redes de acesso (cabeadas ou sem fio) sejam realizados prioritariamente em municípios cujo backhaul já esteja preparado para escoar adequadamente o tráfego de banda larga dos usuários.**”

Ou seja, o Conselheiro Relator elaborou nova metodologia porque considerou que o modelo apresentado pela área técnica privilegiaria apenas localidades de baixo desenvolvimento humano. Assim, apresentou metodologia que leva em consideração no cálculo variáveis adicionais, como renda e densidade demográfica.

O voto divergente acrescentou a atribuição do fator para regiões periféricas nas cidades com mais de um milhão de habitantes. Assim, ainda que a localidade esteja

em grande área metropolitana e com razoável índice de desenvolvimento tecnológico, a operadora poderá receber o desconto, caso essa localidade, ou parte dela, não tenha sido atendida, ao contrário de suas adjacências.

Por conseguinte, diferentemente do que se previa na área técnica da agência, a proposta do Conselho Diretor que resultou no Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, favorece localidades em que já há um desenvolvimento tecnológico relativamente maior, ainda que reduzido quando em comparação com os grandes centros e metrópoles do país, deixando de privilegiar municípios e localidades mais distantes e menos desenvolvidas do ponto de vista socioeconômico e tecnológico.

Em resposta à diligência realizada neste processo, a agência defendeu a metodologia de escolha dos municípios e afirmou (grifou-se) :

“Entendeu o Conselho Diretor, ser mais apropriado levar fibra óptica ou rádio de alta capacidade a mais municípios, todos eles carentes de infraestrutura, do que concentrar a implantação em poucos municípios, pouco povoados, mais distantes e que exigiriam um custo exacerbado dos recursos disponíveis para os compromissos adicionais. Dito de outro modo, foi dada preferência à implantação de infraestrutura que atendesse uma maior população e mais demandante de serviços de telecomunicações, ao invés de concentrar a totalidade dos recursos para o atingimento de municípios isolados, com baixa demanda de serviços e que exigiriam muitos recursos para a implantação da infraestrutura. Tal escolha, percebe-se, deu-se dentro da margem de discricionariedade abrigada nas disposições do RTAC.”

Dessa forma, a SeinfraCOM aponta irregularidade na atuação da Anatel, dado que a análise apresentada pelo conselheiro-relator distorceria os objetivos associados ao fator de desigualdade social e regional do regulamento do TAC, do Decreto 8.776/2016 e da Portaria 1.455/2016, do então Ministério das Comunicações. Além disso, considerando que os requisitos do fator servem de base para descontos no valor dos compromissos do TAC, haveria possível dano ao erário, dado que pode ocorrer um desequilíbrio entre o valor das multas aplicadas pela Anatel e o valor dos compromissos adicionais pactuados.

Não bastando, a unidade instrutora apontou possível inconsistência entre a metodologia aprovada e a proposta de novo Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) para os serviços de banda larga, que classifica os municípios segundo seu

nível de competitividade. Na hipótese, não teria sido identificada uma relação entre o nível de competição do município e o valor do desconto a ele aplicado, caso seu atendimento seja selecionado como compromisso adicional de algum TAC. Foram constatadas localidades cujo nível de competição é relativamente alto, o que significa que são regiões potencialmente competitivas e de interesse comercial e, ainda assim, os níveis de desconto do atendimento daquelas localidades são elevados.

Na opinião da SeinfraCOM, a metodologia cristalizada no Ato-Anatel 50.004/2016 seria incongruente com os estudos em curso para a política de banda larga, pois não sopesaria o grau de competitividade, de forma inversa, para estimular investimentos em regiões pouco atrativas do ponto de vista comercial.

Assim, entende haver falhas e inconsistências nas condições que definem os compromissos adicionais dos TAC em andamento na agência, pelo que propõe **determinar** à Anatel que anule o Ato-Anatel 50.004/2016, instaurando processo administrativo para a elaboração de Resolução que estabeleça a forma de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais.

Sugere ainda **determinação** para que a agência adote providências com vistas a renegociar, em todos os TAC em tramitação na agência, inclusive aqueles já aprovados, os compromissos adicionais pactuados com base no Ato-Anatel 50.004/2016, de forma a excluir todos os efeitos produzidos pelo referido ato e a contemplar nova metodologia de cálculo do fator de redução das desigualdades regionais.

Este talvez seja um dos pontos mais nevrálgicos deste processo, cuja argumentação da Anatel vai frontalmente de encontro à proposta da SeinfraCOM (peça 147, p. 79-120) .

De início, a Anatel defende-se quanto à suposta irregularidade de descumprimento da política pública de universalização da banda larga, isto é, do art. 79, § 1º do Decreto 8.776/2016, que conceitua obrigações de universalização, e da Portaria 1.455/2016, do Ministério das Comunicações (peça 147, p. 79-83) . Em síntese, alega que a Portaria (de 8/4/2016) e o Decreto (publicado em 12/5/2016) são posteriores à edição do Ato-Anatel 50.004 (de 5/1/2016) , portanto não haveria como esse ir de encontro a tais normas.

Ainda com relação ao descumprimento da Portaria, alega que seu art. 3º estabelece diretrizes específicas para o processo de adaptação das concessões do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (telefonia fixa) , não sendo cabível estender a aplicação de quaisquer de seus parágrafos ou incisos ao processo de negociação dos TAC. A finalidade da Portaria é determinar o redirecionamento de créditos em favor da Anatel existentes nos contratos de concessão do STFC para projetos de banda larga, para possibilitar a migração das atuais concessões de STFC para regime privado sob autorização, condicionado tal migração ao atendimento de metas relativas à banda larga, priorizando aquelas que contribuam para os objetivos previstos na norma.

De mais a mais, o art. 79 da LGT não se aplicaria à referida política pública na medida em que todos os serviços que suportam o acesso à internet em banda larga no Brasil são prestados em regime privado, sob outorgas de autorização, portanto não sujeitos a obrigações de continuidade e de universalização, aplicáveis apenas a serviços prestados em regime de concessão, conforme comando expresso na norma. Ou seja, seria indevido construir qualquer relação entre os investimentos em compromissos adicionais no âmbito de um TAC e o estabelecimento ou o cumprimento de obrigações de universalização, conforme definidas na Lei 9.472/1997.

Ora, no mérito, é premente acolher as razões apresentadas pela agência reguladora quanto à impertinência da suposta violação das normas elencadas, visto que a leitura e observação da cronologia com que foram editadas demonstram claramente não serem critérios válidos, temporal ou materialmente, para apontar qualquer ilegalidade na edição do Ato-Anatel 50.004/2016.

No que tange ao mérito da metodologia adotada por meio do Ato em questão, que, desconsiderou o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M) como fator central de ponderação para fins de incentivo por meio do fator de desigualdade social e regional previsto no RTAC, como defendido pela área técnica da Anatel e pela SeinfraCOM, cabe uma análise pormenorizada.

De início, reconhece-se a falta de plano estratégico e política pública com tratamento específico do tema, o que, no entanto, não pode servir de pretexto para obstar os esforços da Anatel na resolução de seus desafios regulatórios. Na ausência de parâmetros objetivos, entendo que a observância das balizas mais gerais vigentes, acompanhada de metodologia robusta, motivada e normatizada, é

suficiente para considerar adequada a decisão da agência, ainda que indiretamente e por meio extraordinário que é o TAC, em contribuir para o alcance do interesse público.

No que respeita à menção ao Decreto 8.776/2016, supostamente ofendido, acolho o argumento da Anatel de que não está correta a leitura de que 60% dos municípios beneficiados por projetos de banda larga devem estar nas regiões da Sudam e Sudene. O que está determinado pelo referido Decreto é que, entre os municípios beneficiados por projetos de *backhaul* (inciso I do art. 2º) , 60% devem estar nessas regiões (parágrafo único do art. 2º) .

O fato de a metodologia adotada no Ato-Anatel 50.004/2016 não atribuir pontuação explícita a projetos nas áreas da Sudam e da Sudene não a torna irregular e não impede que a agência, ao negociar projetos de *backhaul* (inciso I do *caput*) com requerentes de TAC, faça cumprir o percentual mínimo a que se refere o parágrafo único.

No caso do TAC da Oi, a proposta aprovada continha compromissos adicionais centrados em projetos de *backhaul*, conforme previsto no inciso I do art. 2º do mencionado decreto. No caso, mais de 80% dos “municípios beneficiados pelo objetivo a que se refere o inciso I do *caput*” estão nas regiões da Sudam ou da Sudene, o que compatibiliza metodologia com o disposto no Decreto 8.776/2016.

No TAC negociado com a Telefônica, os compromissos adicionais centraram-se em projetos mencionados no inciso II do art. 2º (aumentar a abrangência das redes de acesso baseadas em fibra ótica nas áreas urbanas) , não atraindo, portanto, a aplicação do disposto no parágrafo único, que estabelece percentual mínimo em áreas da Sudam e Sudene.

Afastadas tais preliminares, resta analisar a adequação e a motivação para escolha da metodologia aprovada no Ato-Anatel 50.004/2016, ou seja, se a escolha por variáveis outras que não apenas o IDH-M estaria fundamentada e não colidiria com as demais normas aplicáveis.

Segundo as razões apresentadas pela agência, que efetivamente fundamentaram o Ato-Anatel 50.004/2016 à época, a metodologia aprovada buscou otimizar a utilização dos recursos, de forma a maximizar a quantidade de pessoas servidas pelos projetos. Se o critério de priorização fosse apenas o IDH, sem considerar a população coberta pelos projetos, a aplicação dos recursos de TAC na política

pública de massificação da banda larga seria ineficiente. Além de reduzir a quantidade de municípios e o número de pessoas atendidas pelos projetos, o aumento no número de novas conexões poderia ser reduzido em função de limitações de renda.

Como aprimoramento, o Conselho Diretor aprovou que fossem consideradas, além do IDH-M, as seguintes variáveis: preexistência de fibra ótica na rede do município; densidade demográfica; renda per capita; e categoria de competição. Em seguida, aprovou modelo economatemático cuja equação considera todos os fatores de forma a otimizar o alcance dos recursos em termos de população beneficiada.

Considerar tais fatores, defende a agência, maximiza sobremaneira o aproveitamento dos projetos de investimento em rede, pois não seria produtivo, pelo interesse público, investir em locais onde a infraestrutura ficaria sem utilização por ser a população reduzida ou de baixa renda, sem condições de demandar (pagar) pelo serviço, quando os recursos são escassos e há um custo de oportunidade envolvido.

Nesse tema, ao contrário do que defende a SeinfraCOM, a existência da demanda é extremamente importante. Do contrário a política seria inócua, pois levaria fibra ótica a lugares onde as pessoas não podem pagar por esse serviço, representando literalmente desperdício de recursos.

Nesse cenário, segundo defende a Anatel, é mais efetivo massificar o alcance, levando o serviço a locais onde há alta densidade populacional e renda minimamente suficiente para demanda-lo. A política de massificação da banda larga não ocorre apenas com a oferta do serviço. Os efeitos esperados no desenvolvimento socioeconômico de um município só serão observados se houver efetivo consumo, ou seja, se houver aumento real na quantidade de usuários naquele local. E não haverá consumo, mesmo que a oferta seja viabilizada, se não houver renda ou capacidade de utilização pelos cidadãos beneficiados.

Segundo a Anatel (peça 147, p. 98) , a avaliação ponderou os custos de oportunidade envolvidos: construir um enlace de fibra ótica até os municípios mais distantes do país consumiria muito mais recursos, devido à distância da fibra mais próxima, do que atender municípios também carentes nas demais regiões, porém próximos ao cabeamento existente. Famílias de baixa renda e sem oferta de banda larga existem em todo o Brasil, e, para a agência, é inegável que, quando se

despendem recursos com um projeto determinado, outros deixarão de ser realizados. Este custo de oportunidade foi considerado na metodologia aprovada pelo Conselho Diretor.

Ainda segundo a agência, os investimentos são considerados pelo VPL negativo, logo municípios não fibrados, mais distantes e em regiões menos favorecidas, de baixa renda e pequena população, incorrerão em altas despesas de implantação, agravadas pela distância, e gerarão pouca receita, logo terão um VPL negativo individual de valor substancial. Como resultado, haveria alocação econômica ineficiente, em que poucos consomem muitos recursos – sem se falar no baixo potencial de utilização.

A Anatel arremata com considerações sobre aperfeiçoamento da metodologia já em curso, que contemplaria conclusões de estudo encomendado junto ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) . Esse, além de corroborar a metodologia já aprovada, passaria a considerar também fatores de competitividade de mercado para alocação de projetos. Apenas como exemplo, as conclusões preliminares do Instituto demonstrariam que o IDH seria o pior critério para tais alocações (peça 147, p. 106-114) .

De todo modo, a decisão sobre os critérios de escolha dos municípios que receberão os investimentos é matéria que escapa ao controle de legalidade realizado pelo Tribunal. Não é função do TCU arbitrar divergências entre a área técnica e o Conselho Diretor da agência. Cabe ao controle externo, *in casu*, verificar se a decisão foi adequadamente fundamentada e se a fundamentação está de acordo com a legislação de regência. Todo o resto encontra na esfera de discricionariedade da Anatel.

Ou seja, julgar se seria mais conveniente ao interesse público atender um pequeno e distante município na região amazônica ou a periferia de uma grande ou média cidade brasileira, cujas condições sociais podem ser semelhantes, se encontra na seara de mérito do gestor público.

De todo o exposto, acolho as justificativas trazidas pela agência ante a inexistência de ilegalidade nos critérios definidos pela Anatel com vistas a aplicar os procedimentos previstos no art. 19 do RTAC.

Aliás, o ordenamento jurídico vigente dá autonomia à agência para gerenciar os

instrumentos de que dispõe para assegurar o *enforcement* das obrigações setoriais. Aplicar multas ou convertê-las em obrigações de fazer, após juízo de interesse público, são opções do órgão regulador das telecomunicações, nos termos do art. 21, XI, da Constituição Federal, da Lei 9.472/1997 (LGT) e regulamentações.

Prosseguindo com as colocações da SeinfraCOM, outra fragilidade constatada se refere à discricionariedade dada pela Anatel à operadora para escolher em quais municípios ela prefere investir os recursos do TAC que seriam destinados ao pagamento de multas.

No entender da unidade instrutora, a operadora poderia, de fato, optar pelas localidades em que gostaria de investir, cabendo à agência reguladora aceitar ou não a proposta da operadora. Entretanto, como possui a competência de executar as políticas públicas do setor de telecomunicações, caberia à Anatel garantir que esse acordo seja firmado somente em estrita observância do interesse público, visto que o Poder Público está abrindo mão de recursos que lhe eram devidos e os repassando a entes privados.

Registra ainda que proposta aprovada por meio do Acórdão-Anatel 2/2016-CD, e que resultou no Ato-Anatel 50.004/2016, foi definida como o critério a ser aplicado a todas as negociações da Anatel de TAC em curso e no biênio de 2015 e 2016, portanto teria caráter normativo. Assim, a unidade instrutora sustenta que a fixação dos fatores de redução de desigualdades deveria ser definida na forma de Resolução, e não de Ato, em atenção ao disposto no art. 40 do Regimento Interno da Anatel (Resolução-Anatel 612/2013), com a participação da sociedade no processo de construção da norma, por exemplo, por meio de consulta pública prévia, rito previsto no art. 42 da LGT e no Regimento Interno da Anatel.

Como encaminhamento, a unidade instrutora propõe, além das **determinações** já mencionadas, chamar em **audiência** os membros do Conselho Diretor que aprovaram o referido Ato por meio do Acórdão-Anatel 2/2016-CD.

No que respeita à formalidade de aprovação da metodologia por meio de Ato, em vez de Resolução, sem consulta pública prévia, e com caráter normativo, a Anatel traz mais argumentos à luz.

De início, observo que o Ato-Anatel 50.004/2016 não possui cunho normativo, na medida em que seu conteúdo não gera quaisquer obrigações para as entidades

reguladas. Não sendo um ato normativo, o procedimento de consulta pública não é obrigatório. A Anatel apenas divulga como pontuará diferentes projetos submetidos à análise para fins de aceitação em um TAC, de acordo com critérios prévia e objetivamente estabelecidos.

A definição de quais projetos serão realizados, onde e como, não pode ser tratada como ato normativo na medida em que nem os projetos nem as localidades nas quais eles serão desenvolvidos são imposições da Anatel. Ou seja, não percebo a generalidade e imperatividade típicas de atos normativos.

O TAC é instrumento negocial, e pressupõe alinhamento entre interesses públicos e privados. Não vejo óbice a que a operadora escolha as cidades que pretende atender, bem como é possível que as propostas sejam ajustadas até o consenso entre as partes, não de forma impositiva, mas balizada tecnicamente. Ciente das premissas da agência *ex ante*, a operadora pode escolher como distribuir seus investimentos e dar maior eficiência ao processo negocial.

Lembro que, nos termos do art. 18, inciso I, do RTAC, o cumprimento de compromissos adicionais pode se dar mediante “execução de projetos, selecionados a partir de rol de opções estabelecidas em Ato a ser editado pelo Conselho Diretor da Anatel, **ou propostos pela Compromissária**”. Obviamente, o pleito será analisado pela agência e, se julgado pertinente e alinhado às diretrizes de políticas públicas, poderá ser aceito, mesmo que não traduza exatamente os projetos indicados como prioritários no Ato ou que contemple municípios cuja pontuação de acordo com a metodologia não seja a maior possível.

Discordo que seja necessário expedir Resolução em vez de Ato. Além de os arts. 18, inciso I, e 19, §3º, do RTAC estabelecerem que o rol de projetos e o fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos serão previstos em Ato do Conselho Diretor, o art. 40 do Regimento Interno da agência (Resolução-Anatel 612/2013) disciplina que resolução é provimento normativo. Já o ato caracteriza-se como transcrito abaixo, e no meu entender o conteúdo se amolda ao trecho destacado:

“Art. 40. A Agência manifestar-se-á mediante os seguintes instrumentos:

III - Ato: **expressa decisão sobre** outorga, expedição, modificação, transferência, prorrogação, **adaptação** e extinção **de concessões, permissões e autorizações para exploração de serviços de telecomunicações, uso de recursos escassos e**

exploração de satélite, e sobre Chamamento Público;”

De todo exposto neste subitem, não acolho as propostas de audiência dos membros do Conselho Diretor que aprovaram o Ato-Anatel 50.004, e de determinação para anulação do referido ato. Os esclarecimentos trazidos em sede de memorial afastam as pretensas irregularidades e ilegalidades até o momento aventadas.

No entanto, considerando haver notícias de que o aludido Ato está em reformulação e que possui cunho regulatório apto a interferir na negociação de alguns instrumentos de ajustamento de conduta, considero oportuno **recomendar** à Anatel avaliar conveniência e oportunidade de submeter a próxima versão à consulta pública, pois tal proceder pode contribuir para aprimorar as decisões da agência.

IV.3. Possíveis efeitos negativos dos investimentos dos TAC no cenário atual de competição entre as prestadoras

A SeinfraCOM vislumbra risco de que os projetos de investimentos pactuados no âmbito dos TAC tenham repercussão na dinâmica de competição entre as empresas de telecomunicações, visto que incentiva a entrada de grandes atores do setor em municípios de menor atratividade comercial.

Para tanto, propõe **recomendar** à Anatel que, na análise de cada TAC, inclusive aqueles cuja minuta já foi aprovada pelo Conselho Diretor, avalie o impacto do acordo no cenário atual de competição nos serviços de telecomunicações nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais, com vistas a mitigar o risco de que as ações resultantes do TAC, como os eventuais benefícios dados aos usuários das regiões atendidas e os investimentos a serem feitos naquelas localidades, impactem negativamente o ambiente concorrencial nessas regiões.

Ademais, no entender da SeinfraCOM, dado que as operadoras construirão a rede utilizando benefícios financeiros obtidos por meio de isenções de cobrança de recursos públicos, entende-se que, com vistas a buscar o interesse público e não prejudicar, e até mesmo estimular a competição do setor de telecomunicações nas localidades atendidas, a Anatel deve criar mecanismos que garantam a possibilidade de compartilhamento com as demais prestadoras da infraestrutura construída a partir da utilização de recursos que seriam destinados aos fundos setoriais, assim como foi feito no PGMC, mas não se restringindo somente à parcela da rede que possui as especificações previstas no plano, descritas anteriormente, e

sim englobando toda a infraestrutura realizada a partir de investimentos previstos pelo TAC.

Isso porque operadora obtém vantagem competitiva com relação aos demais provedores de serviços de telecomunicações nas localidades atendidas pelos compromissos do TAC, podendo até mesmo ser configurada uma situação de monopólio na prestação do serviço em determinadas localidades, por não haver uma obrigação de compartilhamento de infraestrutura.

Assim, a unidade instrutora propõe arrematar a questão mediante **determinação** à Anatel para que insira nas minutas de todos os TAC conduzidos pela agência cláusula que garanta que a infraestrutura construída ou ampliada com os recursos do TAC necessariamente deva ser compartilhada com as demais operadoras a condições comerciais justas e equilibradas, em razão de a situação atual estar em aparente desacordo com os arts. 73 e 155 da Lei 9.472/1997 (LGT) .

Segundo defendido pela Anatel em seu expediente (peça 147, p. 116-120) , o RTAC afasta a possibilidade de os compromissos adicionais serem cumpridos por meio de projetos naturalmente rentáveis para as requerentes, pois apenas projetos com VPL negativo são elegíveis. Portanto, não haveria interesse comercial nas localidades a serem atendidas de modo a exigir compartilhamento.

Ademais, os valores investidos em compromissos adicionais não são exclusivamente públicos. Todas as despesas operacionais e de capital associadas a cada projeto (Capex e Opex) serão custeadas com recursos privados. Apenas o Valor Presente Líquido (VPL) do projeto será descontado na conversão das multas em obrigações de investimento. No caso da Telefônica, o valor absoluto do VPL é de cerca de R\$ 1,6 bilhão, ao passo que a empresa teria se comprometido com investimentos totais da ordem de R\$ 3 bilhões. A diferença é aporte exclusivamente privado, portanto a lógica defendida pela SeinfraCOM não procederá (peça 147, p. 118) .

A Anatel não defende que a infraestrutura de rede construída em decorrência dos compromissos adicionais de um TAC não possa ou não deva ser compartilhada. Salaria que essa determinação não poderia partir do TCU, em substituição ao órgão regulador, sobretudo com base na motivação apenas hipotética levantada pela SeinfraCOM. A avaliação de quais infraestruturas devem ser compartilhadas, e as condições em que sua detentora deve fazê-lo, será objeto da revisão do PGMC,

cujo processo está em fase final de instrução nas áreas técnicas da agência e na Procuradoria Federal Especializada, para posterior encaminhamento ao Conselho Diretor.

O parecer do *Parquet* especializado (peça 156, p. 39-40) joga luz sobre a questão ao trazer à baila legislação não considerada pela unidade instrutora (grifos do original) :

“257. Ademais, considerando que não foi mencionada na instrução da SeinfraCOM a Lei 13.116/2015, cabe destacar alguns de seus aspectos de interesse para a presente discussão.

258. Nos termos do *caput* do art. 2º da referida norma legal, deve-se buscar a promoção e o fomento dos investimentos em infraestrutura de redes de telecomunicações, visando, entre outros objetivos, “*ao incentivo ao compartilhamento de infraestrutura de redes de telecomunicações*” (inciso V do art. 2º da Lei 13.116/2015) .

259. A lei em destaque também dispõe que “**é obrigatório o compartilhamento da capacidade excedente da infraestrutura de suporte, exceto quando houver justificado motivo técnico**” (*caput* do art. 14 da Lei 13.116/2015 – grifo nosso) .

260. Reforça o entendimento sobre a regra de obrigatoriedade do compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações a seguinte disposição do Decreto 7.175/2010, que instituiu o extinto PNBL:

‘Art. 6o A Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, de acordo com as competências estabelecidas pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, implementará e executará a regulação de serviços de telecomunicações e da **infraestrutura de rede de suporte de conexão à Internet em banda larga**, orientada pelas seguintes diretrizes:

(...)

IV - obrigatoriedade do compartilhamento de infraestrutura;’

261. Nota-se, portanto, que **o compartilhamento da infraestrutura de rede é a regra**, devendo a Anatel apresentar os esclarecimentos devidos, em sede de oitiva, sobre como serão previstos os compartilhamentos de infraestrutura de

telecomunicações no âmbito de seus TAC, considerando as disposições da Lei 13.116/2015 e do Decreto 7.175/2010.”

Destarte, não cabe expedir determinação antes de melhor exame da situação à luz dos novos elementos. Independentemente de as redes construídas serem privadas e os recursos parcialmente públicos, a legislação coloca como regra o compartilhamento de capacidade excedente.

Assim, é razoável supor que investimentos incentivados nos termos do TAC aprovado podem eventualmente prejudicar o cenário concorrencial em determinadas localidades ao deixar de observar a legislação pertinente. Portanto, acolho a proposta de **oitiva** sugerida pelo MPTCU quanto ao ponto para subsidiar análises subsequentes do Tribunal.

Com relação à **recomendação** alvitrada, entendo ser de caráter preventivo e estritamente inserido no âmbito discricionário da Anatel. É que, além dos projetos em infraestrutura, o RTAC prevê a concessão de benefícios diretos aos usuários, na forma de descontos por exemplo, o que pode vir a gerar um cenário predatório de “*dumping* incentivado pelo regulador”. Por isso, mostra-se conveniente expedi-la desde já, sem prejuízo de análises subsequentes por parte deste Tribunal.

V – IRREGULARIDADES E DEFICIÊNCIAS NO ACOMPANHAMENTO

E FISCALIZAÇÃO DOS TAC PELA ANATEL

Trata esta seção das responsabilidades da Anatel em realizar diversas ações de fiscalização e acompanhamento da atuação das operadoras no cumprimento dos TAC, após celebrados. Ao assinar acordos dessa natureza com as operadoras, a Anatel assume a competência de executar uma série de atividades de fiscalização, acompanhamento e controle não previstos nas atividades tradicionais do órgão regulador, as quais diferem de forma expressiva das até então aplicadas pela Anatel, dado o caráter inovador do instrumento.

O TAC busca o cumprimento de obrigações regulatórias que já foram descumpridas pela operadora, logo é necessário que haja um acompanhamento mais rigoroso por parte da Anatel sobre as obrigações ajustadas, evitando-se que o instrumento se transforme em moratória ou mesmo perdão das multas aplicadas e ainda não pagas pela prestadora.

Assim, as características e a materialidade envolvidas, bem como a responsabilidade da Anatel e de seus gestores quanto à celeridade, à publicidade e à efetividade desse instrumento são superiores ao normalmente exigido nas suas atividades regulatórias cotidianas. Feita esta contextualização, passo ao exame dos apontamentos da SeinfraCOM quanto ao tema.

V.1. Fragilidades na valoração dos investimentos propostos pelas operadoras

A unidade instrutora, alinhada ao parecer emitido pela PFE da Anatel, sustenta que a área técnica da agência deveria, em homenagem ao princípio da transparência, estabelecer um valor equivalente em dinheiro para cada uma das obrigações de ajuste de conduta assumidas pela entidade, o que não teria sido feito até o momento.

No entanto, o RTAC previu a definição do Valor de Referência dissociado de qualquer obrigação de conduta, como a soma das multas aplicadas e estimadas nos processos admitidos na negociação (art. 14) , sendo que as penalidades pelo descumprimento de cada uma das obrigações (itens) do TAC devem corresponder a uma fração deste Valor de Referência (art. 13, §1º) .

Por um lado, a unidade instrutora reconhece que o quadro normativo vigente não exige demonstração, por parte da operadora, dos investimentos necessários à correção da conduta. Por outro lado, expõe a posição da Anatel em face da PFE, segundo a qual se optou por ponderar as multas com relação ao nível de ofensa da conduta e não com relação ao volume de investimento a ser realizado.

Ainda assim, a SeinfraCOM acredita que, se a agência tem a prerrogativa de pedir as informações de investimento para ajuste de conduta, necessárias para o controle e acompanhamento das ações do TAC, não haveria motivação clara que justifique a dispensa, por parte da Anatel, do recebimento e uso de tais dados.

Dessa forma, propõe **recomendar** à Anatel solicitar às operadoras o plano de investimento dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas de cada TAC admitido e em andamento na agência, incluindo seu cronograma e previsão de gastos, para que seja avaliada a efetividade das multas previstas para cada compromisso diante do volume de recursos a ser gasto para executá-lo e que passe a utilizar esses dados como mecanismos de controle e acompanhamento do andamento das atividades previstas no TAC.

Em sede de memorial (peça 147, p. 131-133) , a Anatel argumenta não lhe caber entrar na avaliação dos montantes a serem gastos para se corrigir tal ou qual comportamento, porque o escopo principal do TAC é garantir que as condutas sejam corrigidas, independente de qual seja o montante a ser despendido pelas compromissárias para o alcance de tal desiderato.

Assim, não haveria que se falar na necessidade de inclusão do valor do investimento para efeito de sancionamento por eventual descumprimento, sendo que a sistemática elaborada, que tem por base o RTAC, seria suficiente para impelir a compromissária a cumprir o compromisso.

Pela metodologia vigente, o sancionamento foi estabelecido mediante percentuais distribuídos em cada compromisso previsto, e no estabelecimento de piso para as multas diárias, que deve corresponder ao dobro do Valor de Referência de cada compromisso (item) . Portanto, em caso de descumprimento, além de se executar o valor correspondente a cada compromisso – percentual do Valor de Referência –, deverá ser aplicada multa de no mínimo o dobro desse montante, o que soma três vezes o valor inicialmente atribuído.

No mérito, acompanho o entendimento da SeinfraCOM por outros motivos. Não obstante a pertinência dos elementos trazidos pela agência, é preciso criar incentivos econômicos robustos para ajustamento de conduta no âmbito do TAC, pois esse é o principal objetivo do instrumento. Ainda que a previsão de multa seja de três vezes o valor percentual atribuído pela agência, ainda assim, por hipótese, pode haver situações em que receber o sancionamento é economicamente mais interessante à operadora do que promover o investimento necessário ao ajuste da conduta.

É uma matemática simples de custo-benefício. Sem saber o investimento necessário da operadora para tal correção, não há como se afirmar, categoricamente, que três vezes o valor correspondente do VR seja maior ou menor que o investimento exigido para ajuste de conduta, isto é, suficiente ou insuficiente para estimular o cumprimento da obrigação correspondente.

De outra banda, o RTAC não trata a questão nesses termos. Limitando-se a prever o sancionamento proporcional ao item de compromisso. Em que pese tal situação, pode ser interessante que haja tal controle, de forma a aprimorar a sistemática atual.

Por reconhecer que tal avaliação pode exigir estudos mais aprofundados até

mesmo sobre eventuais vantagens adicionais e desvantagens do modelo sugerido (custo-benefício desta nova forma de controle) , envolvendo inclusive decisões discricionárias da agência, opto por expedir recomendação em linha semelhante à levantada pela SeinfraCOM, porém com ajustes.

Deve-se **recomendar** à Anatel avaliar a conveniência e oportunidade de exigir das operadoras ou estimar o plano de investimento dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas de cada TAC admitido e em andamento na agência, incluindo cronograma e previsão de gastos, a fim de subsidiar a definição das sanções correspondentes ao descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos, diante do volume de recursos a ser gasto para executá-lo, como forma de incentivo econômico ao efetivo cumprimento,.

V.2. Fragilidades na definição do procedimento de acompanhamento e fiscalização de todos os TAC pela Anatel

A SeinfraCOM aponta fragilidade nos processos de negociação e aprovação do TAC, referentes à falta de informações na Anatel sobre situação inicial e atual dos compromissos a serem assumidos pelas operadoras quando da celebração do instrumento, o que impactaria a mensuração para fins de acompanhamento de cumprimento das obrigações. São apontados como casos concretos os processos de negociação de TAC junto às operadoras Oi e Telefônica.

Mesmo com informações incompletas e desatualizadas, o Conselho Diretor teria aprovado a minuta de TAC da Telefônica em 27/10/2016 e determinado que, em seguida, fosse feita uma atualização e obtenção de dados relevantes.

Em resposta à oitiva realizada quando a unidade instrutora propôs medida cautelar nestes autos, a agência reafirmou que serão obtidas informações atualizadas sobre os compromissos somente após assinatura. Em alguns dos casos, a exata localização de equipamentos dos projetos seria definida durante a execução do TAC diante da dinamicidade do setor de telecomunicações.

Outro apontamento da SeinfraCOM é que foram aprovados termos de duas grandes operadoras sem que a Anatel tivesse concluído o “Manual de Acompanhamento e Fiscalização” do TAC, previsto para normatizar a fiscalização dos acordos e deixar claras as regras que orientarão a interação entre as partes, que deverá prever, inclusive, a avaliação da situação atual das obrigações assumidas.

Essa situação representaria significativo risco para as partes e o interesse público, visto que que assumem um acordo por meio do qual pactuam condições ainda não claramente estabelecidas e sobre o qual a agência reguladora não detém ainda todas as informações necessárias.

Assim, propõe **determinar** à Anatel que inclua explicitamente no texto de todos os TAC que eventuais atrasos na definição e aprovação dos modelos de acompanhamento não têm o condão de postergar a data de cumprimento de qualquer meta ou compromisso assumido pela operadora em sua assinatura, nem de alterar a metodologia de cálculo das multas diárias por descumprimentos, nem retardar a aplicação dessas multas e a execução do termo extrajudicial.

Em análise, as justificativas apresentadas pela Anatel em sede de memorial (peça 147, p. 134-136) .

A agência entende desnecessária a determinação, pois, nos moldes da minuta aprovada para o TAC da Telefônica, uma vez firmado o termo, todos os prazos estão diretamente associados ao decurso de tempo relativo à data de sua assinatura, sem previsão de postergação de prazo, quanto mais por algo como “atrasos na definição de modelos de acompanhamento”.

Reforça que, via de regra, a agência terá as informações relativas às obrigações assumidas no TAC antes de sua celebração (estado inicial) – ainda que no momento da aprovação do TAC pelo Conselho Diretor tais dados ainda não estejam completos – bem como serão apuradas durante a sua execução e serão confirmadas após a sua realização.

Aduz ser indevido afirmar de maneira generalizada que a agência não possui qualquer informação atualizada ou que as informações essenciais para a consecução do TAC só se darão em momento posterior à celebração. É possível que algumas informações não estejam disponíveis com o detalhamento completo, por limitações práticas ou logísticas (como definição de endereço de benfeitorias, por exemplo) , mas defende que podem ser apuradas posteriormente, ao longo da vigência do Termo.

No mérito, novamente percebo que o ponto constitui risco mas não irregularidade. Considerando as justificativas aduzidas, que a celebração do TAC da Oi está suspensa e que o Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF) do TAC-

Telefônica foi recentemente aprovado pelo Conselho Diretor da Anatel por força do Acórdão 145, de 28/4/2017, a determinação, nos moldes propostos, e o risco alvitados pela unidade instrutora deixam de subsistir.

V.3. Irregularidades no manual de fiscalização de todos os TAC pela Anatel

Nesta seção, concentram-se apontamentos relacionados a supostas irregularidades, fragilidades e inconsistências na proposta de Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF) , e quanto a seu conteúdo.

V.3.1. Exigência ilegal de contratação pelas operadoras de empresas terceirizadas para fiscalizarem o cumprimento do TAC

A minuta de manual de fiscalização, até então disponível, estabelecia que a operadora será obrigada a contratar uma empresa terceirizada responsável por fiscalizar a execução do TAC, certificar as informações prestadas pela operadora à agência e elaborar os relatórios a serem encaminhados à Anatel para comprovar o cumprimento do TAC.

A minuta de manual de fiscalização ainda previa que a maioria dos projetos e compromissos de ajuste de conduta serão verificados e acompanhados por meio de relatórios elaborados pela empresa terceirizada e enviados à agência, inclusive a verificação do estágio inicial de todos os investimentos pactuados no TAC. No entanto, o texto não esclarece se cada prestadora será obrigada a contratar uma empresa diferente nem se a mesma empresa poderá ser responsável por fiscalizar todos os TAC pactuados com a Anatel.

No entender da unidade instrutora, o mecanismo carece de fundamentação legal, uma vez que representaria terceirização da atividade finalística da Anatel, o que seria proibido pelo parágrafo único do art. 22 da LGT (grifei) :

“Parágrafo único. Fica vedada a realização por terceiros da fiscalização de competência da Agência, ressalvadas as atividades de apoio.”

Conclui que o modelo de terceirização das atividades fiscalizatórias da agência, além de contrário à legislação vigente, introduziria diversas fragilidades e riscos no processo, como o fato de a prestadora arcar com os custos de sua própria fiscalização, o grau de independência da contratada e eventual conflito de interesses.

O resultado provável desse cenário seria a inutilidade dos dados coletados, impedindo que a Anatel verifique a existência de descumprimento e sancione as prestadoras, em linha com o verificado anteriormente por este Tribunal por ocasião do relatório da auditoria sobre a qualidade da telefonia móvel (TC 023.133/2015-5, Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário) .

Prossegue a SeinfraCOM ao afirmar que, mesmo admitindo, por hipótese, que a intenção da agência reguladora fosse atribuir a empresas privadas o papel de certificadoras, restariam razoáveis dúvidas quanto à validade dessa certificação caso a operadora contrate essa empresa sem a necessidade de essa ter sido certificada e credenciada previamente pela própria Anatel, diferentemente do que acontece, por exemplo, na certificação de equipamentos técnicos em que o interessado deve contratar um dos laboratórios credenciados e certificados previamente pelo regulador.

Assim, propõe **determinar** à Anatel que:

- a) realize fiscalizações acerca do cumprimento de todos os TAC diretamente nas prestadoras nos prazos definidos nos cronogramas de metas e compromissos do referido TAC, podendo utilizar, como insumo, metodologia de amostragem e, subsidiariamente, outros documentos enviados por empresas privadas que sejam eventualmente contratadas para emitir relatórios sobre a execução do TAC;
- b) se abstenha de exigir a contratação de empresa privada pelas prestadoras que firmarem TAC com a agência, o que configura delegação da fiscalização da execução das metas, compromissos e investimentos pactuados no TAC a terceiros.

Caso não seja acolhido o entendimento expresso na alínea “b”, de que a prática é vedada à agência, propõe, alternativamente, **determinar** que essa estabeleça, no prazo de 180 dias, sistemática de credenciamento e certificação prévia da lista de empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, compromissos e investimentos pactuados no TAC, de forma a garantir a veracidade e a fidedignidade dos relatórios certificados pelas empresas privadas.

Passo a analisar as justificativas apresentadas pela Anatel em sede de memorial especificamente quanto ao ponto (peça 147, p. 136-140) .

Δ Anatel registra de início que a versão textual de MAF analisada no Relatório da

A Anatel registra de início que a versão textual de MAF analisada no Relatório da SeinfraCOM, ainda como minuta, não corresponde ao instrumento final deliberado pelo Conselho Diretor para o TAC-Telefônica nos termos do Acórdão-Anatel 145, de 28/4/2017.

A versão analisada pela SeinfraCOM corresponde àquela proposta pelas áreas técnicas para o TAC-Oi Universalização/Qualidade, que ainda não foi aprovada em última instância. Com isso, utiliza como referência, para contraposição, o MAF aprovado pelo Conselho Diretor e não aquele ainda pendente de deliberação.

Prossegue ponderando que a certificadora terceirizada não irá fiscalizar a execução do TAC, mas sim a Anatel, no exercício de suas competências legais, e isto estaria claramente delineado no MAF ao longo de seus dispositivos.

Caberá à empresa terceirizada, no entender da Anatel, reunir e comprovar fidedignidade de todas as informações e dados que são, minimamente, exigidos pela agência e que constam no MAF. Ato contínuo, caberá à Anatel analisar e valorar essas informações, exercendo, efetivamente, o seu poder de polícia, por meio da fiscalização integral de tudo que foi prestado, sem excluir a possibilidade de apuração *in loco*, a ser realizada amostralmente.

Portanto, sustenta que não haveria que se falar em qualquer irregularidade na exigência dessa contratação. Essa servirá apenas como instrumento para trazer maior robustez comprobatória à certificação do cumprimento dos compromissos, que serão fiscalizados pela agência de acordo com seus procedimentos.

Em exame do mérito, tenho que a potencial terceirização de atividades fiscalizatórias do Poder Público sobre os particulares é sempre um tema espinhoso. Nessa linha, é válida a preocupação da SeinfraCOM em evitar tal procedimento, que, se efetivamente configurado, será ilegal.

Ao mesmo tempo em que as ponderações da agência esclarecem parte da questão, no sentido de que as terceirizadas não serão responsáveis por fiscalizar, mas apenas municiar a Anatel de dados validados para que essa exerça sua atribuição fiscalizatória, ainda assim percebo risco em tal mecanismo.

Experiência passada da Anatel na permissão de contratação de empresa terceirizada para realizar atividades de fiscalização não obteve o sucesso desejado. Trata-se do caso da Entidade Aferidora da Qualidade (EAQ), empresa privada

contratada pelas prestadoras para coletar os dados sobre o desempenho da banda larga e consolidar os resultados dos indicadores de todas elas. O tema foi tratado no Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, por mim relatado (grifei) :

“27. Também merecem destaque, neste grupo de achados, as constatações atinentes à Entidade Aferidora de Qualidade (EAQ) , entidade autônoma responsável por conduzir os processos de aferição da qualidade da banda larga, tanto móvel quanto fixa, prevista no art. 26 do Regulamento de Qualidade do SMP editado em 2011, a qual deveria ser contratada pelas operadoras. Ocorre que, por força do modelo implementado pela Anatel, parte de suas competências legais relativas à mensuração e ao cálculo dos indicadores foram repassadas para a EAQ, sem que se garantisse, contudo, a capacidade técnica e de infraestrutura da entidade. Somada a isso, verifica-se uma frágil fiscalização da agência sobre o ente privado, o que inviabiliza a esperada melhoria do nível de controle e da fidedignidade dos indicadores obtidos pela EAQ. Como consequência, tem-se a divulgação para a sociedade e a utilização pela Anatel de índices não confiáveis e não fidedignos, sem validade estatística, que apresentam uma visão incorreta da realidade da prestação dos serviços móveis no país e que, dessa forma, dificultam os processos de tomada de decisão sob as duas perspectivas, a do usuário e a do regulador.”

É verdade que a sistemática planejada ainda se encontra em nível abstrato, em tese, sendo inviável aferir se de antemão se representará terceirização de atividade fim da agência. Por outro lado, se bem desenhada, pode eventualmente auxiliar na fiscalização a cargo da Anatel sem infringir a lei. Tudo dependerá de como ocorrerá na prática.

Assim, deixo de acolher, nesse momento, a proposta de expedir determinações para que realize fiscalizações acerca do cumprimento dos TAC, pois seria redundante fazê-lo, e para que a agência se abstenha de exigir a contratação de empresa terceirizada.

Opto por remeter a questão ao necessário acompanhamento que o Tribunal fará sobre a fiscalização da Anatel sobre o TAC objeto desta representação,

oportunidade em que se poderá verificar a eficácia e o bom funcionamento do modelo de fiscalização adotado pela Anatel para os objetivos pretendidos, conforme tratarei mais à frente na seção X deste voto. Quanto à eventual materialização de delegação de atividade finalística da agência, creio que o tema depende de análises mais abrangentes e aprofundadas do que suporta a presente ação de controle, sem

prejuízo de que a unidade instrutora possa avaliar a conveniência e a oportunidade de realizar trabalho específico sobre o assunto.

O ponto que considero mais relevante, no caso, é adotar medida de mitigação do risco de conflito de interesses das empresas contratadas frente à operadora, que é contratante e parte fiscalizada ao mesmo tempo. Dessa maneira, cumpre proferir **recomendação** para estabelecimento de sistemática de credenciamento e certificação prévia da lista de empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, compromissos e investimentos pactuados no TAC, ou, no mínimo, definir critérios e requisitos que deverão ser atendidos por essas empresas, de forma a reduzir risco de conflito de interesses em prejuízo à veracidade e fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras.

V.3.2. Ausência de verificação prévia da Anatel sobre a situação inicial de cada projeto e investimento pactuado antes da assinatura de todos os TAC

Aponta a SeinfraCOM que, ao aprovar o MAF do TAC da Telefônica, o Conselho Diretor definiu que a operadora deve encaminhar “um levantamento do estado inicial de cada compromisso assumido” antes da celebração do referido TAC. Porém, a aprovação dessas alterações para o TAC da Telefônica não tem o condão de garantir que seja dado tratamento idêntico para os demais TAC em andamento na agência.

Propõe, assim, **determinar** à Anatel que se abstenha de assinar qualquer TAC antes da conclusão dos estudos que demonstrem a situação inicial de cada um de seus projetos e investimentos pactuados para a correção de conduta e os compromissos adicionais, com vistas a permitir um acompanhamento e uma fiscalização mais efetivos e precisos.

Passo a analisar as justificativas apresentadas pela Anatel em sede de memorial, especificamente quanto ao ponto (peça 147, p. 140-143) .

A autarquia informa que, antes da celebração de TAC, a compromissária deverá

encaminhar à Anatel, previamente ao início da execução, um levantamento do estado inicial de cada compromisso assumido para que a agência o ateste por meio de análise de dados, sistemas ou fiscalizações, inclusive *in loco*.

Entende a Anatel que tal levantamento não deva ocorrer antes da efetiva

celebração, pois até lá a situação de cada compromisso pode ser alterada, não havendo razoabilidade em se aferir e se estabelecer, de maneira definitiva, com excessiva antecedência, o estado inicial a ser referenciado na execução do TAC. Assim, o momento ideal para definição do estado inicial é aquele de maior proximidade com a efetiva celebração, que se dá com a assinatura.

Consoante o MAF aprovado, a primeira etapa do procedimento de acompanhamento e fiscalização dos compromissos do TAC é justamente o levantamento do estado inicial, onde a compromissária deverá encaminhar, previamente à celebração do TAC, todos os documentos e informações necessários para o fiel levantamento do estado inicial dos compromissos assumidos. A Anatel realizará a análise desses dados, seja por meio de sistemas interativos próprios ou da compromissária ou por meio de fiscalizações (censitária ou amostral) para sua respectiva comprovação, bem como a execução de fiscalização *in loco*.

Desse modo, via de regra, alega que a agência terá as informações relativas às obrigações assumidas no TAC antes de sua celebração (estado inicial), bem como serão apuradas durante a sua execução e serão confirmadas após a sua realização.

Em exame do mérito, entendo que assiste razão à Anatel. Se o MAF dispõe acerca do mandatório levantamento da situação inicial de cada projeto e investimento pactuado para a correção de conduta e compromissos adicionais, *a priori* e em tese não há como afirmar que esse procedimento não será realizado.

Em linha com o princípio da confiança no gestor público, deixo de acolher a proposta de determinação no atual momento processual, de forma redundante aos termos já positivados no MAF, aprovado pela própria agência. Portanto, é esperado e que a mesma cumpra sua própria normatização.

Naturalmente, isso não obsta atuação posterior do Tribunal sobre o tema se verificada qualquer irregularidade, se necessário for, em sede de acompanhamento ou outro instrumento fiscalizatório.

V.3.3. Irregularidades na atribuição de competências para acompanhar e fiscalizar todos os TAC no âmbito da área técnica da Anatel

Segundo a SeinfraCOM, a minuta do MAF analisada previa a criação de escritório de governança, composto pelos Superintendentes de Controle de Obrigações e de Fiscalização, além de representantes por estes indicados, responsável por gerenciar

o acompanhamento e receber os relatórios de fiscalização da empresa terceirizada.

A unidade também será responsável por analisar as informações prestadas pela terceirizada e decidir se há necessidade de solicitar fiscalização a ser realizada pelos servidores da Anatel. Outra competência é acompanhar o grau de (des) cumprimento do TAC ao longo de sua vigência, para determinar se foi ultrapassado o percentual de 50% que enseja a declaração de descumprimento integral do TAC, conforme art. 29 do RTAC.

Por outro lado, anota que a agência possui em sua estrutura uma Superintendência de Fiscalização (SFI) , dedicada exclusivamente à fiscalização das prestadoras e demais entes regulados pela Anatel, e a Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) , que acompanha e controla todas as obrigações dos entes regulados.

Ademais, o inciso III do art. 158 do Regimento Interno da Anatel e o art. 23 do RTAC determinam explicitamente que o acompanhamento do TAC cabe à SCO.

Desse modo, a unidade instrutora propõe **determinar** à Anatel que exclua dos manuais de fiscalização de todos os TAC qualquer referência à criação de instância, estranha à atual estrutura administrativa da agência, que se aproprie da atribuição regulamentar da Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) de acompanhar a execução dos compromissos constantes nos TAC.

Em seu memorial (peça 147, p. 130-133) , a Anatel explica que a constituição do Escritório de Governança não alterará competências ou criará instâncias dentro da estrutura da agência. Consiste apenas em prerrogativa de organização interna da Anatel, com o intuito de centralizar as ações necessárias ao acompanhamento do TAC, configurando-se em uma interface de comunicação com a operadora. Referido Escritório não possui qualquer atribuição decisória, que permanece de acordo com o determinado no RTAC e no regimento interno da autarquia. Trata-se de grupo de apoio, um recorte organizacional temporário, de forma a otimizar o acompanhamento, torná-lo mais célere e eficiente.

Prossegue aclarando que, em que pese o Regimento Interno da Anatel (RIA) , aprovado pela Resolução-Anatel 612/2013, estabelecer a competência da SCO para acompanhar todos os TAC no âmbito da agência (art. 158, inciso III) , compete à SFI a realização das fiscalizações necessárias para permitir que a SCO realize suas atividades e conclua suas proposições, dentro de sua competência regimental

gizada como “fiscalizar o cumprimento dos compromissos e obrigações assumidos pelas prestadoras de serviços ou a elas imposta” (art. 157, inciso V) .

A referência ao Superintendente de Controle de Obrigações e de Fiscalização na composição do Escritório de Governança reforça o entendimento esposado, pois são exatamente essas duas áreas da agência as principais responsáveis pela condução das atividades necessárias para subsidiar o atesto do cumprimento ou descumprimento dos compromissos.

No mérito, entendo que assiste razão à Anatel e é despiciendo determinar a respeito. Não me parece que o Escritório de Governança esteja a usurpar competências das referidas Superintendências. Ao contrário, o fato de ser integrado por seus titulares e ausência de poder decisório da referida instância administrativa reforçam a manutenção das atribuições das áreas técnicas, com potencial ganho de agilidade decisória.

Ademais, o formato organizacional interno escolhido pela agência, se não atentar contra as normas vigentes, não pode ser objeto de oposição pelo Tribunal, por se constituir mérito administrativo.

V.3.4. Ilegalidades no procedimento de elaboração do manual de fiscalização dos TAC pela Anatel

A SeinfraCOM aponta que a Anatel teria conduzido o processo de aprovação dos Manuais de Acompanhamento e Fiscalização (MAFs) dos TAC da Oi e da Telefônica em desatenção aos princípios de impessoalidade, igualdade, razoabilidade, legalidade, devido processo legal e finalidade, previstos no art. 38 da LGT para a atuação da agência, pois não teria havido participação, no processo de discussão, da sociedade, das diversas operadoras e da Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à Anatel.

No caso da PFE, considerando que o MAF será inserido como anexo em cada TAC a ser assinado, sustenta que deveria seguir os mesmos trâmites que o corpo e os

demais anexos do TAC, quais sejam, negociação com as prestadoras interessadas e submissão à análise da Procuradoria antes do envio à apreciação do Conselho Diretor, nos termos do *caput* e do § 2º do art. 9º do RTAC.

Alega não ser razoável que cada instrumento possua regras e metodologias de

acompanhamento e fiscalização diferentes (um MAF para cada TAC a ser celebrado) , tampouco aceitável que o instrumento que normatizará a forma e os métodos de acompanhamento de todos os TAC seja apresentado e discutido com somente uma ou duas operadoras, em detrimento de todas as demais, que não tiveram a mesma oportunidade, em prejuízo da isonomia de tratamento às prestadoras exigida pelo inciso VI do art. 127 da LGT, e sem a devida transparência para com a sociedade e demais órgãos como o Ministério Público, frustrando sua capacidade de exercer o controle social.

Propõe, então, **determinar** à Anatel que:

a) instaure processo administrativo específico para elaborar, submeter à Consulta Pública e apreciar as cláusulas e condições gerais do manual de fiscalização dos TAC, incluindo procedimentos, critérios e parâmetros objetivos para posteriores alterações, aplicáveis a todos os TAC a serem firmados pela agência;

b) no âmbito de cada processo de TAC, elabore e aprecie as cláusulas e condições específicas aplicáveis à fiscalização de seus termos, garantindo à prestadora diretamente afetada a oportunidade de enviar contribuições e sugestões e submetendo a minuta à Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à Anatel.

Em sua defesa (peça 147, p. 142-143) , a Anatel explica que, diante das especificidades de cada um dos TAC a serem celebrados (distinções entre compromissos de ajustamento de conduta e, sobretudo, entre compromissos adicionais) , o Conselho Diretor da agência entendeu por bem que cada instrumento contivesse MAF próprio. Dentre esses, foi aprovado em última instância, até o presente momento, apenas o relativo ao TAC da Telefônica.

Ressalta que a celebração de TAC, do qual o MAF é parte integrante, é processo negocial entre dois atores, a Anatel e a compromissária envolvida, e não envolve, nem deveria envolver, outras prestadoras, tampouco necessita ser idêntico para cada grupo, visto os ajustes de conduta e os compromissos assumidos são diversos. Nessa mesma linha, o MAF não possui conteúdo normativo, sendo

aplicável somente às operadoras que, voluntariamente, a ele aderirem.

Acerca da sugestão de determinação de encaminhamento do MAF à Procuradoria Federal Especializada da Anatel, explica a agência que os casos em que sua manifestação é obrigatória estão disciplinados no Regimento Interno e por meio da

Portaria-PFE/Anatel 642/2013, e nenhuma das hipóteses presentes nesses instrumentos prevê a necessária apreciação da proposta de MAF pela PFE.

No mérito, acolho os argumentos esposados pela Anatel, exceto no que tange à desnecessidade de submissão do MAF à PFE. Embora esse instrumento não esteja expressamente previsto nas normas que tratam da manifestam obrigatória do órgão jurídico da autarquia, o MAF possui força cogente juntamente com o instrumento do TAC.

A agência mesmo afirma que esse documento é parte integrante do instrumento, com cláusulas complementares do instrumento. Logo, seus termos constituem acordo obrigacional equivalente às demais cláusulas do instrumento, não havendo relação de hierarquia entre elas. Isto é dizer que a operadora adere ao MAF-TAC tanto quanto adere ao TAC, de forma simultânea e permanente, e ambos lhe criam obrigações. Tal situação, ao meu ver, atrai inequivocamente a competência da PFE para fins de manifestação prévia, nos termos do art. 9º, § 2º, do RTAC.

Portanto, é preciso **deixar assente** que o MAF é parte integrante do TAC e, como tal, deve se sujeitar às normas que disciplinam o rito de exame técnico e jurídico a ser realizado no âmbito da Anatel.

VI – IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO DE DECLARAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DO TAC E NA EXECUÇÃO DAS MULTAS E DO VALOR DE REFERÊNCIA DO TAC

Segundo o art. 26 do RTAC, o descumprimento de metas e compromissos pactuados deverá ser sancionado com a aplicação de multas diárias, no caso de haver atraso, e com a execução do respectivo valor financeiro atribuído à meta ou ao compromisso irregular, como proporção do Valor de Referência do TAC.

Passa-se ao exame dos apontamentos da SeinfraCOM sobre o tema.

VI.1. Fragilidades na definição do Valor de Referência de todos os TAC

Conforme já exposto, os TAC da Anatel são compostos por compromissos referentes ao ajustamento de condutas irregulares e a compromissos adicionais.

Segundo a unidade instrutora, o RTAC considerou como Valor de Referência (VR) somente a soma das multas sem trânsito em julgado, sem acrescentar montante

adicional referente aos compromissos adicionais. Dessa forma, o VR corresponderia ao montante das multas e seria distribuído entre ambos os tipos de compromissos, de maneira que seu valor seria “diluído” ou reduzido para cada dimensão do TAC: ajustamento de conduta e projetos (compromissos adicionais) .

Considerando que o VR corresponde ao valor total a ser executado em caso de descumprimento do TAC e que ele serve como base para definir as multas diárias de cada ação e investimento previstos no acordo, constatou-se que tal previsão do regulamento prejudicaria a efetividade do TAC e representaria risco e possível incentivo ao descumprimento do ajuste, visto que reduz o valor das multas a serem aplicadas às operadoras em caso de descumprimento.

Prossegue a SeinfraCOM pontuando que tal decisão teve seu impacto reduzido pela forma como a agência estabeleceu as multas diárias dos acordos: essas têm como valor mínimo o dobro do valor do compromisso, de forma que, se a operadora atrasar integralmente o cronograma de entrega de um compromisso, consumindo todo o prazo permitido, ela será multada em, no mínimo, o dobro do valor daquele compromisso.

Dessa forma, em caso de descumprimento de um compromisso, ainda que o valor a ser executado do TAC seja somente uma parcela do VR, as multas diárias, se aplicadas corretamente, considerando o peso e valor de cada compromisso, podem compensar essa distorção indevida do valor a ser executado do VR.

Embora o RTAC estabeleça que o VR é a soma do estoque de multas da operadora, ele não define qual porcentagem deverá ser destinada aos compromissos adicionais, de maneira que, de acordo com a SeinfraCOM, tal decisão deve ser tomada pela agência em cada caso concreto. Para o TAC da Telefônica, a Anatel teria estabelecido que 25% do VR seria destinado aos compromissos adicionais.

O total de multas incluídas na negociação do TAC da aludida operadora corresponde a um montante de R\$ 2,86 bilhões, valor esse que se tornou o VR do referido TAC. Considerando o percentual de 25%, a parcela dos compromissos

adicionais seria de aproximadamente R\$ 715 milhões.

A penalização máxima dada à operadora por descumprimento integral de um compromisso do TAC é o VR do compromisso mais a soma das multas diárias por atraso, de duas vezes o valor do compromisso. Assim, em teoria e no pior dos

cenários, o máximo a ser cobrado da empresa corresponde a três vezes o VR daquele compromisso.

Logo, se o compromisso representa 25% do TAC, o sancionamento máximo seria de cerca de 75% do valor total do instrumento, levando à interpretação de que, na pior das hipóteses, existe incentivo econômico ao agente privado descumprir o TAC quanto aos compromissos adicionais, já que a sanção seria menor que a obrigação contraída em cerca de 25%. Esquemáticamente:

Um elemento-chave para análise desta situação é que o montante de investimento a ser realizado pela operadora para atendimento aos compromissos adicionais é superior ao VR do TAC, pois esse considera apenas o VPL negativo resultante do conjunto de projetos. Ou seja, o investimento total a ser realizado pela operadora é maior que o VPL calculado, para não falar no déficit operacional intrínseco ao VPL menor que zero (despesas maiores que receitas) .

A conclusão da unidade instrutora é que a forma como a Anatel regulamentou o Valor de Referência do TAC (VR) , sendo composto por somente a soma das multas incluídas no acordo sem considerar os dispêndios dos compromissos adicionais, reduz a penalização da operadora, beneficiando-a, e apresenta riscos à efetividade do TAC que poderiam ser mitigados ao garantir que a parcela do VR vinculada às metas daquele compromisso seja grande o suficiente para superar o valor do projeto a ser realizado de fato ou ao estipular um teto da soma das multas diárias que supere os investimentos, de forma a gerar incentivo econômico ao cumprimento.

Como encaminhamento, propõe **recomendar** à Anatel que reavalie as condições estabelecidas nos arts. 13 e 14 do RTAC sobre a composição do valor de referência dos acordos, além de reavaliar os impactos que podem ser causados por tais dispositivos, visto que indevidamente limitam o valor máximo a ser executado, em caso de seu descumprimento, à soma das multas inseridas no TAC sem considerar o valor previsto para os compromissos adicionais, permitindo um possível incentivo ao descumprimento do acordo e um prejuízo à efetividade do TAC.

Sugere ainda **determinação** para que, em todos os TAC conduzidos pela agência, garanta que a soma das sanções aplicáveis à operadora em casos de descumprimento de cada compromisso adicional do TAC, incluindo as multas diárias e a execução do Valor de Referência do item, seja superior ao montante previsto de investimentos para aquele item, sendo superior inclusive ao

investimento previsto antes da aplicação do fator de desigualdade do regulamento de TAC, quando for adotado, em razão de a situação atual permitir uma possível falta de efetividade do instrumento, em desacordo com os princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 e nos arts 19 e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) .

Em defesa de seus procedimentos (peça 147, p. 144-147) e relativamente à proposta de recomendação, a Anatel defende ser desnecessária, pois, além de tangenciar o mérito regulatório, visto que os compromissos adicionais não estão necessariamente relacionados com o ajustamento das condutas e não devem congrega a base de cálculo do Valor de Referência do TAC, tal como definido pela agência, os critérios sancionatórios estabelecidos no regulamento estariam adequados e suficientes para exigir o seu cumprimento.

Em continuidade, relativamente à determinação proposta pela SeinfraCOM, alega que a efetividade do TAC está mais relacionada ao seu acompanhamento responsivo pela agência do que propriamente por uma eventual medida sancionatória que, aliás, já é bastante expressiva, rigorosa e dotada do adequado *enforcement*. O montante, as condições de realização, os termos e os encargos devem ser avaliados no caso concreto.

Não menos importante, menciona que outra consequência negativa para a compromissária que não ajustar sua conduta é o impedimento de firmar outros ajustamentos de conduta por determinado período de tempo, nos termos do RTAC, além de sofrer a execução do valor ajustado em sua totalidade, acrescido de multas diárias e encargos moratórios.

No mérito, em que pese aparentemente tratar-se de questão de mérito administrativo, merece ser louvada a preocupação da unidade instrutora quanto ao risco identificado. Segundo a melhor teoria econômica, os instrumentos contratuais devem prever incentivos que, se bem sopesados, conduzam ao pleno atendimento da avença. No caso vertente, caso o custo de atendimento seja superior à sanção esperada pelo agente (opção entre o menor dos custos a incorrer) , não se afasta a hipótese de que ele já pactue com intenção de descumprir e receber a sanção, encerrando suas obrigações.

Observo que, quanto a esse aspecto, a Anatel não possui informações detalhadas sobre o custo de investimento da empresa regulada, o que, em uma espécie de

“voo cego”, pode fazer com que desenhe instrumentos sem que sequer conheça o sistema de incentivos econômicos que pactua com a empresa regulada.

Desse modo, entendo por pertinente manter apenas a proposta de **determinação**, com ajustes, que termina por suplantar e dispensar a recomendação com o mesmo objetivo. Em verdade, trata-se da adoção de medidas preventivas de risco fundamentadas nos objetivos finalísticos da agência e nos princípios que a regem. A questão voltará a ser abordada na seção VII.2.2 deste Voto.

VI.2. Definição de índice ilegal de atualização do Valor de Referência de todos os TAC durante sua vigência

Considerando que a duração do TAC pode ser de até quatro anos, observa-se a necessidade econômica de o valor correspondente seja atualizado ao do tempo que viger, para evitar a desvalorização dos montantes a serem exigidos em caso de descumprimento. Não bastando, o Valor de Referência (VR) é calculado com base no montante de multas sob discussão atualmente em Pados abertos. Logo, eventual postergação do sancionamento, que é uma possibilidade, não pode acarretar perda de valor monetário no tempo.

Tanto a área técnica da agência quanto a PFE/Anatel opinaram pela atualização do valor de referência e das respectivas multas diárias durante toda a vigência do TAC pela Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic) , pois esse é o índice definido pela legislação vigente para a atualização dos créditos das autarquias federais.

Contudo, o Conselho Diretor apreciou e aprovou a minuta do TAC da Telefônica com previsão de uso do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGPDI da Fundação Getúlio Vargas) , justificando que, do contrário, seria como “considerar a empresa ainda em débito com o Poder Público”.

No caso dos TAC da agência, o valor de referência é composto justamente pela soma de multas, que seriam atualizadas pela Selic (após o trânsito em julgado administrativo) se o TAC não fosse firmado. O VR somente será utilizado para sancionar financeiramente as prestadoras que descumprirem o cronograma do TAC. É notório que, historicamente, o índice da Selic é superior ao do IGP-DI.

Entende a SeinfraCOM que permitir a atualização do VR do TAC pelo IGP-DI representaria afronta à legislação vigente, que é taxativa em estabelecer a Selic

como única taxa passível de ser aplicada para atualizar créditos de autarquias como a Anatel.

Assim, aventa **determinar** à Anatel que inclua cláusula em todos os TAC estabelecendo atualização do Valor de Referência e de todas as multas diárias pela taxa Selic durante toda a vigência do TAC, bem como **audiência** dos integrantes do Conselho Diretor que aprovaram o Acórdão-Anatel 422/2016-CD.

Em defesa de seus procedimentos (peça 147, p. 148-155) , a Anatel explica que a Selic só se aplica aos casos de créditos não pagos, ou seja, decorrem da inadimplência por parte do devedor, nos termos dos arts. 37-A da Lei 10.522/2002 e dos arts. 5º, § 3º, e 61, da Lei 9.430/1996.

Ou seja, os próprios fundamentos legais invocados pela SeinfraCOM estabeleceriam condição *sine qua non* para a sua aplicação: a **mora**, ou seja, a ausência de pagamento do crédito no seu vencimento. Pondera ainda a agência sobre a natureza jurídica da incidência da taxa Selic, tal como preconizado no art. 61, § 3º, da Lei 9.430/1996, que é de juros de mora. Seria inapropriado, assim, aceitá-la como índice de atualização monetária no valor do acordo em situação na qual ainda não se vislumbra a ocorrência de mora por uma das partes.

É que os índices de atualização e de correção monetária são aqueles destinados a restabelecer o poder aquisitivo da moeda, isto é, com o intuito de preservar e manter o valor real de compra ao longo do tempo, enquanto as taxas de juros (como é a taxa Selic) correspondem ao rendimento do capital, ou melhor, o preço pago para tomar emprestado valor monetário de terceiros, em cuja composição estão presentes fatores econômicos outros além da mera atualização monetária, a exemplo de risco, custo de oportunidade e remuneração do dinheiro no tempo.

Portanto, a taxa Selic não se reveste da natureza jurídica de índice legal de atualização monetária para créditos que não estejam vencidos. Está afeta, antes de tudo, ao campo dos juros legais moratórios, em situações que compreendem o retardamento ou o inadimplemento de obrigações de pagamento.

Nesse pórtico, em que pese a constituição do TAC decorra, em grande parte, de situações de retardamento de execução ou de inadimplemento de obrigações contratuais de serviços públicos outorgados, que culminaram na apuração de condutas irregulares ou no respectivo sancionamento, verifica-se, contudo, que a sua exigibilidade somente será possível em eventual descumprimento de suas

cláusulas após trânsito em julgado administrativo.

É que o Valor de Referência do TAC é integrado por valores de multas aplicadas ainda não definitivamente constituídas ou de multas estimadas em processo administrativo em estágio inicial de apuração, que não foram materializadas em decisão de mérito sobre as supostas irregularidades em apuração, portanto não sendo composto por créditos exigíveis vencidos e, conseqüentemente, não deve incidir qualquer tipo de juro de mora.

Assevera a agência que a Anatel não afastou a aplicabilidade da taxa Selic no caso de inadimplemento das obrigações do TAC, aí sim uma verdadeira mora da compromissária, aplicando-se as disposições o art. 61, § 3º, da Lei 9.430/1996, e do art. 37-A da Lei 10.522/2002, nos termos das Cláusulas 12.6, 12.16 e 12.17 da minuta de TAC aprovada.

Dessa forma, repisa ser totalmente adequada e legal a solução de atualização monetária do Valor de Referência do TAC após sua assinatura mediante o IGP-DI, parâmetro usualmente adotado para atualização de preços públicos em Editais de Licitação de Radiofrequências promovidos pela Anatel e cancelados pelo TCU.

Ademais, o eventual descumprimento integral do TAC, além de possibilitar a execução do valor total do VR, sujeita a compromissária ao pagamento da totalidade da pena das multas diárias calculadas em dobro, acrescidas, desta vez sim, de juros de mora pela taxa Selic, o que por si só já afasta a argumentação de que seria obtida vantagem econômica para a prestadora que firmasse o acordo.

Assim, sustenta que, inexistindo o requisito necessário para sua incidência, a mora, e considerando a natureza jurídica de contrato do TAC, a atualização do Valor de Referência não está abarcada pela exigência legal da taxa referencial do Selic. Ao contrário, poder-se-ia questionar a legalidade da atualização do valor por parâmetro cuja finalidade conferida pela lei.

Em exame de mérito, noto que as razões apontadas pela Anatel são procedentes, ficando prejudicadas a propostas de determinação e audiência.

Ademais dos robustos argumentos apresentados, ressalto que a admissão, no TAC, de valores de multas aplicadas cujos créditos ainda não foram definitivamente constituídos ou de multas estimadas em processo administrativo em estágio inicial

de apuração não permite a conclusão definitiva de inadimplemento das obrigações da operadora, visto que sobre tal assunto não houve o trânsito em julgado administrativo.

Por outro lado, sendo o TAC instrumento consensual que abarca conversão de obrigações em apuração por investimentos de interesse público, na busca de equilíbrio desse com os interesses privados, não há que se falar em mora que justifique a penalização da operadora mediante aplicação de juros à taxa Selic sobre o VR.

A esse respeito, bem sinalizou o MPTCU em seu parecer que a aplicação de juros moratórios antes de caracterizada a obrigação (de TAC) descumprida poderia representar ônus excessivo (peça 156, p. 46) :

“ (...) restaria caracterizado, ao que me parece, *bis in idem*, caso incida sobre a multa prevista na parte inicial do art. 30 do RTAC (“*multa correspondente ao Valor de Referência a ela atribuído*”) a aplicação de juros [taxa Selic]”.

A atualização dos valores no tempo mediante aplicação da taxa IGP-DI, usualmente adotado para atualização de preços públicos em editais de licitação da agência, afasta o risco de perda de valor monetário em desfavor da União, sem qualquer prejuízo ou vantagem ao particular.

VI.3. Fragilidades na definição e no cálculo das multas diárias de descumprimento de itens de todos os TAC

O RTAC prevê a aplicação de multas diárias em caso de mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos ajustados. Sobre essa sanção, o art. 26, inciso II, desse regulamento, dispõe que a multa diária será de, no mínimo, duas vezes o valor do compromisso previsto, não existindo limite máximo, que deve ser estipulado pela agência no próprio instrumento.

Ou seja, embora haja piso a ser respeitado, o total a ser aplicado como multas diárias pode ser de qualquer ordem de grandeza, dependendo da importância do bem jurídico tutelado pela Anatel.

Entretanto, avaliando os TAC em trâmite na agência, a SeinfraCOM verificou que foi definido como limite máximo a ser aplicado em multas diárias o dobro do valor de cada compromisso, tanto para o TAC da Telefônica quanto para o da Oi. Ou seja, a

Anatel teria optado, supostamente sem motivação, por adotar como teto das multas diárias para todos os compromissos exatamente o valor mínimo estabelecido pelo regulamento. Também não houve diferenciação pela Anatel do teto aplicável a cada compromisso de acordo com a sua importância e relevância para a sociedade, sendo a regra adotada pela agência a mesma para todos os compromissos.

Nessa situação, propõe **determinar** à Anatel que apresente ao Tribunal justificativa para a aplicação do valor mínimo regulamentar ao estabelecer o teto das multas diárias aplicáveis aos compromissos dos TAC já aprovados e para o estabelecimento de um critério único de limite máximo de multas diárias, independentemente da relevância do compromisso para a sociedade e da sua importância com relação ao demais compromissos do TAC.

Em defesa de seus procedimentos (peça 147, p. 155-164) , a Anatel explica que a dosimetria das sanções deriva não apenas da aplicação de multa equivalente ao dobro do item ou compromisso descumprido. A ponderação da relevância do bem jurídico tutelado decorre do fracionamento do Valor de Referência do TAC entre as diferentes obrigações previstas, de modo que, quão maior for a importância do bem jurídico tutelado por uma dada obrigação, proporcionalmente maior deverá sua fração do Valor de Referência para fins de avaliação e cumprimento.

Apesar disso, em um caso o Conselho Diretor da Anatel, considerando a faculdade discricionária conferida pelo regulamento e a amplitude do compromisso a ser firmado, entendeu por bem adotar o triplo do valor de multa diária, na espécie, para o Projeto Solução 900Mhz, consoante Análise 108/2016/SEI/IF.

Portanto, defende que, diferentemente do afirmado pela SeinfraCOM, teria havido a diferenciação nos critérios adotados para aplicação das multas diárias, seja pela ponderação *ex ante* da relevância das condutas na composição do Valor de Referência, seja pela incidência de fator multiplicador mais acentuado para determinado tipo de compromisso com maior nível de sensibilidade, sendo ambas as escolhas devidamente fundamentadas e balizadas.

Ademais, tal decisão envolveria discussão de mérito do ato administrativo, logo seria insubsistente a proposta de determinação, pois as razões e os fundamentos estão nitidamente solidificados, mediante pareceres técnicos e jurídicos, no corpo da instrução processual que culminou na aprovação da proposta de TAC da Telefônica.

Em exame do mérito, verifico que, na prática, a agência apresentou em sede de memorial as justificativas objetos da proposta de determinação da SeinfraCOM. Em suma, alega que a dosimetria não decorreria da alíquota das multas (200% e 300% sobre o valor de referência, conforme o caso) , mas da base de cálculo definida. Deve-se anotar que cada compromisso do TAC representa uma fração do Valor de Referência, que se traduz em um valor nominal sobre o qual serão calculadas eventuais penalidades para cada compromisso.

À primeira vista e em tese, me parece razoavelmente justificada a opção por ponderar e aplicar maior fração do VR sobre os projetos que demandam maior *enforcement*, que passam a representar maior materialidade no TAC e, conseqüentemente, aumentam a base de cálculo das multas correspondentes. Trata-se de escolha discricionária e não há colisão aparente com a norma vigente. Portanto, a definição da base de cálculo é um dos aspectos inerentes ao sistema sancionatório previsto para o TAC em tela, cuja adequação ou não parece ser impossível aferir *a priori*.

Por outro lado, a questão não se encerra aí. Conforme bem ilustrado pelo representante do MPTCU em seu parecer, existe dúvida interpretativa relevante em relação às alíquotas. Veja-se (peça 156, p. 46-47, com grifos do original) :

“313. A celeuma tem relação, entre outros aspectos, com a redação que foi conferida ao inciso II do art. 26 do RTAC, *in verbis*:

‘Art. 26. A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:

(...)

II - terá como **teto** o equivalente a, **no mínimo**, 2 (duas) vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido;’

314. O mencionado inciso II pode conferir diferentes interpretações quanto a ter como propósito a fixação de valor máximo da multa diária (“*teto*”) ou de valor “*mínimo*” (piso) dessa espécie dessa sanção. De acordo com o Parecer nº 00268/2016/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 20/4/2016 (peça 1, p. 16) , “*trata-se, portanto, de piso, e não de teto.*” (grifo nosso) .

315. Como há a possibilidade de haver distintas e antagônicas interpretações sobre o mesmo dispositivo do RTAC, a Anatel deverá esclarecer ao Tribunal, via **oitiva**, se o inciso II do art. 26 do RTAC se refere ao teto (valor máximo) ou ao piso (valor mínimo) da multa diária que deve ser aplicada à operadora que incidir em mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos.

316. Ainda na Subseção VI.3 de sua instrução, a SeinfraCOM passou a apresentar, a partir do parágrafo 483 do relatório, questionamentos quanto ao prazo de atingimento do valor máximo da multa diária (sem indicar proposta de determinação/recomendação específica sobre o tópico) e à falta de clareza na redação do seguinte dispositivo do RTAC (segmento grifado abaixo) :

‘Art. 26 - A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:

I - a multa incidirá desde o dia seguinte ao do inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, **até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor, o que ocorrer primeiro;**’

Percebe-se que a redação do RTAC é dúbia quanto à gradação das alíquotas previstas. Apesar da falta de clareza do dispositivo regulamentar, é fato que a norma confere ao gestor certa discricionariedade na definição dos patamares, responsável por avaliar o caso concreto para decidir, sempre motivadamente, acerca do valor definido.

Assim, tem-se que a repercussão financeira das multas não se encerra na definição da base de cálculo, mas compreende em especial a delimitação motivada das alíquotas, de modo que acolho a proposta do MPTCU para que seja promovida a **oitiva** da Anatel, no sentido de esclarecer, entre outros aspectos que julgar pertinentes, o alcance e a interpretação do comando do inciso I do art. 26 do RTAC,

especificamente sobre os requisitos e critérios a serem respeitados e exigidos em relação à “primeira decisão do Conselho Diretor”, mencionada no citado dispositivo regulamentar.

Outro apontamento da SeinfraCOM decorre de dispositivo do RTAC relacionado ao

tema e objeto de apontamentos da SeinfraCOM é o que estabelece (grifou-se) :

“Art. 26 - A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:

I - a multa incidirá desde o dia seguinte ao do inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, **até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor, o que ocorrer primeiro;**”

A esse respeito, foi identificado risco de que a falta de clareza do dispositivo do regulamento possibilite a suspensão da aplicação da multa diária devido a qualquer decisão feita pelo Conselho Diretor, independentemente de ela trazer ou não elementos que justifiquem a suspensão da aplicação das multas. Além disso, ainda possibilita interpretação de que o Conselho poderia suspender a aplicação da multa diária por meio de decisão, sem estabelecer previamente os requisitos e critérios a serem respeitados e exigidos para tal escolha.

Diante do exposto, propõe **determinar** à Anatel que, nos processos de TAC, apresente motivação e justificativa com base em critérios objetivos e técnicos para cada decisão que suspenda a aplicação de incidência da multa diária ou que limite a sua aplicação em momento anterior ao fim do prazo máximo estabelecido para o atingimento do teto da multa diária, adotando as medidas necessárias para garantir que, no caso de persistência do descumprimento mesmo após decisão do Conselho Diretor, haja o acompanhamento e eventual determinação posterior de complementação do pagamento.

Em defesa de seus procedimentos (peça 147, p. 161-169) , a Anatel explica que não se deve interpretar isoladamente a norma, mas sim sistemática e coerentemente com os demais dispositivos do RTAC, do Regimento Interno da Anatel e, de forma complementar, das cláusulas do TAC e de seu Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF) .

No caso em tela, o possível risco de interpretação do art. 26, inciso I, do RTAC, seria suprido mediante o regramento das cláusulas 9.1 a 9.8 do MAF aprovado para o TAC da Telefônica, que balizam o procedimento de aplicação de multa.

Não bastando, segundo a agência, tal conclusão partiria de premissa genérica de

que a decisão do Conselho Diretor, para suspender uma multa, poderia vir a ser carente de motivação por falta de elementos que a justifiquem, o que obviamente não encontra qualquer guarida, pois se presume que o órgão máximo da Anatel estaria propenso a praticar um ato arbitrário e desmotivado.

Porém, todas as decisões acerca do cumprimento ou descumprimento do TAC e de seus itens de compromissos são de competência do Conselho Diretor, o qual julga as matérias que lhe são encaminhadas nos termos do art. 5º do Regimento Interno da Anatel, mediante deliberações com base em votos devidamente motivados de seus Conselheiros, que advêm de subsídios fornecidos pela Superintendência de Controle de Obrigações (SCO) e, conforme o caso, da PFE-Anatel.

Na espécie, aduz que caberá à SCO acompanhar a efetividade das multas diárias a partir do acompanhamento da execução dos compromissos constantes do TAC e, caso haja o cumprimento de item intempestivamente e antes de ser atingido o limite da multa, poderá ser proposta a suspensão da multa diária, motivadamente, ao Conselho Diretor, percorrendo-se o mesmo caminho processual antes utilizado para a sua aplicação.

Em exame da questão, entendo que a motivação e justificativa expostas pela Anatel quanto ao ponto estão completas e adequadas, sendo desnecessária a determinação proposta. O regimento para submissão e decisão de matérias junto ao Conselho Diretor da Anatel, sempre subsidiadas por instruções da área técnica da agência, atendem à necessidade de motivação dos atos administrativos, mediante exposição dos fundamentos de fato e de direito sobre cada situação deliberada.

Outra constatação da SeinfraCOM é que as falhas no desenho do processo de definição e acompanhamento das multas diárias do TAC, que podem trazer prejuízo ao interesse público em caso hipotético de interrupção da aplicação de multas por decisão do Conselho (ref. RTAC, art. 26, inciso I, parte final) , levam à possibilidade de baixa efetividade das multas diárias a serem aplicadas às operadoras, o que desestimularia o cumprimento das obrigações, reduzindo-se a urgência da

operadora em resolver o problema devido aos longos prazos de até quatro anos e meio até a penalização máxima.

Propõe, diante da situação, **recomendar** à autarquia reduzir o prazo máximo de atingimento do teto de cada multa diária prevista nos TAC, com vistas a garantir que

as multas diárias sejam um mecanismo eficaz de estímulo ao cumprimento efetivo e tempestivo das obrigações do TAC.

Em defesa de seus procedimentos (peça 147, p. 160-161) , a Anatel explica que, se fosse dado um tempo muito exíguo para cumprimento (distribuição das multas em período inicial curto) , o teto da multa poderia ser atingido mais rapidamente e, na sequência, não haveria mais estímulo para que a compromissária cumprisse a obrigação, pois pouco importaria se a meta fosse atendida logo após o prazo máximo da multa ou próximo ao vencimento da meta, já que a penalidade seria a mesma. O mesmo se diga caso a multa fosse mais rigorosa somente ao final do período previsto, pois, assim, haveria baixo incentivo ao cumprimento no início da vigência de cada compromisso.

Assim, a Anatel considera que o prazo para atingimento do teto da multa foi devidamente temperado ao se escolher o modelo linear, e o seu dimensionamento atendeu às circunstâncias para fixação das metas, servindo como incentivo ao ajustamento da conduta a qualquer momento do TAC. Ante o exposto, julgo que a escolha desse aspecto do modelo sancionatório insere-se na discricionariedade do regulador, sendo desnecessária a recomendação alvitrada.

Restam superadas, portanto, as propostas de recomendação e determinações da SeinfraCOM.

VI.4. Fragilidades no procedimento administrativo de declaração de descumprimento de todos os TAC

O regulamento e as minutas dos TAC em negociação até o momento preveem que a multa diária “incidirá desde o dia seguinte ao do inadimplemento das respectivas obrigações, independentemente de prévia notificação do interessado, até o efetivo cumprimento das metas, ou até a primeira decisão do Conselho Diretor (CD) , o que ocorrer primeiro”.

Porém, a minuta do TAC não estabelece em que momento será avaliado de forma definitiva o cumprimento de cada obrigação. Embora cada obrigação tenha um prazo previsto de execução, não está definido de forma clara qual o marco temporal para que aquela obrigação seja cumprida.

Tal situação confirmaria o indício de que o processo de avaliação de descumprimento de cada obrigação postergará a decisão de descumprimento ou

não de cada item até a análise final do TAC, perdendo, assim, a efetividade do acompanhamento e desestimulando a operadora a cumprir a obrigação no prazo certo, visto que não será declarado o descumprimento do item até o final do acordo.

Desta forma, a unidade instrutora propõe **determinar** à Anatel que estabeleça nas minutas de TAC conduzidos pela agência a previsão de declarar o descumprimento de itens do cronograma pactuado no TAC mesmo antes do término da vigência do respectivo instrumento, de forma a aumentar os incentivos para o cumprimento tempestivo das metas e dos compromissos pactuados no TAC.

Aduz ainda **recomendação** para que altere seu regulamento para estabelecer a impossibilidade de celebrar novo TAC com uma prestadora enquanto ainda estiver em tramitação os processos de apuração de cumprimento ou não de TAC firmado anteriormente com essa prestadora.

Ainda prevê a minuta do MAF da Oi e o MAF aprovado da Telefônica que serão instaurados diversos processos administrativos de acompanhamento, nos quais serão apuradas, calculadas e aplicadas as respectivas multas diárias, a serem submetidos a julgamento pelo Conselho Diretor, supostamente seguindo o trâmite processual comum a todos os demais processos administrativos. Ou seja, o trâmite dos processos de acompanhamento dos TAC seria idêntico ao trâmite de qualquer outro processo administrativo da Anatel.

No entender da unidade instrutora, o TAC não deve ser tratado como um processo administrativo ordinário da agência, de prazos alongados, pois sua principal diferença reside no fato de ser um instrumento de exceção que gera um título executivo extrajudicial, o que garante maior celeridade para a cobrança dos valores devidos.

Para tanto, propõe **determinar** à Anatel que, para os processos administrativos de acompanhamento e fiscalização do cumprimento das metas e obrigações pactuadas nos TAC, estabeleça um procedimento mais célere do que o previsto

para os processos sancionatórios comuns da Anatel, tornando o prazo de acompanhamento e sanção dos TAC compatível com a celeridade e efetividade exigidas do processo de execução de títulos extrajudiciais, visto que as multas previstas no TAC são de natureza cominatória.

Não bastando, o *Parquet* especializado registrou, mui oportunamente, o que segue (peça 156, p. 16) :

“70. No art. 3º do RTAC consta a afirmação de que o TAC firmado pela Anatel com a compromissária tem “eficácia de título executivo extrajudicial”. Deve-se avaliar, contudo, se há algum obstáculo para que sua exigibilidade seja imediata, em caso de descumprimento, consoante se espera das condições elementares previstas no art. 786 do Código de Processo Civil, quais sejam, a certeza, a liquidez e a exigibilidade.

(...)

74. Superadas essas instâncias e verificado o descumprimento do acordo é prevista a emissão do certificado de descumprimento (art. 31 do RTAC) pelo CD da Anatel. Essa manifestação, a ser admitida como legítima, deve ser meramente declaratória, ou seja, trata-se de ato vinculado às disposições do RTAC (art. 31) e do MAF-TAC (item 10.4 do manual relativo ao TAC da Telefônica – peça 126, p. 12) . Não pode haver, assim, juízo de conveniência e oportunidade, por parte do CD, quanto à emissão, ou não, do referido certificado, nem postergação da decisão, com a concessão de prazos adicionais à compromissária que não estejam previstos no RTAC ou no MAF-TAC.

(...)

76. Destaco que não se pode admitir que o termo do TAC seja “complementado” pelo certificado de descumprimento para que, só então, se torne um título executivo extrajudicial. Caso haja necessidade de emissão do referido certificado para que se alcancem as esperadas eficácia e exigibilidade do termo, incorre-se em ilegalidade e perde-se, em consequência, a legitimidade conferida ao TAC pelo § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985.

77. Nesse sentido, o certificado de descumprimento deve cumprir, tão somente, seu papel instrumental de conferir liquidez ao título – visto que a certeza decorre das disposições do título em si (inclusos seus anexos) , formando a relação jurídica entre a agência reguladora e a compromissária –, apurando o percentual de inadimplemento, bem como de prova da exigibilidade do título extrajudicial junto ao juízo da execução, ou seja, servirá apenas como elemento para demonstrar o vencimento da obrigação e sua respectiva extensão, configurando, ademais, a mora da compromissária.

78. Reitero, portanto, que as condições para a constituição do referido título, segundo compreendo, devem estar previstas em cláusula do TAC ou em anexo que o integre, não podendo, assim, ser condicionada a qualquer provimento posterior, salvo os meramente declaratórios, para que tenha sua exigibilidade reconhecida em caso de descumprimento.”

Em exame, os argumentos trazidos pela Anatel em sede de memorial (peça 147, p. 165-172) .

Defende que a verificação da tempestividade e do cumprimento efetivo de cada ponto de controle de cronograma se dará a partir de seu vencimento, data até a qual a prestadora deverá apresentar todos os elementos comprobatórios desses requisitos (item 8.15 do MAF da Telefônica) . Em seguida, a agência realiza a verificação e a fiscalização presencial, abre-se a etapa de contraditório e ampla defesa e, constatado efetivo descumprimento, o caso é encaminhado ao Conselho Diretor com proposta de multa diária.

Além da aplicação da sanção pecuniária, o Conselho deverá verificar o somatório dos valores atribuídos para cada item eventualmente descumprido até então, com a finalidade de avaliar a ocorrência de descumprimento antecipado do TAC, nos termos do art. 29 do RTAC (grifei) :

“Art. 29. Ocorrendo atraso ou descumprimento de obrigações correspondentes a mais de 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC, a Anatel declarará seu descumprimento integral **mesmo durante o seu período de vigência.**”

Noutro giro, informa que, não ocorrida a hipótese de descumprimento antecipado do TAC, a verificação de descumprimento do item se dará ao término de vigência do instrumento, devendo então incidir a multa prevista, proporcional à diferença entre a meta de cumprimento integral e o valor alcançado. Por força do art. 30 do RTAC, o cumprimento integral do item poderá se dar até seis meses após tal data – mantida

a incidência de multa diária até seu adimplemento e também a multa por descumprimento.

Desse modo, conclui a autarquia que haverá pontos de controle periódicos durante a vigência do instrumento que podem culminar na declaração antecipada de

descumprimento, sem prejuízo das multas diárias.

A respeito das características do processo administrativo que suportará essas decisões, informa que os ritos desenhados para tratamento dos descumprimentos do TAC são distintos daqueles procedimentos sancionatórios previstos nos sucessivos Regimentos Internos da Anatel. Seu desenho mostra-se mais célere em relação a prazos, a fases e a instâncias. Dessa forma, não se pode presumir que devam resultar em tramitação alongada.

Aduz que os procedimentos de descumprimentos do TAC não seguem o rito do Pado, mas desenho próprio constante do RTAC, da minuta do TAC da Telefônica e do correspondente MAF. Além disso, não há uma multiplicidade de instâncias, mas apenas um polo de instrução (área técnica) e outro de decisão (Conselho Diretor), em fases exclusivas, sem prejuízo das garantias constitucionais de contraditório e ampla defesa.

Por fim, registra que o regulamento não permite celebração de novo termo na vigência do primeiro. Nos termos do art. 6º do RTAC, resta vedada a admissibilidade de requerimento de TAC quando a proposta apresentada tiver por objetivo corrigir o descumprimento de outro, ou quando a proposta apresentada possuir o mesmo objeto e abrangência de TAC ainda vigente. Isto é dizer que os descumprimentos de um determinado ajuste não podem gerar outro ou que possa haver coincidência de objeto e abrangência entre dois TAC simultâneos com a mesma compromissária.

De todo o exposto, conclui-se que as propostas de determinação da SeinfraCOM visam a corrigir risco já tratado e mitigado pela Anatel ao desenhar os procedimentos de exame e decisão quanto a descumprimentos de TAC, em fases intermediárias ou finais, bem como resta razoavelmente prevenida a possibilidade de alongamento de prazos para decisão definitiva, tal como ocorre com os processos tradicionais de sancionamento (Pados).

Por outro lado, embora não sugerida pelo *Parquet*, a possível prejudicialidade às características fundamentais do TAC previstas no art. 786 do Código de Processo

Civil em razão do previsto no RTAC, art. 31 (bem como art. 27, acrescento), merece ser aclarada, visto que o desenho dos procedimentos previstos pela Anatel pode enfraquecer a certeza, a liquidez e a exigibilidade do TAC.

Desse modo, cabe realizar **oitiva** da Anatel para que se manifeste sobre o ponto

suscitado pelo MPTCU, sem prejuízo de qualquer atuação direta do Tribunal caso os riscos aventados se materializem em irregularidades.

VI.5. Fragilidades devido ao arquivamento dos processos sancionatórios após a assinatura de todos os TAC

Segundo o RTAC, art. 11, § 3º, todos os processos sancionatórios que originaram TAC serão arquivados após a assinatura do termo. No sentir da SeinfraCOM, tal previsão contrariaria a prática comum de outras agências reguladoras, como a ANS, a Antaq e a Anac, nas quais os processos são apenas suspensos durante a tramitação dos TAC, e somente ao final do prazo do termo, se esse foi cumprido pela empresa, é que as multas originais são arquivadas.

Com isso, propõe **recomendar** à Anatel que avalie a conveniência e a oportunidade de alterar o regulamento que disciplina a celebração de TAC no âmbito da agência para prever que os processos sancionatórios incluídos no instrumento de ajuste sejam suspensos durante a vigência do acordo, sendo arquivados apenas após a verificação do cumprimento das respectivas obrigações de correção de conduta e compromissos adicionais, com vistas a aprimorar os mecanismos de punição por descumprimento e ampliar os estímulos à execução integral do ajustamento de conduta.

Segundo memorial apresentado pela agência (peça 147, p. 170-172) , a unidade instrutora estaria a adentrar o juízo de conveniência e oportunidade de decisão devidamente estabilizada pelo Conselho Diretor no tocante a dispositivo regulamentar (art. 11, § 3º, do RTAC) , que determina o arquivamento dos processos sancionatórios.

Esse posicionamento desconsideraria fatos e posicionamentos já enfrentados e superados no regular processo de edição de ato normativo da agência que culminou no Regulamento de TAC. Sem um comparativo mais detido, referida comparação desprestigiaria a opção normativa da Anatel pelo arquivamento dos processos sancionadores, alegando que contraria a prática comum de outras

agências reguladoras, cujas opções não vinculam as decisões da Anatel, em razão da realidade e organização setoriais distintas, que, por via de consequência, merecem tratamento e soluções também diversas.

Defende ainda que a SeinfraCOM teria ignorado o processo de formulação da

política normativa da Anatel, segundo a qual solução de arquivamento dos processos sancionatórios é medida de eficiência processual e de controle de prescrição, encontrando o devido amparo jurídico tal como bem anotado no parecer da Procuradoria Federal Especializada da Anatel acerca do RTAC (Parecer 1.287/2012/JCB/LCP/MGN/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU) .

Ademais, em documento interno, as áreas técnicas da Anatel também se posicionaram pelo arquivamento dos processos sancionatórios, acrescentando a argumentação de que, em substituição à sanção imposta, o TAC estabelecerá novos compromissos e metas, de maior amplitude do que as obrigações contidas no processo administrativo substituído, o que foi acolhido pelo Conselho Diretor.

Frisa que a tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da administração pública federal, como vem a ser o caso do TAC, aparece como causa de interrupção da prescrição exclusivamente no tocante àquela afeta à ação punitiva (art. 2º, IV, da Lei 9.873/1999) . Nesse contexto, uma longa suspensão dos procedimentos sancionatórios, durante a negociação e vigência do TAC, poderia eventualmente resultar na incidência de prescrição sobre diversos procedimentos sancionatórios.

Em exame do mérito do ponto, acolho a ponderação da autarquia. A mera comparação com regramentos normativos de agências reguladoras diferentes não pode servir de critério para avaliar a atuação da Anatel. Conforme razões esposadas em memorial, o processo de aprovação do RTAC envolveu debate do ponto, e a opção meritória pelo arquivamento encontra-se motivada.

Com efeito, o TAC transmuda as obrigações não cumpridas na operadora que se encontram em apuração em Pados. A partir da assinatura do termo de ajustamento de conduta, de natureza quase contratual, o agente privado pactua, voluntariamente, nova obrigação consistente no ajuste de conduta propriamente dito e na realização de compromissos adicionais, numa espécie de novação.

Rememoremos que o TAC possui eficácia de título executivo extrajudicial, logo eventual descumprimento do novo plexo de obrigações deverá ser executado a

partir daí e conforme seus próprios termos, não sendo viável o desarquivamento dos Pados originários. Portanto, é desnecessário expedir a recomendação sugerida pela SeinfraCOM.

Quanto ao ponto, o douto *Parquet* entende que a opção pelo arquivamento de

Pados poderia impedir a imposição à compromissária de sanções de natureza mais grave, haja vista que o processo no qual estava sendo apurada a conduta restaria arquivado em definitivo por ocasião da assinatura do TAC, conforme prevê o §3º do art. 11 do RTAC. Nessa linha, o dispositivo regulamentar poderia representar renúncia indevida e injustificada da competência fiscalizatória da agência reguladora.

Consigno minha discordância quanto ao ponto, por dois aspectos essenciais.

Em primeiro lugar, em caso de descumprimento total ou parcial do TAC, está prevista a execução dos valores correspondentes por meio do próprio instrumento, título executivo extrajudicial que é. A consecução de Pados e eventual sancionamento acerca das mesmas condutas objeto de repreensão no TAC poderia representar dupla apenação, em ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

Em segundo lugar, o mero arquivamento de Pados em que são apuradas infrações passíveis de multa, transacionadas por obrigações de fazer por meio de TAC, não impede abertura posterior de novos processos sancionatórios em que possa ser aplicada penalidade mais gravosa, como a suspensão temporária, caducidade ou declaração de inidoneidade (art. 3º do RASA), caso o conjunto de elementos permita tal encaminhamento. Portanto, não vejo o arquivamento como incompatível com outras medidas, ou seja, não representa renúncia da competência fiscalizatória, apenas procedimento *interna corporis*.

Dessa feita, considero que a questão resta superada, sendo desnecessário expedir qualquer medida.

VII – IRREGULARIDADES E DANO AO ERÁRIO DE PELO MENOS R\$ 137,7 MILHÕES NOS DISPOSITIVOS DA MINUTA DE TAC DA OPERADORA TELEFÔNICA

Em 27/10/2016, o Conselho Diretor da agência aprovou a minuta de TAC da operadora Telefônica e determinou que sua área técnica analisasse e atualizasse diversas informações e dados: detalhes dos projetos propostos pela operadora; a necessidade de retirar ou incluir novos Pados no TAC; o cumprimento de obrigações de editais de licitação; e atualização do valor de referência e das multas por descumprimento do TAC. O Conselho ainda determinou a elaboração do manual de fiscalização do TAC (peça 95).

A esse respeito, a SeinfraCOM fez os apontamentos adiante tratados.

VII.1. Irregularidades nas metas e nos projetos referentes à correção das condutas infringidas pela Telefônica entre 2002 e 2016

VII.1.1. Ações de correção de conduta que infringem leis e regulamentos vigentes

Dentre as ações de correção de conduta no presente TAC, no entender da SeinfraCOM, há previsão de medidas potencialmente contrárias ao RTAC, à Resolução-Anatel 632/2014 (Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC) e à Lei 10.703/2003 (dispõe sobre o cadastramento de usuários de telefones celulares pré-pagos e dá outras providências) .

Uma delas é o projeto de simplificação de cadastro da Telefônica, que exigirá dos novos clientes somente a informação do número de seu Cadastro de Pessoa Física (CPF) . Contudo, a Lei 10.703/2003 exige que sejam registrados outros dados pessoais, como nome e endereço completos, de todos os usuários de telefonia.

A minuta de TAC da operadora também prevê que o ressarcimento de cobranças indevidas feitas pela Telefônica a seus clientes será realizado via depósito do valor no Fundo de Direitos Difusos (FDD) , no caso da telefonia fixa, e da concessão de minutos para falar somente com outros usuários da própria operadora Telefônica, no caso dos clientes pré-pagos de telefonia móvel que não possuem planos ilimitados.

Todavia, o inciso I, § 1º, do art. 17, do RTAC, determina que as medidas de reparação aos usuários atingidos devem ser feitas seguindo a regulamentação vigente da agência. O art. 85 do RGC estabelece que os clientes afetados devem ter o valor devolvido em dobro, acrescido de correção monetária e juros de 1% ao mês *pro rata die*. Ainda de acordo com o art. 89 do RGC, somente após tentativas de localizar e ressarcir o usuário é que a prestadora pode encaminhar o valor correspondente ao FDD.

Quanto ao uso do crédito devido ao usuário, o parágrafo único do art. 85 prevê que o consumidor poderá escolher se prefere receber uma compensação na fatura, créditos com validade mínima de noventa dias ou pagamento via sistema bancário. Além disso, o direito de ressarcimento é do usuário e a Anatel não possui competência legal para negociar esse direito no âmbito do TAC nos moldes em que foi realizado.

Assim, propõe **determinar** à Anatel que promova a adequação de todos os projetos e ações de correção de conduta previstos na minuta do TAC da Telefônica às disposições das leis e regulamentos vigentes, de forma a não prever no TAC obrigações que contrariem a legislação, incluindo alterações nas cláusulas que tratam sobre informações mínimas exigidas no cadastramento de novos usuários de telefonia móvel pré-paga, e ressarcimento das interrupções de serviço e das cobranças indevidas feitas pela Telefônica aos seus clientes.

Em exame, os argumentos trazidos em sede de memorial (peça 147, p. 173-180) .

Quanto à simplificação cadastral, a Anatel transcreve a cláusula objeto de discussão e aduz que a sistemática a ser implementada não exclui do processo de habilitação a necessidade de que constem do cadastro os outros dados do assinante exigidos pela Lei nº 10.703/2003 (tais como nome e endereço completo) . Ou seja, não há uma restrição ao conjunto de informações exigidas, mas a indicação de que o CPF será necessário.

De fato, a leitura da cláusula revela que essa não é restritiva, o que descaracteriza, quanto ao ponto, a alegada afronta ao Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações (RGC) .

Em relação à previsão de ressarcimento de cobranças indevidas diretamente FDD em vez de aos clientes lesados, a agência evidenciou sua motivação para tal regra. Na espécie, há significativas dificuldades para o ressarcimento individual de cada usuário, pois em alguns casos não é possível identificar os lesados, e em outros há grandes dificuldades de localização dos usuários prejudicados por interrupções passadas e que há muito deixaram a base de clientes da prestadora, mudaram de endereço ou possuem cadastro incompleto.

Localizar e ressarcir tais usuários, credores de alguns centavos ou poucos reais cada qual, resultaria em custos altíssimos de pesquisa e contato, revelando situação de custo-benefício desfavorável. A PFE-Anatel vai na mesma linha e defende a adoção da segunda melhor opção em prol do interesse público, qual seja,

o recolhimento ao FDD, por analogia ao art. 89, inciso I, do RGC.

Com efeito, percebo que a motivação da agência para tal solução regulatória se mostra razoável sob o prisma do equilíbrio entre os princípios administrativos e pode ser considerada válida, desde que estritamente para o caso de consumidores

cujo custo de identificação seja desvantajoso ao interesse público, tendo em vista o aludido art. 89, inciso I, do RGC. Conforme explicado pela Anatel em seu memorial, nos demais casos, em que a identificação do usuário é possível, a operadora deverá conceder os créditos diretamente aos consumidores lesados, à luz da legislação.

Com isso, resta prejudicada a proposta de determinação alvitrada.

VII.1.2. Alterações em obrigações previstas em editais de licitações

O Projeto Solução 900 MHz, proposto pela Telefônica para inclusão no TAC, destina-se a compensar o não cumprimento de obrigações de cobertura impostas pelo Edital de Licitação de Frequências Anatel 2/2010/PVCP/SPV. Na época em que arrematou os lotes, a prestadora comprometeu-se a oferecer o serviço de telefonia móvel com tecnologia 2G na faixa de frequência de 900 MHz em 141 municípios, tendo apresentado garantia de execução desse compromisso em valor proporcional ao necessário para cumprir essas obrigações.

A garantia de execução dos compromissos de abrangência destina-se a assegurar que, caso a operadora não cumpra os compromissos de investimentos e de prestação do serviço de telecomunicações nas condições previstas no respectivo edital, a Anatel possa resgatar esse valor financeiro celeremente para executar o projeto, além de aplicar as demais sanções devidas em outro processo administrativo.

A SeinfraCOM anota que a Telefônica não cumpriu tal obrigação editalícia de 2010, sob alegação que as cidades já eram atendidas com tecnologias 3G e 4G em outras faixas de frequência. Como compensação e no âmbito da negociação do TAC, propôs à Anatel atender outros 152 municípios, cobrindo no mínimo 20% da área urbana do respectivo distrito sede com tecnologia 4G, e devolver a faixa de 900 MHz à Anatel. A agência anuiu ao pedido e autorizou a devolução à prestadora da garantia de execução dos compromissos de abrangência, assegurada desde a licitação em 2010, a partir da assinatura do TAC – que ainda não ocorreu.

Segundo a unidade instrutora, a postergação e alteração do investimento previsto no edital de licitação geraria benefício financeiro à operadora, uma vez que os valores a serem desembolsados com a instalação de infraestrutura em 141 municípios entre 2011 e 2016 foram estimados e descontados do preço mínimo cobrado pela Anatel aos licitantes, seguindo a metodologia do fluxo de caixa descontado. Dito de outra forma, o valor arrecadado pela União com a venda de

lotes de 900 MHz para a Telefônica seria maior se estivesse previsto que os investimentos seriam feitos mais de sete anos após a licitação e, ainda, em outras cidades e noutra faixa de frequência.

Mesmo a devolução dos lotes em 2017 não eliminaria o prejuízo, porque, se a Telefônica não tinha interesse em atender as referidas cidades na faixa de 900 MHz, haveria a possibilidade de que outra operadora adquirisse tais lotes e já estivesse utilizando-os para prestar o serviço de telefonia móvel.

Conforme previsão do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, a agência tinha o dever de executar tais garantias quando constatou que a prestadora não cumpriu as obrigações do edital. Segundo a SeinfraCOM, em nenhuma hipótese seria cabível à Anatel transacionar a execução das garantias previstas em edital de licitação, ainda que fosse possível incluir eventuais multas de descumprimento no âmbito do TAC sem contrariar o interesse público.

Assim, defende não ser razoável permitir a liberação da garantia editalícia de execução de compromissos, sob pena de violação explícita do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, além de prática antieconômica e lesiva ao interesse e aos cofres públicos.

Além de aceitar transacionar os compromissos previstos em edital de licitação de 2010, o Conselho Diretor da Anatel aprovou a inclusão, no âmbito do TAC da Telefônica, de outros compromissos editalícios referentes aos Editais de Licitação 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel (peça 116), ampliando os prazos de cumprimento de tais obrigações neles previstas sem a respectiva execução da garantia ou a aplicação de qualquer multa ou sanção, conforme estabelecido originalmente nos referidos editais.

Assim, propõe, em linhas gerais, **determinar** à Anatel que: justifique ao TCU porque não foi executada nenhuma das garantias e cobradas as respectivas multas previstas no edital; adote medidas previstas nas cláusulas de edital em tela, tendo em vista o não cumprimento dos compromissos de abrangência editalícios devidos pela Telefônica no prazo exigidos; instaure processos sancionatórios específicos para apurar o não cumprimento dos compromissos de abrangência exigidos nos aludidos editais; e retire do TAC da Telefônica todos os processos administrativos correspondentes ao descumprimento dos compromissos de abrangência exigidos em editais.

Sugere, ainda **audiência** dos membros do Conselho Diretor que aprovaram o Acórdão-Anatel 422/2016-CD.

Em exame, os argumentos trazidos em sede de memorial (peça 147, p. 180-197) .

A Anatel registra que o serviço móvel celular é explorado em regime privado (autorização) , em que pesem os compromissos de abrangência geográfica. Alega que, conforme os editais em debate, a exigência de garantia financeira para exploração de radiofrequências busca salvaguardar o custeio do projeto em caso de não implantação por parte da licitante vencedora. Ou seja, o recurso derivado da eventual execução das garantias não se destina aos cofres públicos, mas sim a ultimar projetos não cumpridos pelas autorizatárias.

Ocorre que, para apurar o cumprimento ou não desses projetos, atraso no atingimento da meta de cobertura ou sua não efetivação, são instaurados Pados que ocasionam a retenção das garantias até sua conclusão de mérito.

Somente após o curso regular dos Pados é que podem ser aplicadas às prestadoras as sanções previstas na LGT (art. 173) e no RASA (art. 3º) : advertência, multa, suspensão temporária, caducidade, declaração de inidoneidade, obrigação de fazer e/ou de não fazer.

Salienta que a LGT e o RASA não contemplam a execução de instrumento de garantia como medida sancionatória. Nessa linha, o cumprimento de metas com atraso resulta em multa, apurada por meio de Pado, e o não cumprimento das metas resulta, além da sanção, a execução dos compromissos de garantia. No caso, os Pados abertos para apuração de descumprimentos (alguns com multas já aplicadas) foram transacionados e adicionados ao escopo do TAC.

Acerca dos Editais de Licitação 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel, a agência transcreve cláusulas da minuta do TAC que exigem da operadora corrigir o passivo e cumprir todos os compromissos de abrangência vencidos até data de assinatura do ajustamento de conduta. Prevê ainda que o descumprimento dessas obrigações não obsta a execução, por parte da Anatel, da garantia ofertada na licitação, em concomitância com as multas previstas no termo. Por fim, o instrumento ainda registra que, até a emissão do atesto de cumprimento dos compromissos de abrangência no âmbito do TAC, seus respectivos instrumentos de garantia devem permanecer válidos.

Assim, no seu entender e em relação aos editais em comento, o TAC traz em suas cláusulas a retenção das garantias (e o dever de sua revalidação) até a emissão de atesto de cumprimento dos compromissos, e igualmente a possibilidade de sua execução em caso de descumprimento. As sanções, aplicadas ou estimadas, em decorrência das condutas, integram o Valor de Referência do instrumento, e o descumprimento da meta de correção do passivo tem como consequência não só a execução das garantias, mas também os resultados de descumprimento de item do TAC.

No tocante à situação do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, esclarece que se tratava de certame para autorização de uso de sobras de faixas da tecnologia 2G que não despertaram o interesse de outras operadoras. Assevera em apertada síntese que, embora não cumpridos os compromissos de obrigação deste edital, não faria sentido atualmente executar a garantia para, com os recursos advindos, implementar projeto com tecnologia obsoleta, além de os municípios previstos já se encontrarem hoje cobertos com tecnologia 4G por operadoras concorrentes.

Diante desse contexto, a agência teria feito opção regulatória pautada não só pela vinculação ao instrumento convocatório, mas pelo equilíbrio entre esse e os princípios do interesse público, da razoabilidade e da atualidade, generalidade e eficiência do serviço público.

Assim, optou-se por comutar a abrangência original prevista (tecnologia 2G) por nova obrigação com tecnologia mais moderna em 152 municípios ainda não atendidos ou ainda não contidos em metas vindicadas de outros editais, de forma a compor efetivamente meta nova.

Já a devolução da garantia associada ao Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, segundo a agência, se justificaria nos seguintes termos (memorial de peça 156, p. 196, grifei) :

“Quanto aos descumprimentos dos demais editais, foi mantida expressamente na Minuta de TAC-TELEFÔNICA (Cláusulas 3.20 e 3.21) a previsão de retenção da garantia, do dever de sua revalidação e da possibilidade de sua execução até o atesto do cumprimento das metas. Quanto ao Edital nº **002/2010/PVCP/SPV-ANATEL**, tal previsão foi **afastada** vez que (i) a subfaixa de radiofrequências está

sendo devolvida; (ii) a parcela do Valor de Referência destinada ao compromisso “Solução 900 MHz” foi multiplicada por 3 (três) , de forma a preservar a possibilidade de execução do mesmo valor da garantia em caso de descumprimento (preservação do *enforcement*) , com reflexo significativo nos valores de multas diárias; e (iii) o compromisso original afastado seria “redundante” tendo em vista que os municípios nele contemplados já se encontram atendidos por força de outros compromissos editais.”

Em exame de mérito do tema, antevejo que estamos a tratar de matéria acidental (possível descumprimento de compromissos de editais de radiofrequência) , que transversalmente veio aos autos pelo fato de Anatel tê-las transacionado para fins de inclusão no TAC em tela. Ainda que a matéria possa ser apurada em processo apartado, como sugeriu o membro do *Parquet* em seu parecer (peça 156) , é fato que as obrigações oriundas dos editais estão sendo transacionadas no TAC com a operadora Telefônica, de modo que apurar o tema em processo distinto pode prejudicar a análise do conjunto da situação. Assim, deixo para apreciar tal possibilidade em momento futuro.

Não bastando, com relação ao Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, relacionado ao Projeto Solução 900MHz, a Anatel reconhece que pretende autorizar a liberação da garantia ofertada assim que o TAC for assinado com a operadora Telefônica, procedimento diverso do adotado com relação às obrigações dos demais editais.

A justificativa, acima transcrita, se resume à devolução da subfaixa de radiofrequência, aumento do VR para fins de sancionamento do novo compromisso assumido e inconveniência em se executar projeto obsoleto em cidades já cobertas por tecnologia mais atual.

Não obstante os argumentos esposados pela Anatel, julgo que eles são insuficientes para elidir a controvérsia aqui instaurada.

A agência informou que foram instaurados Pados para apurar o descumprimento dos compromissos de abrangência da solução 900 MHz resultantes do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel. Nesse sentido, não vislumbro óbice, assim como em relação às sanções pecuniárias decorrentes dos demais Pados incluídos no TAC da Telefônica, em transacionar as aludidas obrigações por compromissos adicionais.

Por outro lado, embora considere válida a preocupação da agência em transacionar as obrigações não cumpridas decorrentes do mencionado edital por solução que melhor satisfaça o interesse público, me parece, à luz dos elementos até então constante dos autos, que ela se choca com disposições do edital e do termo de autorização.

O anexo VII do Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel (minuta do Termo de autorização para uso de radiofrequências) , dispõe, nos §§ 7º e 9º da cláusula 3.3, *in verbis*:

“§7º - Em quaisquer das situações que levem à extinção desta Autorização, os valores das parcelas pagas do preço público e o montante de garantia de execução dos Compromissos de Abrangência executado ou a ser executado pela ANATEL em decorrência do não cumprimento dos Compromissos de Abrangência, até o momento da referida extinção, não serão restituídos.

(...)

9º - Além da garantia de execução dos Compromissos de Abrangência, caso ocorra descumprimento dos Compromissos de Abrangência, a AUTORIZADA estará sujeita a Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO que levará a ANATEL a decidir pela sanção cabível à situação detectada.” (grifos acrescentados)

Em vista do não cumprimento das obrigações, a decorrência lógica seria a extinção da autorização, mediante declaração de caducidade. Ainda que se admita a devolução da outorga da radiofrequência como uma rescisão bilateral, por constituir espécie de extinção, as garantias também não poderiam ser restituídas.

A Anatel também discorre que os recursos provenientes da garantia teriam que ser necessariamente aplicados no cumprimento dos compromissos originais da licitação, ou seja, na implantação e oferta de serviços redundantes e defasados tecnologicamente.

Sobre esse ponto, me parece necessário obter maiores informações da agência sobre essa necessária vinculação. A um, porque a LGT é silente sobre a questão. A dois, porque a Anatel pode dispor de regulamentação a respeito desse ponto em específico. A três, porque verifico a existência de cláusula editalícia acerca da possibilidade de transferir o valor da garantia de execução dos compromissos de

abrangência para a vencedora de processo licitatório posterior na mesma área de prestação, vejamos:

“Cláusula 10.11 - Em caso de extinção da Autorização, a ANATEL poderá transferir o valor da garantia de execução dos Compromissos de Abrangência para a Proponente vencedora de processo licitatório posterior na mesma área de prestação para conclusão do cumprimento dos compromissos assumidos e não cumpridos, até a data da extinção, dentro dos prazos estipulados.”

Sobre esse último ponto em específico, me parece tratar-se de possibilidade, ou seja, uma faculdade da agência, o que, em um juízo sumário, não afasta, *prima facie*, outras possibilidades de utilização dos recursos provenientes das garantias, considerado o contexto de inovação tecnológica do setor de telecomunicações, bem como o interesse público.

Nesse sentido, embora a Lei 8.666/1993 não se aplique às autorizações de serviço de telecomunicações, consoante o art. 210 da LGT, me parece ser possível extrair dela preceitos que podem vir a orientar solução para o caso, especialmente diante do silêncio da LGT.

No caso, a Lei de Licitações e Contratos dispõe que na hipótese de rescisão unilateral decorrente de algumas hipóteses, dentre as quais o descumprimento do contrato, a execução das garantias se presta, também ao ressarcimento da Administração e a indenizações a ela devidas (art. 80, inciso III, da Lei 8.666/1993) .

Por fim, ao adotar a solução inicialmente ventilada pela agência levaria a uma situação em que as obrigações inseridas no TAC por conta dos Editais de Licitação 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel estariam protegidas por cláusula de descumprimento do TAC e de garantia de execução, ao passo em que as decorrentes da solução dada ao Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel estariam preservadas unicamente pelas sanções pelo descumprimento do termo, ainda que em montante superior. Portanto, teríamos casos semelhantes com tratamento diferenciado no que diz respeito à estrutura de incentivos.

Vale ressaltar que, ao contrário das sanções em apuração, a garantia não pode ser transacionada no âmbito de TAC, por absoluta falta de previsão normativa. Não por acaso, a sanção e a garantia são instrumentos com objetivos diversos, logo não prospera o argumento da Anatel de que majorou o VR associado ao Projeto Solução 900Mhz como forma de compensar a liberação da garantia.

Na solução aprovada pela agência para o Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, caso a operadora seja reincidente no descumprimento da nova obrigação negociada no TAC, até poderá ser sancionada, mas não mais subsistirá a garantia da obrigação originária, ou mesmo da nova.

Por outro lado, em relação aos demais editais, houve decisão de não liberação das garantias. Assim, nada obstante a devolução da subfaixa de radiofrequência, não identifiquei motivação para que apenas nesse caso a agência decida por liberar a exigência da referida garantia ao longo da vigência do TAC, em que pese não haver óbice a que o adimplemento das obrigações, devidamente atualizadas, seja incluído no ajuste de conduta objetivado. Aparentemente, tem-se casos semelhantes com tratamento diferenciado.

Dessa maneira e tendo em vista o risco que permeia toda a situação, em especial a potencial ofensa a regras editalícias e ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e ainda não ter havido decisão definitiva da agência a respeito, é pertinente **determinar** à Anatel que se abstenha de liberar as garantias relativas aos Editais de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel, e outros cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC com particulares, até a comprovação do efetivo adimplemento do compromisso original ou de nova obrigação comutada no âmbito de TAC a ser possivelmente firmado com a Telefônica Brasil S/A, ou até nova deliberação do TCU a respeito a partir das informações a serem apresentadas.

Ademais, **determino** que a agência apresente ao TCU as razões de fato e de direito que levaram à conclusão pela possível liberação da garantia prevista no Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, ao transacionar as obrigações correspondentes no TAC, ao contrário da previsão de manutenção das garantias relativas aos Editais de Licitação 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel. Com isso, a questão poderá ser aprofundada em exame posterior, a partir da análise apresentada não só da motivação para a decisão, mas também da documentação que a suporte.

Desse modo, deixo de acolher as propostas de determinação tal como formuladas pela SeinfraCOM, e as determinações acessórias por consequência lógica, já que o memorial apresentado foi suficiente para esclarecer parcialmente a questão e, quanto aos demais pontos que suscitei no Voto, a questão será aprofundada a partir dos elementos trazidos em resposta à determinação mencionada no parágrafo

anterior. Acerca da proposta de audiência, entendo desnecessária, neste momento, em vista dos novos elementos que devem ser trazidos aos autos.

VII.1.3. Projetos genéricos e/ou incompletos para a correção das condutas irregulares

A minuta aprovada do TAC da Telefônica prevê que a operadora implementará diversos projetos em busca da melhoria da qualidade da telefonia móvel. Contudo, determinadas partes intrínsecas de um mesmo projeto estão fatiadas como se fossem três projetos distintos. Como isso, a relevância e o valor das multas de descumprimento dos demais investimentos do TAC seriam diluídos.

Outra fragilidade relevante apontada pela SeinfraCOM é o permissivo a que a operadora escolha e altere livremente quais cidades serão beneficiadas com esses projetos, sem análise e priorização desses municípios por parte da Anatel, levando em conta critérios de interesse público. Ao permitir a livre substituição de cidades ao longo da vigência do TAC, a agência fragiliza a eficácia e a transparência da avença, transformando o instrumento assinado em algo indefinido, posto que não será possível à sociedade, previamente, saber quais cidades serão realmente beneficiadas com os projetos do TAC antes do seu término, podendo a operadora trocar cidades para maximizar seu lucro, em detrimento do interesse público e do acompanhamento pela Anatel.

Ademais, alguns dos investimentos e projetos exigidos no TAC têm formulação genérica, que dificulta o acompanhamento e a atestação posterior. Também foi verificado que existem compromissos que atendem parcialmente as condutas a serem regularizadas, porém não abrangem outras condutas irregulares que constam de Pados admitidos no TAC.

A SeinfraCOM propõe, assim, **recomendar** à Anatel que:

a) adote critérios objetivos para analisar e aprovar as cidades propostas pelas operadoras para a adoção de ações e projetos de correção de conduta, levando em consideração aspectos como quantidade de reclamações, grau de competição do mercado do serviço de telecomunicações, infraestrutura existente, demanda existente, previsão de atendimento em editais de licitação para outras prestadoras e relação com as cidades abrangidas pelos Pados incluídos no respectivo TAC;

b) estabeleça, no âmbito dos TAC, obrigações e projetos específicos e suficientemente completos, de forma a garantir que todas as condutas incluídas nos Pados admitidos no TAC sejam regularizadas pela respectiva prestadora e para auxiliar o controle e o acompanhamento da execução do TAC.

Passo às informações trazidas em sede de memorial (peça 147, p. 197-199) .

No que tange aos projetos fracionados, a agência defende tratar-se de projetos distintos de infraestrutura de redes de telefonia móveis, pois cuidam de problemas diferentes, logo merecem o endereçamento de soluções em separado. Obviamente, isso não dilui ou sobrestima investimentos, pois os quantitativos de equipamentos a serem instalados foram fixados na forma de metas anuais no TAC, projetos cuja execução afirma que será acompanhada e fiscalizada consoante às disposições contidas no MAF. Neste instrumento se previu, inclusive, o detalhamento das atividades, cronograma, endereço de instalação, marcos temporais, entre outros elementos necessários para o acompanhamento fidedigno das iniciativas, por meio da exigência de apresentação de projetos executivos para cada compromisso a ser realizado.

Em exame do contraditório, percebe-se que a SeinfraCOM se ateve tão somente às cláusulas da minuta do termo, já que o MAF ainda estava em elaboração à época da fiscalização. Esse cuidou do detalhamento dos projetos e metas a serem avaliadas. Como as obrigações finais a serem celebradas no TAC devem mudar até sua assinatura, tendo em vista os ajustes de forma e objeto previstos, deixo de propor encaminhamento ao tema, já que a Anatel está assumindo formalmente perante este Tribunal a responsabilidade de detalhar os projetos de forma a evitar o risco aventado pela unidade instrutora. Com isso, a verificação da completude das cláusulas a serem estabelecidas deverá ser realizado na etapa de fiscalização do TAC, sobre a qual discorrerei ao final deste Voto.

Com relação à liberdade de escolha da prestadora em definir as localidades a serem atendidas com os compromissos adicionais, a Anatel defende que, como se trata de ajuste de conduta para melhorar indicadores e ofertar serviços conforme os

critérios, nada mais adequado que a operadora escolha onde e como investir para sanar suas pendências, pois ela efetivamente conhece os gargalos da infraestrutura de sua rede e a causalidade dos problemas existentes.

Com relação ao ponto, cabem importantes observações.

No que tange ao ajuste de conduta, sou da opinião de que não há óbice a que a operadora defina onde e como investir, sendo dispensável pactuar critérios geográficos rígidos. Até porque o TAC, ao que consta, exige tão somente o cumprimento de metas e indicadores gerais e abrangentes previstos na regulamentação, sem obrigação de investimento financeiro diretamente associado ou pré-definido em determinada região.

Por outro lado, os compromissos adicionais refletem a efetiva transação dos créditos de multas aplicadas ou estimadas, na prática recursos públicos potencialmente arrecadáveis. Não se pode olvidar que os compromissos adicionais, no dizer da própria Anatel, configuram a própria troca de valores públicos de difícil arrecadação por projetos de interesse público imediato.

Assiste razão à SeinfraCOM de que o permissivo para que a operadora altere livremente quais cidades serão beneficiadas com esses projetos ao longo de qualquer momento da vigência do TAC fragiliza a eficácia e a transparência da avença, transformando o instrumento assinado em algo significativamente indefinido.

Ainda que seja louvável o caráter de solução negociada das dificuldades regulatórias, a relativa liberdade dada pelas normas regentes dos instrumentos de ajustamento de conduta não pode autorizar a Anatel a celebrar compromissos fluidos, passíveis de modificação unilateral por parte do particular.

Veja-se que, nos termos da Lei 9.784/1999, a Administração deve obediência, dentre outros, aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parece-me claramente atentatório à segurança jurídica e à eficiência da fiscalização que o objeto de um TAC bilionário seja unilateralmente alterado pelo particular sem garantias do interesse público, e apenas posteriormente comunicado à autoridade pública, sob pena de grave subversão do equilíbrio do instrumento ao longo do tempo.

Além do aspecto principiológico, o RTAC dispõe (grifei) :

“Art. 13. O TAC deverá conter, dentre outras, as seguintes cláusulas:

I - compromisso de ajustamento da conduta irregular, prevendo cronograma de metas e obrigações voltadas à regularização da situação da Compromissária e reparação de eventuais usuários atingidos, bem como à prevenção de condutas

semelhantes;

II - compromissos adicionais, nos termos do art. 18;

III - meios, condições e a área de abrangência das condutas ajustadas e dos compromissos celebrados no TAC;

(...)

Art. 18. Além do compromisso de ajustamento da conduta irregular, serão estabelecidos compromissos adicionais que impliquem benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço, das seguintes espécies:

I - execução de projetos, selecionados a partir de rol de opções estabelecidas em Ato a ser editado pelo Conselho Diretor da Anatel, ou propostos pela Compromissária; e,

(...)

§ 1º Os compromissos adicionais terão **delimitados a área geográfica** de sua execução e os **aspectos dos serviços de telecomunicações sobre os quais incidirão as obrigações assumidas**, e poderão dispor, total ou parcialmente, acerca de outros fatos e serviços de telecomunicações não diretamente relacionados às irregularidades constatadas.”

Como se observa, tanto os princípios como o RTAC não dão margem a compromissos fluidos. Ao contrário, a leitura dos dispositivos *supra* evidencia que o instrumento deverá conter **cláusulas** sobre os **compromissos adicionais**, na forma de **execução de projetos**, os quais serão **delimitados em termos de área geográfica e de aspectos sobre os quais incidirão as obrigações**.

Portanto, resta evidente que a regra de livre alteração, por parte do particular, dos municípios beneficiados por projetos derivados de compromissos adicionais é irregular por entrar em rota de colisão com os critérios e princípios retromencionados.

Do contrário, sequer faria sentido toda a análise prévia realizada pelas áreas técnicas da agência e pelo Conselho Diretor, pois a operadora poderia simplesmente ignorar as decisões anteriores e escolher unilateralmente outros municípios para os projetos, conduzindo à nova apreciação e decisão da agência, e assim sucessivamente quantas vezes desejasse a operadora, deixando a agência a

reboque de suas decisões unilaterais, em clara ofensa à eficiência, moralidade, segurança jurídica e outros diversos aspectos minimamente racionais.

Isso não significa que o instrumento seja imutável. Assim como um contrato administrativo, alterações no decorrer da execução precisam ser comportadas, desde que objeto de interesse mútuo, após a devida análise técnica fundamentada por parte da Anatel.

Portanto, é oportuno **determinar** à Anatel que, nos termos do regramento dos arts. 13 e 18 do RTAC, e à luz dos princípios administrativos da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, eficiência, moralidade e segurança jurídica, delimite claramente o objeto dos compromissos adicionais em TAC que firmar, por meio de obrigações e projetos definidos em seus aspectos essenciais, específicos e suficientemente completos, vedando-se a alteração unilateral por parte da operadora quanto ao objeto do ajuste, sem prejuízo de alterações bilaterais consensuais, devidamente instruídas sob os aspectos técnicos e legais por parte do órgão regulador.

No mais, os compromissos adicionais não precisam guardar correlação direta com o ajustamento de conduta. São aspectos paralelos dos instrumentos, tal como desenhado pelo RTAC, pelo que deixo de acolher as propostas de recomendações da SeinfraCOM. A expedição da determinação acima, com ajustes, deverá mitigar os reais riscos aventados quanto ao ponto.

VII.1.4. Prazos de cumprimento do TAC incompatíveis com outros regulamentos e com a legislação vigente

A SeinfraCOM identificou incongruências entre o que o TAC prevê e o que está disposto em regulamentos, ou mesmo o que já foi prometido pela própria prestadora no âmbito de outras negociações na agência.

Um dos casos é o conjunto de projetos para corrigir condutas de atendimento a usuários. A Telefônica propõe no TAC diversos compromissos que, antes da

negociação, já estavam supostamente em funcionamento ou que a operadora já tinha se comprometido a executar em prazo menor: criação de setor de ouvidoria; conclusão da migração dos dados e informações de todos os usuários da telefonia fixa e da móvel, exceto pré-pago, da Telefônica para uma base única, consolidando com os clientes da extinta GVT; migração somente dos dados dos usuários de

telefonia móvel pós-pago e plano controle para a nova plataforma da Telefônica; plataforma de usuários da Telefônica capaz de cumprir diversos requisitos para garantir a redução de problemas de faturamento e cobrança; implantação de envio de protocolo de atendimento por SMS; implantação de sistema que permita atendimento ao usuário por meio de *chat* e outras funcionalidades *online*; compromisso de não prestação de serviços de telecomunicações de forma clandestina, sem as devidas autorizações da Anatel além de realizar seminários e apresentações sobre temas correlatos.

Já a cláusula 3.35 da minuta do TAC estabelece que, a partir do segundo ano de vigência do TAC, a Telefônica somente ativará as estações do serviço de comunicação multimídia (SCM) que estejam regularmente licenciadas. Isto é, o texto do TAC abriria espaço para que a operadora ative estações em desacordo com a regulamentação vigente sobre licenciamento durante o primeiro ano do termo de ajuste, resultando no cometimento de novas infrações deste tipo durante o período.

Propõe, assim, **determinar** à Anatel que ajuste os prazos de cumprimento dos projetos e das funcionalidades exigidos no TAC com a Telefônica considerando o estágio atual e o cronograma previsto de cada projeto e funcionalidade, para evitar que seja atribuído prazo de cumprimento excessivamente superior ao prazo de conclusão previsto, e retire da lista de obrigações do TAC da Telefônica a implantação de projetos e funcionalidades já existentes antes da vigência do TAC, devido à ausência de interesse público na inclusão no TAC de condutas já corrigidas.

Sugere também **determinar** à Anatel que altere a cláusula 3.35 da minuta do TAC da Telefônica para obrigar a prestadora a ativar somente as estações de SCM que estiverem regularmente licenciadas desde o início da vigência do TAC, eliminando qualquer referência a um período que eventualmente dê abertura para o cometimento de novas infrações deste tipo durante a vigência do TAC.

Outra constatação é que a cláusula 3.42 da minuta do TAC prevê que a regularização do atendimento das demandas de fiscalização da Anatel será gradual, isto é, no primeiro ano de vigência do TAC, a Telefônica precisará atender somente 95% das solicitações de documentos e informações feitas pelos servidores da agência. No segundo e terceiro ano do TAC, o grau de atendimento seria de 96% e 97% e somente ao final do TAC será exigido da prestadora o cumprimento integral de todas as requisições da Anatel. Tal cláusula estaria em desacordo com os arts.

96 e 127 da LGT, segundo os quais todas as empresas que prestam serviços de telecomunicações possuem dever legal de responder a todos os questionamentos da Anatel e entregar todos os dados solicitados tempestivamente.

Propõe, com isso, **determinar** à Anatel que altere a cláusula 3.42 da minuta do TAC da Telefônica, exigindo o atendimento integral das demandas da fiscalização da agência imediatamente após a assinatura do TAC.

Passo às informações trazidas em sede de memorial (peça 147, p. 200-216) .

Segundo a Anatel, entendeu-se por manter a previsão do compromisso de implantação de ouvidoria por questões de *enforcement*. Mais do que a pura implantação, o instrumento impõe a manutenção da ouvidoria durante todo o período de vigência do TAC, sob pena de multa. Do contrário, retirando-o do TAC, estaria a prestadora desobrigada quanto à manutenção da medida.

Com relação aos demais projetos já em execução, a Anatel argumenta que o TAC traz nuances e detalhamentos sobre cada um no sentido de aprimorá-los e dotá-los de funcionalidades e requisitos importantes, mas não obrigatórios caso não façam parte da avença. Em resumo, seriam projetos sobre temas iguais, porém com características específicas no âmbito do TAC.

Do contrário, argumenta como retórica, caso sejam retirados do instrumento, a prestadora estaria desobrigada da manutenção das medidas em comento, podendo optar por cancelá-las, em retrocesso no atendimento dos consumidores, diante do qual nada poderia ser feito.

A agência comenta em específico a inclusão no TAC do Pado nº 53504.016265/2007, cujo objeto é a prática de operação clandestina de STFC por empresa adquirida pela Telefônica. A irregularidade apontada pela unidade instrutora se daria na medida em que a conduta tratada já se encontra cessada, tendo havido uma “permuta” de multa de R\$30 milhões por “palestras genéricas”, o que contrariaria o interesse público.

Em exame, vejo que o fato de a conduta estar cessada não configura óbice a inclusão do Pado respectivo no TAC, haja vista a prevenção quanto à reincidência e a comutação de multas por investimentos em tese mais vantajosos ao interesse público, devido à ineficiência na arrecadação tradicional das sanções.

Com relação aos projetos supostamente já realizados ou em vias de serem realizados pela operadora, como se trata de ajuste de conduta e não de compromissos adicionais, o TAC se soma como instrumento de *enforcement*, de modo a assegurar, pelo menos durante sua vigência, que sejam mantidas as condutas consideradas desejáveis pelo regulador.

Quanto às obrigações derivadas da inclusão do Pado em exame, a Anatel relata que não contemplam apenas palestras, mas outros compromissos, e mesmo assim os eventos citados seriam específicos (“seminários sobre direitos dos usuários para vendedores e gerentes de negócios de clientes Pessoa Jurídica até o final do segundo semestre de vigência do TAC”). Além disso, o Pado em questão introduziu no TAC compromissos adicionais (instalação de infraestrutura) no valor de R\$ 24 milhões.

Por fim, quanto ao licenciamento de estações e óbice à fiscalização, a regra colocada trata de cessação gradual da conduta irregular, pelo que não ofenderia os dispositivos legais, já que a essência do TAC é pactuar prazos viáveis para a correção de conduta.

No caso da regra de ajuste de conduta de óbice à fiscalização, apesar da gradação, a Anatel destaca que as cláusulas do TAC estabelecem sanções à operadora quando deixar de prestar informações e de entregar dados e documentos relacionados aos compromissos. Estará sujeita à declaração de atraso ou descumprimento de item do cronograma ou de obrigação, aplicando-se as multas cabíveis.

Como regra de precaução, a minuta do TAC estabelece que o não encaminhamento dos elementos comprobatórios pela operadora, no prazo estipulado, acarretará presunção relativa de descumprimento do item de cronograma desde o dia seguinte ao término do prazo para seu cumprimento.

No mérito, tenho que novamente o salutar contraditório e ampla defesa jogam luz sobre questões aparentemente confusas em primeira leitura. A inclusão de regras

de contorno ao problema central, especialmente a forma como a conduta será ajustada e as sanções no percurso até a cessação da irregularidade são temas afetos à regulação e se encontram motivados pela Anatel.

No exercício do controle de segunda ordem, distanciado do setor regulado, não se

mostra prudente que este Tribunal revise o mérito das referidas decisões, estabelecendo novo cronograma para cumprimento de obrigações pela operadora. Com efeito, ao mesmo tempo em que se respeita a discricionariedade da agência em bem escolher o *modus operandi* de aspectos pontuais do TAC, a agência chama à sua responsabilidade a obrigação de fiscalizar tal ajuste de conduta em consonância com os regramentos vigentes.

Assim, para o momento, deixo de acolher as determinações propostas pela unidade instrutora até que haja melhor esclarecimento sobre o ponto.

De volta aos apontamentos da SeinfraCOM, uma meta incluída na minuta de TAC da Telefônica é a redução do indicador de reclamações na Anatel (IRA) , que mensura a quantidade de reclamações de usuários registradas contra a operadora somente no âmbito da Anatel. A minuta aprovada pelo Conselho Diretor prevê que a prestadora reduza seu patamar de reclamações dos atuais 0,85 para 0,70. Porém, tal valor será medido somente ao final do último ano do TAC e ainda serão excluídas as reclamações dos “clientes contumazes” – cujo conceito não está normatizado.

Propõe a instrutiva **determinar** à Anatel que:

inclua pontos de controle periódicos para verificar a evolução do indicador de reclamações na Anatel (IRA) ao longo da vigência do TAC da Telefônica, justificando a escolha de cada um desses pontos;

se abstenha de aplicar o entendimento de que não devem ser consideradas reclamações de clientes contumazes no cálculo do IRA durante a vigência de todos os TAC, por não haver definição formal do cliente contumaz em nenhum regulamento da Anatel, e nem previsão regulamentar para tal.

Adicionalmente, os apontamentos da seção devem, no entender da SeinfraCOM, motivar audiência dos membros do Conselho Diretor que aprovaram o Acórdão-Anatel 422/2016-CD.

Em seu memorial (peça 147, p. 216-218) , a Anatel esclarece que esse compromisso não se restringe à meta final, possuindo obrigações intermediárias que acarretam inclusive consequências, caso descumpridas, embora não as evidencie. Apesar disso, em homenagem à confiança no gestor e a responsabilidade assumida pela Anatel perante o Tribunal, remeto a questão para o momento de eventual fiscalização a ser exercida sobre a Anatel uma vez já firmado o instrumento.

Quanto à ausência de normatização do que seriam reclamantes “contumazes”, alega que não deriva de regulamento, mas da regra do Sistema Focus da Anatel, que registra reclamações de usuários. A programação desse sistema não permite mais de cinco reclamações por dia no mesmo CPF e veda o registro de duas reclamações de idêntico teor.

A redação final da minuta de MAF do TAC da Telefônica estabeleceria que o IRA deverá ser calculado conforme parâmetros vigentes na Anatel ao tempo de cada cálculo do indicador. Ou seja, se aplicará no TAC a métrica vigente para todos os prestadores em um dado momento, com relação a todos os aspectos regulados não só pela via desse instrumento.

Em exame da matéria, novamente entendo tratar-se de opção regulatória. A não aceitação de reclamações reiteradas no mesmo dia ou com o mesmo teor é mérito administrativo, possivelmente sadia para evitar distorções nos números derivadas de reclamações recorrentes, predatórias e infundadas oriundas, por exemplo, de concorrentes. O respeito à isonomia no cálculo do indicador faz crer que todas as operadoras são avaliadas pelo mesmo critério geral. Como se trata de regra de sistema de informática já vigente, não entendo que seja necessário formalizá-las para que entre em vigor, até porque seria formalismo desnecessário.

Nessa linha, torna-se desnecessário expedir as propostas de determinação sugeridas pela SeinfraCOM.

VII.2. Irregularidades e fragilidades no cálculo do valor de referência do TAC da empresa Telefônica e na divisão das multas aplicáveis por descumprimento pela Anatel

VII.2.1. Ausência de todas as informações necessárias ao definir o Valor de Referência do TAC

Nesta seção, a unidade instrutora avaliou a forma de cálculo (em tese) e as condições definidas pela Anatel para estabelecer o Valor de Referência do TAC da empresa Telefônica. De forma geral, foram identificadas fragilidades derivadas do recebimento, pela Anatel, de dados fundamentais sobre os compromissos do TAC somente após a assinatura do termo e a permissão de alteração das condições, pela compromissária, ao longo da vigência do acordo.

Além de retomar pontos já abordados, relativamente à definição precisa do VR em função da delimitação dos Pados que comporão o ajuste, verificou-se a recorrente presença de cláusula que permite que a empresa substitua qualquer município listado, ou conjunto de municípios, por outros, desde que a quantidade permaneça a mesma, não importando as demais características da região a ser atendida, o que pode eventualmente contrariar o interesse público e desvirtuar o objetivo do TAC.

Diante desse quadro, a unidade instrutora, com fulcro nos arts. 13, incisos I a VII, e 24, do RTAC, e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 c/c no art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), propõe **determinar** que a Anatel estabeleça, para qualquer TAC conduzido pela agência, na minuta a ser aprovada, todas as condições iniciais necessárias para o devido acompanhamento dos compromissos previstos no acordo e para garantir a segurança jurídica da avença, estabelecendo, necessariamente, relação fixa de processos administrativos de multa, situação dos compromissos, metas e marcos temporais, e lista definitiva de municípios a serem atendidos.

Visto que dois TAC já foram aprovados, também propõe **determinar** à Anatel que realize os ajustes previstos na determinação anterior nos TAC já aprovados na agência, submetendo as minutas ajustadas a nova aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel.

Ademais, sugere **determinar** à Anatel que, para qualquer TAC conduzido pela agência, insira na minuta dos termos cláusula que permita a alteração dos compromissos acordados, incluindo a mudança das localidades a serem atendidas, sempre com a aprovação prévia da agência.

Adicionalmente, os apontamentos da seção devem, no entender da SeinfraCOM, motivar **audiência** dos membros do Conselho Diretor que aprovaram o Acórdão-Anatel 422/2016-CD, conforme seção IX deste Voto.

Retomo a análise do memorial acostado pela Anatel (peça 147, p. 218-224). As

polêmicas centrais deste ponto residem na possibilidade de livre substituição, de forma unilateral por parte da operadora, de cidades beneficiadas com projetos a título de compromissos adicionais, bem como o detalhamento das condições iniciais fundamentais do TAC, isto é, a lista de Pados cujos correspondentes valores serão albergados pelo instrumento. Referidos pontos já foram abordados no item

VII.1.3 deste Voto.

Resta apreciar se o teor das determinações sugeridas que pode complementar o entendimento já fixado.

De maneira geral, entendo que as propostas têm o condão de esclarecer e melhor delimitar o objeto do TAC e superar a insegurança jurídica vigente quanto à relação definitiva de Pados que devem compor o instrumento, já que essa é passível de revisão até o último momento antes da assinatura. Ademais, é prudente determinar que o Conselho Diretor aprecie a minuta definitiva em todos os casos, não sendo cabível que o órgão máximo da agência deixe a cargo de instâncias inferiores a alimentação da lista definitiva sem nova apreciação e assunção de responsabilidade sobre o ponto.

Dessa feita, **acolho e incorporo as sobreditas determinações**, ajustadas ao contexto geral dos demais comandos desta deliberação, em especial no que toca à definição precisa e fixa da relação de municípios a serem beneficiados com projetos a título de compromisso adicional, consoante já abordado neste Voto, bem como a necessidade de delimitação geográfica dos projetos a título de compromisso adicional.

Deixo de realizar a audiência pugnada porque foram identificados tão somente riscos, sem que tenha sido confirmada qualquer irregularidade.

VII.2.2. Análise da distribuição do valor de referência do TAC e das multas entre os compromissos

Neste tópico, a SeinfraCOM analisa a composição do VR do TAC da empresa Telefônica. Segundo a Tabela 5 contida na instrução transcrita no relatório precedente, 75% do VR destina-se a valorar o ajustamento de condutas, sendo 49% por meio de metas-meio e 26% para correção da conduta em si, e 25% a título de compromissos adicionais (execução de projetos) .

Já os processos administrativos (Pados) que compõem o referido TAC possuem distribuição percentual diversa, sendo que a contraposição entre as duas situações leva à conclusão de um possível desbalanceamento. Por exemplo, o tema qualidade representa 25,4% do montante de recursos previstos no TAC, mas os compromissos voltados especificamente para a correção de conduta sobre os indicadores regulamentados da qualidade dos serviços correspondem a somente

5% do VR.

No entender da SeinfraCOM, a priorização indevida do percentual do VR em metas-meio ao invés dos compromissos avaliados por critérios objetivos de correção de conduta e também dos compromissos adicionais, que são a razão pela qual há interesse público na assinatura de um TAC, pode ser observada não apenas nas ações de qualidade dos serviços como também nas demais ações listadas no TAC.

Pela análise da aludida Tabela 5, verifica que a distribuição do VR não teria sido feita de forma equilibrada, pois o peso dado aos compromissos adicionais (25% do VR) , que são de extrema relevância para o interesse público, mas correspondem à quase metade do peso dado aos compromissos de metas-meio (49% do VR) .

Acrescenta que caso a operadora descumpra integralmente os compromissos adicionais do TAC, essa irregularidade não resultará na execução integral do TAC, visto que esses projetos correspondem a somente 25% do todo, não sendo aplicável a regra do art. 29 do RTAC, segundo a qual somente atrasos ou descumprimentos de obrigações correspondentes a mais de 50% do VR resultam em declaração de descumprimento integral do TAC.

Verifica-se, pois, um possível desvio de finalidade do objeto do TAC da empresa Telefônica no que se refere à distribuição do valor de referência do acordo entre os compromissos a serem realizados, visto que o montante previsto na distribuição do VR permite que a empresa possua mais estímulo para não executar os investimentos e ser penalizada do que de fato cumprir aqueles compromissos previstos.

Assim, propõe **determinar** à Anatel que reavalie os percentuais do Valor de Referência previstos para cada compromisso do TAC, dando prioridade e maior relevância aos compromissos adicionais e, principalmente, aos compromissos que correspondam ao ajuste direto de condutas irregulares segundo as métricas e metas definidas nos normativos da Anatel, não estando incluídos nesse grupo os compromissos de metas-meio.

Adicionalmente, os apontamentos da seção devem, no entender da SeinfraCOM, motivar **audiência** dos membros do Conselho Diretor que aprovaram o Acórdão-Anatel 422/2016-CD.

Em exame, os argumentos trazidos em sede de memorial (peça 147, p. 224-230) .

Segundo a Anatel, a SeinfraCOM estaria a discordar do mérito da distribuição de valores constante da minuta do TAC da Telefônica, considerada “indevida” por privilegiar metas-meio, as quais não deveriam ter uma representatividade no VR superior aos compromissos de ajustamento de conduta e aos compromissos adicionais. Tal discordância, porém, não teria considerado a fundamentação para a escolha regulatória, consubstanciada na análise do Conselheiro Relator da matéria no âmbito do Conselho Diretor, cujos trechos transcreve na peça 147.

Em síntese, informa que a preponderância dada às metas-meios busca induzir investimentos em infraestrutura da empresa como pré-requisito estruturante voltado à melhoria dos indicadores de qualidade tidos por deficientes, isto é, ao efetivo ajuste de conduta objeto da essência de um TAC. Aduz a adequação da representatividade dos projetos e a distribuição face ao VR, escolhidos e aceitos dentro da margem discricionária e motivada da agência.

Por derradeiro, refuta a ponderação da SeinfraCOM de que a compromissária não teria interesse em cumprir integralmente os compromissos adicionais, porque representam apenas 25% do VR, e isso não tornaria possível declarar o TAC descumprido pela regra do art. 29 do RTAC.

Reconhece a impossibilidade de incidência desta norma na espécie, mas destaca que o descumprimento desse quarto de obrigações não impede que o valor correspondente aos compromissos adicionais seja executado em sua integralidade, acrescidos das multas diárias – que correspondem ao dobro do montante – e de encargos e juros moratórios, nos termos do art. 30 do RTAC, o que representaria, no limite, o triplo do valor não executado.

Em análise de mérito, percebo que a priorização das metas-meio pode ser entendida como ferramenta de *enforcement* no sentido do ajuste de conduta. Por outro lado, eventual descompasso na distribuição pode frustrar o interesse público do ajuste, colocado como pressuposto basilar desse instrumento, nos termos do art. 6º, inciso VII, do RTAC.

Explico. Os compromissos adicionais são valorados em aproximadamente 40% a 80% do VR do TAC (RTAC, art. 19, inciso I), montante que deve equivaler ao VPL negativo do conjunto de projetos a serem executados. Em apertada síntese, esse valor é o resultado líquido negativo de projeto que contém fluxo de despesas maior que o de receitas, descontados ao longo do horizonte de dez anos e considerando-

se eventuais custos de oportunidade.

O projeto de compromissos adicionais aprovado pela Anatel para o TAC da Telefônica possuía, originalmente, um VPL negativo de cerca de R\$ 1,66 bilhão, posteriormente reduzido para R\$ 1,51 bilhão (peça 129, p. 2) . Segundo a Anatel, o volume de investimentos (despesas totais) para alcançar o dito VPL seria da ordem de mais de 3 bilhões (peça 147, p. 118) .

Por outro lado, o VR atribuído aos compromissos adicionais, que servirá de base de cálculo das respectivas multas por descumprimento da execução dos projetos, é de R\$ 715 milhões (*vide* quadro esquemático contido no tópico VI.1 deste Voto) . Assim, conforme já anotado neste Voto, a sanção máxima seria de até três vezes esse valor, o que seguramente é inferior ao volume de investimento necessário para honrar os compromissos adicionais, podendo abrir a possibilidade de incentivo a descumprimento, já que a sanção é inferior ao custo da obrigação.

Nesse cenário, a determinação resultante da análise do tópico VI.1 deste Voto tende a dar o encaminhamento adequado a questão. Deixo de acolher a audiência sugerida, vez que não ficou caracterizada irregularidade, mas tão somente falha no melhor desenho esperado para mecanismos de sanção.

VII.3. Irregularidades na definição e no cálculo do VPL dos compromissos adicionais pactuados no TAC da empresa Telefônica

VII.3.1. Irregularidades e fragilidades do projeto escolhido como compromissos adicionais do TAC da Telefônica

Nos termos dos arts. 18 e 19 do RTAC, além de só serem admitidos projetos que apresentem Valor Presente Líquido (VPL) negativo, o total de compromissos adicionais assumidos na execução de projetos deverá corresponder a, no mínimo, 80% do VR, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida, e 40% do VR do TAC, em relação aos demais casos.

Aponta a SeinfraCOM que a proposta de compromissos adicionais analisada pela área técnica da agência se referia à realização de investimentos na rede da Telefônica por meio da instalação de armários multisserviços no estado de São Paulo, tecnologia denominada *fiber to the curb* (FTTC) .

Entretanto, após ser encaminhada ao relator da matéria no Conselho Diretor da Anatel, a proposta foi alterada, passando a contemplar projeto de implantação de acessos de banda larga em alta velocidade por meio de fibra ótica até as dependências do cliente, tecnologia chamada de *fiber to the home* (FTTH) .

A SeinfraCOM defende que a decisão deixou de levar em consideração o grau de interesse público da escolha desse projeto específico em detrimento de outros projetos que poderiam ser realizados com esse volume de recursos, pois levar a fibra até a casa do cliente é um ideal que as operadoras e a sociedade buscam e têm como projeção de futuro. Entretanto, priorizá-lo como política pública no Brasil não faria sentido na atual situação deficitária de infraestrutura do país quanto ao acesso à internet.

Quando da aprovação da proposta de FTTH pelo CD, houve voto divergente baseado em possível ausência de interesse público em projetos dessa natureza quando comparado com outros projetos a serem executados. Ademais, a nova proposta, com suas características e impactos, não foi objeto de análise pela área técnica, com vistas a avaliar o conteúdo alterado, nem pela Procuradoria Especializada junto à Anatel.

Diante disso, propõe **determinar** à Anatel que, ao definir os compromissos adicionais dos TAC, aprove projetos destinados a garantir o uso dos recursos públicos alocados nos acordos em prol da política pública de universalização da banda larga conforme estabelecido pelo então Ministério das Comunicações.

Visto que a agência já aprovou o TAC de duas operadoras e com o objetivo de garantir o atendimento da determinação proposta anteriormente, também propõe **determinar** à Anatel que ajuste os projetos dos compromissos adicionais dos TAC já aprovados pela agência de forma a atender as condições descritas na determinação anterior.

Volto a examinar os argumentos trazidos em sede de memorial (peça 147, p. 230-235) .

Em síntese, a Anatel alega que o tema foi objeto de deliberação do Conselho Diretor e se encontra devidamente motivado. Enfatiza que a área técnica do TCU faz juízo de valor ao afirmar que conseguir levar a fibra até a casa do cliente é um ideal, mas “priorizá-lo como política pública no Brasil não faz sentido se levarmos em consideração a atual situação deficitária da infraestrutura do país quanto ao acesso

à internet.”.

Alega que a opção por levar fibra ótica aos domicílios brasileiros não é um projeto idealista e está em consonância com a política pública vigente, notadamente conforme o Decreto 8.776/2016, art. 2º, inciso II, segundo o qual o Programa Brasil Inteligente terá como objetivo, dentre outros igualmente importantes, aumentar a abrangência das redes de acesso baseadas em fibra ótica nas áreas urbanas.

Em análise de mérito, enfatizo a necessidade de respeitar o espaço de discricionariedade do gestor público. Novamente sem fazer qualquer juízo de valor acerca do perfil tecnológico dos projetos a título de compromissos adicionais no TAC em exame, a decisão sobre o tema compete única e exclusivamente à Anatel, dentre os parâmetros de política pública vigentes, o que de fato ocorreu.

A agência evidenciou que a decisão adotada pela maioria de seu colegiado, em favor da tecnologia FTTH, se deu motivadamente, com análise de diversos aspectos técnicos relacionados à política pública. Por esses motivos, deixo de acolher as propostas de determinação da unidade instrutora.

VII.3.2. Fragilidades dos critérios objetivos e especificações técnicas das metas dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica

Nesta seção, é avaliada a forma como a Anatel definiu e aprovou as especificações técnicas previstas no projeto de compromissos adicionais no TAC da Telefônica. A minuta define que a operadora se obriga a executar os compromissos adicionais, consistentes na implantação e provimento de acessos de banda larga fixa em tecnologia FTTH em mais de uma centena de municípios relacionados, incluindo aumento da capacidade de *backbone* e acesso em alta velocidade, de forma gradual.

Como a minuta traz descrição ampla e geral sobre o projeto, sem detalhamentos sobre as metas e mecanismos de controle a serem adotados, foi solicitado à Anatel, por meio de diligência, que encaminhasse o documento que especifica

tecnicamente o rol de projetos a título de compromissos adicionais a ser executado pela Telefônica e que informasse se as especificações e detalhes técnicos nele previstos teriam validade jurídica para embasar o controle, acompanhamento e sanção das metas.

Em resposta, a Anatel afirmou que o atendimento compreenderá a disponibilização de quantidade mínima de portas para cada município e que as especificações e os critérios seriam definidos posteriormente, com o desenvolvimento do MAF do TAC da Telefônica – indisponível à época.

Desse modo, segundo a SeinfraCOM, apesar de já ter sido aprovado o TAC da Telefônica, a Anatel ainda não possuiria o detalhamento da meta a ser atingida nos compromissos adicionais nem as especificações técnicas e critérios objetivos a serem exigidos da operadora, o que representaria um risco de controle e acompanhamento, bem como para fins de cálculo do VPL negativo da empreitada.

Diante do exposto, a unidade instrutora propõe **determinar** à Anatel que estabeleça, na minuta a ser assinada, todos os critérios objetivos e as especificações técnicas das metas a serem exigidas da operadora no cumprimento dos compromissos adicionais.

Retomo a apreciação dos argumentos trazidos em memorial (peça 147, p. 235-239)

No entender da Anatel, o detalhamento dos projetos deve constar do respectivo Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF), documento que integra o TAC como cláusulas obrigacionais. Apesar de, à época da diligência, o referido MAF não estivesse concluído, a agência alega que já possuía os números de novas facilidades de banda larga a serem instaladas.

Afirma que a atestação do cumprimento das metas da rede FTTH disponibilizados corresponderia à quantidade de “*home passed*” disponibilizados (domicílios com rede passada na porta, em tradução livre), e que essa meta não pode depender da vontade dos clientes, isto é, da ativação dos domicílios.

Concretamente, informou que a meta a ser cumprida pela Telefônica seria a disponibilização de 1.463.790 novas facilidades (cabramento, equipamento de acesso e rede) de banda larga, sendo 420.011 dentro do estado de São Paulo e 1.043.779 distribuídas em 65 municípios de quatorze outros estados da Federação.

A implantação teria sido distribuída ao longo de quatro anos, segundo cronograma acordado na negociação, que definiu não apenas a quantidade de municípios por ano, mas também a quantidade de facilidades em cada ano. Em razão do tempo decorrido entre a aprovação do TAC em tela e sua eventual assinatura após a apreciação pelo TCU, informa ser necessário atualizar novamente a relação de

compromissos.

Segundo a minuta de MAF aprovada para o TAC da Telefônica após a análise da SeinfraCOM (peça 147, p. 238-239, em que grifei) :

“DOS COMPROMISSOS ADICIONAIS (...)

Procedimento de Acompanhamento e Fiscalização:

O acompanhamento e a fiscalização do cumprimento deste compromisso observarão as regras, formas e condições previstas nas etapas 1, 2, 3, 4, 5 e 6 do procedimento geral, acrescidas das especificidades relacionadas abaixo:

- 1ª Etapa - Estado Inicial: A Compromissária deverá apresentar relatório detalhado contendo as seguintes informações da situação inicial de atendimento dos municípios: **relação da quantidade de domicílios considerados como atendidos (*Home passed*) por FTTH, discriminada por bairros; mapa da cobertura da rede de fibra óptica utilizada pelo serviço de FTTH, diferenciando os cabos ópticos instalados de forma aérea ou subterrânea; inventário físico georreferenciado de todos os elementos utilizados pelo serviço instalados, contendo identificação do equipamento/elemento, marca, modelo e capacidade efetivamente instalada e em uso, e área de abrangência; inventário lógico contemplando o número de pontos de acesso atualmente disponíveis nos municípios a serem atendidos no projeto.**
- 2ª Etapa - Projeto Executivo: Deverá conter descrição detalhada da listagem de municípios, endereço de instalação, identificação dos equipamentos ou elementos de rede que serão implantados em cada município, diagrama de rede georreferenciado, cronograma de instalação detalhado.
- 4ª *[sic]* Etapa – Comprovação de Cumprimento: A Compromissária deverá apresentar relatório detalhado, com comprovação de fidedignidade por Empresa Terceirizada, com documentação “*as-built*” que compreenda:
 - Relação da quantidade de domicílios atendidos (*Home Passed*) por FTTH, discriminada por bairros;
 - Mapa da cobertura da rede de fibra óptica utilizada pelo serviço de FTTH, diferenciando a rede pré-existente da instalada e cabos aéreos dos subterrâneos;

- Inventário físico georreferenciado de todos os elementos utilizados pelo serviço instalado, diferenciando aqueles pré-existentes daqueles instalados para o atendimento deste compromisso, contendo identificação do equipamento/elemento, marca, modelo, capacidade efetivamente instalada e em uso, número de série e data de ativação;
- Inventário lógico evidenciando a implantação dos trechos de fibra, seus equipamentos e pontos de acesso;
- Etiquetagem diferenciada dos elementos instalados, demonstrando terem sido adquiridos para fins de atendimento ao Compromisso Adicional.”

A agência alega que, ao tempo da assinatura do ajuste com a Telefônica, estará definida a quantidade de facilidades a serem instaladas por ano e por localidade, nos termos da minuta do TAC e de seu anexo MAF, com a possibilidade de aplicação de multas diárias por atrasos no cronograma e de sancionamentos adicionais ao final da vigência, em caso de descumprimento total ou parcial dessas metas.

Informa ainda no memorial que o controle será feito mediante fiscalização, antes e depois da realização de cada obra, com base no projeto executivo entregue e na situação inicial da localidade, da quantidade de facilidades efetivamente instaladas, ativadas ou não para assinantes (peça 156, p. 238-239) .

No exame de mérito, verifico que os argumentos da Anatel convergem com a intenção de melhor detalhamento para fins de controle e verificação sugeridos pela SeinfraCOM. Resta assim superada a dúvida do que seria considerado atendimento às metas do projeto FTTH, uma vez que foi esclarecido tratar-se do conceito de *“home passed”*.

As demais informações a título de detalhamento técnico tendem a ser supridas ao longo do processo de renegociação do TAC, mas antes de sua efetiva assinatura, conforme compromisso declarado pela Anatel. Isso não afasta possível atuação futura do Tribunal caso reste caracterizada qualquer falha de caracterização do objeto ao longo deste procedimento.

Nessa seara, considerando que a Anatel demonstrou que pretende realizar a especificação do objeto dos projetos a título de compromissos adicionais, entendo

como desnecessária, por ora, expedir a determinação nos moldes em que foi sugerida pela SeinfraCOM. Deixo para analisar mais detidamente a problemática da distribuição geográfica à luz das ponderações do próximo tópico.

VII.3.3. Irregularidades na definição das localidades a serem atendidas nos compromissos adicionais do TAC da Telefônica

Além da escolha da tecnologia do projeto apresentado para os compromissos adicionais do TAC em referência, a SeinfraCOM avaliou os aspectos de alocação geográfica dos mesmos, a possível influência de níveis de competitividade local e a possibilidade de modificação unilateral, por parte da operadora, da lista de municípios pactuados para os projetos de FTTH.

De novidade em relação a aspectos já tratados neste Voto e na instrução da unidade, é feito registro da ausência de informações como, por exemplo, a localização ou os bairros que possuem prioridade no fornecimento dos serviços, de modo a garantir que sejam selecionadas localidades com mais carência de infraestrutura e mais compatíveis com o interesse público do acordo.

Sustenta a unidade instrutiva que a prestadora pode, na hipótese de trocar municípios, optar por um projeto cujos dispêndios sejam significativos e equivalentes ao do município original, porém localizado em regiões de maior interesse comercial do que as demais, o que iria de encontro com a política pública de redução de desigualdades regionais.

Diante do exposto, a unidade instrutora propõe **determinar** à Anatel que, ao definir os critérios objetivos e as especificações técnicas das metas a serem exigidas das operadoras no cumprimento dos compromissos adicionais, inclusive para os acordos já aprovados e que deverão ser revistos, que estabeleça detalhadamente as regiões e, preferencialmente, os bairros que serão considerados prioritários e aceitáveis como localidades a serem atendidas pelos compromissos.

Nessa linha de mitigação de riscos, propõe também **determinar** à Anatel que, em casos de repactuação dos TAC devido a caso fortuito ou força maior ou à alteração nos normativos que impactem nas metas do acordo, inclua nas minutas de TAC cláusula que estabeleça que a troca dos municípios e das regiões a serem atendidos pelos compromissos do TAC, sejam eles de ajustamento de conduta ou compromissos adicionais, só será admitida após análise pela Anatel e desde que a mudança esteja devidamente motivada e haja compatibilidade entre os

investimentos previstos para ambos os projetos e entre as características sociais e de infraestrutura existente entre a localidade nova e a originalmente prevista.

Adicionalmente, os apontamentos da seção devem, no entender da SeinfraCOM, motivar **audiência** dos membros do Conselho Diretor que aprovaram o Acórdão-Anatel 422/2016-CD, conforme seção IX deste Voto.

No mérito, afora a problemática da troca de municípios, permito-me ir além nesse raciocínio. A ausência de especificação prévia de bairros e condicionantes da obrigação, situação já colocada no tópico anterior, pode abrir margem ao risco de que a operadora alegue cumprimento do compromisso tão somente por meio do atendimento *pro forma* de uma cidade. Isso poderia ocorrer mediante disponibilização de rede restrita a poucos quarteirões altamente rentáveis ou apenas a bairros de maior atratividade econômica. Apesar da definição do número de facilidades a serem providas no todo, não haveria garantias de que todos os municípios recebam tratamento uniforme.

Nesse caso, ausente o instrumento contratual que melhor especifique geograficamente a obrigação além do mero apontamento do município-alvo e quantidade de domicílios atendidos, a Anatel não teria meios para exigir conduta diversa e corrigir posteriormente o problema.

Ademais, não se observa do memorial ou da minuta de MAF juntada aos autos (peça 126) , que existam cláusulas específicas segundo as quais a Anatel irá autorizar previamente a execução, a partir dos projetos executivos apresentados pela operadora durante a fase de acompanhamento, documentos nos quais devem constar os bairros a serem atendidos, endereços de instalação, identificação dos equipamentos ou elementos de rede que serão implantados em cada município, diagrama de rede georreferenciado e cronograma de instalação detalhado (*vide* parágrafo 599) . Ao contrário: a partir dos elementos contidos nos autos, só é possível deduzir que o detalhamento da obrigação estará assentado no próprio TAC e respectivo MAF, de forma definitiva.

Aliás, em plano de investimentos dessa magnitude, é bastante razoável supor que a operadora já delineou estratégia comercial para cada cidade, inclusive em termos de zoneamento das redes, de modo que não haveria óbice à disponibilização à Anatel e pactuação dessa informação *ex ante*, em atenção ao mais puro espírito negocial dos TAC.

Não obstante tudo isso, **o maior e mais impactante risco** derivado dessa situação, ainda não abordado, é que a liberalidade na escolha de bairros, sem uma análise técnica prévia detalhada, pode distorcer gravemente o VPL que retrata o VR do TAC, de modo a torná-lo até positivo, em clara afronta ao interesse público e subvertendo toda a lógica que permeia os compromissos adicionais (existência de VPL negativo nos compromissos adicionais) .

Na linha do exposto no parágrafo 611, caso os setores e bairros escolhidos pela operadora dentro de um município não sejam representativos da realidade socioeconômica espelhada nas variáveis que alimentam o modelo econômico-financeiro adotado pela Anatel para cálculo do VPL daquela localidade, não há garantias de que o VPL real esteja aderente ao modelo.

Destaco que não estou a criticar o modelo que afere o VPL dos investimentos em tela, como simplificação da realidade. Estou, sim, preocupado em assegurar que a distribuição das redes dentro de cada município faça com que a realidade da fase de execução mantenha-se aderente às premissas do modelo utilizado, que se alimenta de variáveis no nível municipal.

Para tanto, é preciso que a operadora apresente o detalhamento da distribuição geográfica das facilidades de rede que pretende instalar em cada município, e então a Anatel analise, previamente à execução, se tal proposta de cobertura reflete, estatisticamente, por exemplo, a realidade considerada na metodologia de cálculo usualmente empregada pela Agência, prevista no art. 19, § 1º do RTAC. Do contrário, subsiste, no limite, possibilidade de VPL real positivo ou menos negativo do que o estimado, em favor da Telefônica.

Com efeito, os argumentos trazidos em memorial (peça 147, p. 239-245) tangenciam outros pontos já elucidados quanto à escolha das cidades, sem, no entanto, prestar informação acerca da definição de bairros e regiões internas aos municípios eleitos, muito menos a respeito do risco ora colocado. É dito tão somente que a informação será prestada no momento do acompanhamento, sem menção a qualquer necessidade de exame técnico e aprovação da distribuição intramunicipal das redes por parte da Anatel.

Desse modo, não fui capaz de identificar medidas de mitigação do risco de distorção do VPL mediante escolhas seletivas, de parte da operadora, de bairros e

regiões com rentabilidade suficiente a tornar o VPL superior a zero, na média, ou reduzir o VPL negativo já calculado, o que pode configurar uma grave afronta ao RTAC e danos massivos ao interesse público do instrumento.

Transcrevo adiante as pertinentes considerações do ilustre membro do MPTCU em relação a este ponto (peça 156, p. 58-60, com grifos meus) . Antecipo que a preocupação com o atendimento prioritário de bairros de alta renda traz, como pano de fundo, o risco de distorção do VPL para positivo ou menos negativo, derivado da execução desconforme e não representativa da realidade considerada no modelo utilizado pela agência para cálculo do VPL negativo.

“414. Quanto ao presente tópico, deve ser avaliado se os pontos a serem beneficiados nas localidades escolhidas – ou seja, levando-se em conta a exata localização das residências que terão o acesso via FTTH colocado à disposição para assinatura junto à Telefônica – encontram-se em áreas de baixo ou médio desenvolvimento e que, **de fato**, acarretem VPL negativo à compromissária.

415. Deslocar o foco da discussão para um nível maior, de município, acaba por impossibilitar a percepção de que, dentro de uma mesma localidade, independentemente de seu porte, mas especialmente nas médias e grandes cidades, há bairros de renda baixa, média e alta. (...)

416. Promover ações, no âmbito de um TAC, que venham a privilegiar bairros com usuários de alta renda vai de encontro a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o de “*erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais***” (inciso III do art. 3º da Constituição Federal – grifo nosso) .

417. Observo que a “*redução das desigualdades regionais e sociais*” é, também, um dos princípios constitucionais da ordem econômica do País (inciso VII do art. 170 da Constituição Federal) que foi refletido no art. 5º da LGT, *in verbis*:

418. Na disciplina das **relações econômicas no setor de telecomunicações** observar-se-ão, em especial, os **princípios constitucionais** da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, **redução das desigualdades regionais e sociais**, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. (grifos nossos)

(...)

419. Como o MAF-TAC prevê a fiscalização da Anatel por meio do conhecimento prévio do projeto executivo a ser apresentado pela compromissária, no qual está previsto, inclusive, um “*diagrama de rede georreferenciado*” (peça 126, p. 47) , a agência reguladora tem plenas condições de aferir, a partir de subsídios oriundos, por exemplo, do Censo e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) , se o aumento da capacidade de *backbone* e a instalação dos acessos FTTH ocorrerão, na forma prevista no TAC, em bairros de renda baixa ou média, mas não de alta renda.

420. Essa é apenas uma sugestão para suplantar o problema de percepção da questão no nível macro de município, pois é mais provável que o nível de bairro (ou classificação similar dentro de um mesmo município) atenda, de forma mais próxima, o objetivo de levar a banda larga a áreas com menor infraestrutura de telecomunicações.

(...)

425. Tendo em vista a relevância do tópico e a necessidade de obtenção de mais elementos para apreciar a questão, sugiro que o assunto seja remetido à **oitiva** da Anatel.”

Ainda que eu não perceba óbices ao atendimento de bairros de alta renda, desde que não sejam desatendidos os de média e baixa renda (*vis-à-vis* o art. 22, inciso I, do RTAC) , em atenção aos princípios constitucionais e setoriais pontuados pelo MPTCU, a questão fulcral ora debatida é a ausência de elementos aptos a garantir que, na prática, a operadora execute um projeto representativo da realidade aferida pelo modelo, o que pode vir a minar todos os pressupostos dos compromissos adicionais e do interesse público.

Transcrevo a regra do art.15 do RTAC por bem ilustrar a preocupação de que o objetivo é garantir a satisfação do interesse público no caso concreto não apenas em tese, mas no caso concreto (grifei) :

“Art. 15. Para a celebração de TAC, deverá ser verificado se ele é o meio adequado e próprio à realização do interesse público no caso concreto, ponderando-se, dentre outros, os seguintes fatores:

(...)

IV - a efetiva proteção dos direitos dos usuários.”

Assim, entendo que a questão merece aprofundamento, por ser uma das mais críticas nestes autos. Antes de propor medidas a serem adotadas pela Anatel, entendo mais conveniente que a agência esclareça quais medidas pretende adotar para mitigar tal risco.

Desse modo, reputo necessário **determinar** à Anatel que apresente a este Tribunal, previamente à celebração do TAC objeto dessa representação, as medidas que pretende adotar para assegurar que os projetos executivos relativos aos compromissos em cada município, e conseqüentemente sua execução, sejam representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para cálculo do VPL. Ou seja, cabe à Anatel explicitar os procedimentos que estejam previstos para, durante a execução do TAC, garantir que o VPL real convergirá para o valor de referência calculado *ex ante* para o TAC como um todo.

A esse respeito, pontuo que a Anatel já se dispôs a levantar e registrar tal informação no MAF do TAC da Telefônica, logo não haveria óbice a que o Tribunal também dispusesse desses dados para, se assim desejar, realizar suas próprias análises a respeito do risco aventado, se for o caso.

Incorporo a **oitava** da Anatel para que, nos termos do parecer do MPTCU, manifeste-se acerca da forma prevista para atendimento ao art. 22, inciso I, do RTAC, segundo o qual os projetos de compromissos adicionais deverão observar, dentre outras, a diretriz de atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações;

Deixo de acolher a proposta de audiência sugerida pela SeinfraCOM, visto que os riscos aventados não se materializaram, bem como a outra determinação sugerida, visto que seu objetivo já se encontra atendido por outros comandos postos nesta deliberação, os quais considero suficientes para a prevenção de tais riscos.

VII.3.4. Ausência de justificativa da existência de interesse público em atribuir os percentuais máximos de desconto aos compromissos adicionais do TAC da Telefônica

O ajustamento de conduta trata de correções que as operadoras já eram obrigadas

a fazer por força dos normativos vigentes, de forma que o interesse público dos TAC se concentraria no fato de o Poder Público comutar o estoque de multas pela realização de ações e investimentos que beneficiam a sociedade, ou seja, os compromissos adicionais não previstos nos instrumentos de outorga do serviço público.

O RTAC, em seus arts. 19 e 20, define que os compromissos adicionais deverão ser estabelecidos pela Anatel a partir de um percentual mínimo determinado no regulamento, a depender do tipo de processo administrativo e do tipo de compromisso a ser assumido. Ao conceder descontos previstos na norma e aceitar que o valor dos compromissos adicionais seja menor que o Valor de Referência do TAC (que corresponde ao valor das multas incluídas no acordo) , a Anatel permite, discricionariamente, a redução do valor real dos projetos a serem realizados. Veja-se o dispositivo aplicável ao caso sob exame (grifei) :

“Art. 19. Na execução de projetos, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a:

I - **no mínimo, 80% (oitenta por cento) do Valor de Referência do TAC**, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida; e,

II - **no mínimo, 40% (quarenta por cento) do Valor de Referência do TAC**, em relação aos demais casos.

§ 1º Somente serão admitidos projetos que apresentem Valor Presente Líquido (VPL) negativo, a ser apurado conforme metodologia de cálculo usualmente empregada pela Agência.”

Segundo apurado pela SeinfraCOM, não foi possível identificar as motivações e estudos que fundamentaram a opção da agência em permitir que os compromissos adicionais chegassem ao menor patamar previsto na norma.

Com isso, propõe **determinar** à Anatel que apresente a motivação de fato e de direito, bem como os critérios utilizados para fundamentar a permissão dada pela agência nos arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013 para que o valor dos compromissos adicionais possa ser inferior ao valor das multas incluídas nos TAC, esclarecendo também os critérios e estudos feitos para calcular os percentuais estabelecidos nos referidos dispositivos.

Do mesmo modo, visto que estão em andamento na agência negociações de outros TAC, propõe dar **ciência** à Anatel sobre o seu dever legal de apresentar a motivação para seus atos administrativos de forma fundamentada, principalmente com relação a decisões que resultem em redução de benefícios ao interesse público, como a aplicação de descontos nos valores a serem investidos pelas celebrantes de TAC.

De retorno à apreciação dos argumentos trazidos em memorial (peça 147, p. 236-247) , verifico que a Anatel não trouxe aos autos a motivação e os critérios utilizados para fundamentar os descontos dados com fulcro no art. 19 do regulamento.

A adoção dos pisos de 80% e 40%, conforme a situação de cada Pado, corresponde, por lógica, à concessão de descontos de até 20% e de até 60%, respectivamente. Trata-se de discricionariedade conferida pela norma ao gestor, que deverá avaliar o caso concreto para decidir, sempre motivadamente, acerca do nível de desconto oferecido.

Se a exegese da norma fosse a defendida pela Anatel, a expressão “no mínimo” seria dispensável na norma, bastando que todos os compromissos correspondessem exatamente aos patamares de 80% e 40%, respectivamente, de forma indiscriminada. Como é sabido, a lei não contém palavras inúteis. Se a discricionariedade é conferida para arbitrar valor no intervalo de 80 a 100% e de 40% a 100%, conforme o caso, esses atos discricionários devem ser motivados.

Veja-se que, apesar de o último valor atualizado de multas corresponder a R\$ 1.970.354.386,42, o valor de compromissos adicionais poderá ser, considerando o desconto máximo permitido pelo regulamento, de R\$ 1.502.162.500,79. A diferença de cerca de R\$ 468 milhões representa desconto carente de motivação por parte da Anatel.

Ressalto que não estou a questionar o fato de a norma conceder descontos para evitar os custos de carregamento dos Pados de acordo com a fase em que se encontram, mas sim a ausência de motivação com relação a decisões

discricionárias que resultem em concessão de abatimentos nos valores a serem investidos pelas celebrantes de TAC, com claro impacto sobre os benefícios potenciais do ajuste, em especial os compromissos adicionais

Com este cenário, acolho a **determinação** proposta, com ajustes atinentes ao

escopo deste processo, para que a agência apresente a devida motivação e os critérios utilizados para fundamentar o patamar de descontos concedidos com fulcro no art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013, em relação ao TAC da Telefônica.

Reforço a **ciência** à Anatel sobre o seu dever legal de tornar pública a motivação para seus atos administrativos de forma fundamentada, inclusive com relação a aplicação de descontos com fulcro no arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013, em relação a todos os TAC que firmar.

VII.3.5. Irregularidades e fragilidades do procedimento de cálculo e aprovação do VPL dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica

Nos termos do RTAC, os compromissos adicionais deverão contemplar tão somente projetos que apresentem VPL negativo, a ser apurado conforme metodologia de cálculo usualmente empregada pela agência.

Dessa forma, cabe à Anatel, repito, por meio de metodologia usualmente empregada, calcular os dispêndios e os investimentos a serem realizados como compromissos adicionais, bem como as receitas e os benefícios, referendando que a análise econômico-financeira tenha um VPL negativo, ou seja, que sejam projetos que representem ônus de longo prazo às operadoras.

No entanto, a SeinfraCOM aponta que a Anatel utilizou modelo econômico elaborado pela empresa Advisia OC & C Strategy Consultants, com base no Edital Unesco 0047/2014. Isto é, optou por avaliar o VPL do projeto utilizando, pela primeira vez, ferramenta criada por uma consultoria contratada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC) para fins outros que não os TAC, o que teria desrespeitado o RTAC, que exige o uso “metodologia usualmente empregada pela agência” (art. 19, § 1º).

A agência justificou sua atuação alegando não ter “os elementos de custos necessários para a mensuração”. Ocorre que a Anatel possui um modelo de custos detalhado, elaborado inclusive com o apoio da consultoria da União Internacional de Telecomunicações (UIT), cujo objetivo é justamente permitir acesso a informações de custos das diferentes áreas de negócio e linhas de produtos das prestadoras de serviços de telecomunicações.

Além disso, em diversas interações com o TCU, como na aprovação de licitações de outorgas, por exemplo, a Anatel demonstrou ter o domínio da metodologia de

cálculo de fluxo de caixa de investimentos das operadoras, inclusive possuindo uma significativa base de dados para a realização de tais cálculos, não sendo necessária uma consultoria externa para tal avaliação.

Neste quadro, a proposta da unidade instrutora é de **recomendação** à Anatel para adotar, em qualquer TAC que conduza, os procedimentos, as regras e as metodologias usuais e já de domínio da agência para o cálculo do VPL dos investimentos de compromissos adicionais, evitando que novas metodologias sejam testadas diretamente em casos concretos, sem passar pelos procedimentos normais da agência, conforme previsto no art. 19, § 1º, da Resolução-Anatel 629/2013.

Com vistas a avaliar o que foi calculado pela agência para o TAC da Telefônica foram feitas diversas solicitações de informações à Anatel, por meio de quatro sucessivas diligências (peças 28, 37, 54 e 73) com o objetivo de ter acesso às planilhas, com fórmulas discriminadas e detalhamento de premissas utilizadas no cálculo, que evidenciem o cálculo do VPL dos compromissos adicionais propostos pela operadora e aprovados na minuta de TAC pelo Conselho Diretor.

Ao longo desse período, foram feitos também contatos com a agência e realizadas várias reuniões no intuito de obter os esclarecimentos necessários, mas os técnicos do órgão regulador não lograram responder a todos os questionamentos, inclusive sobre premissas básicas do estudo, e afirmaram que o conhecimento sobre a ferramenta seria objeto de treinamento futuro da equipe técnica da agência.

Destaco grave ocorrência relatada pela equipe de fiscalização. Em 14/3/2017, ao avaliar a metodologia nas próprias dependências da Anatel, a equipe certificou *in loco* que a ferramenta não funcionava, isto é, não apresentava os resultados do modelo, os quais estavam sendo considerados para estimar os valores envolvidos no TAC em exame. Tal situação foi ratificada pelos próprios técnicos da agência, que reconheceram que o modelo não era robusto e não estava preparado para apresentar os dados e os cálculos necessários, embora estivesse sendo efetivamente considerado nas estimativas do TAC.

Em resposta à última diligência (peça 84), a Anatel reconheceu ter identificado “inconsistências em premissas, regras de negócio, dados de entrada e fórmulas de cálculo utilizadas” que não se adequariam ao objeto do processo de TAC, pelo que solicitou ao Tribunal o sobrestamento da presente representação até que o Conselho Diretor da agência deliberasse novamente a respeito – solicitação que

será analisada na seção VIII deste Voto.

Portanto, a agência não foi capaz de encaminhar ao TCU, após sucessivas diligências, os esclarecimentos e explicações sobre a motivação das premissas adotadas no cálculo aprovado pela agência nem todos os dados utilizados como base para o cálculo do VPL aprovado, muito embora o cálculo do VPL tenha sido ratificado pela Anatel em 17/11/2016, por meio do Acórdão-Anatel 422/2016, que autorizou a Telefônica a assinar o TAC mesmo com tais fragilidades.

Diante do exposto nas diligências e nas reuniões realizadas, a SeinfraCOM constatou a falta de domínio da Anatel quanto à ferramenta utilizada para o cálculo do VPL dos compromissos adicionais da Telefônica, a ausência de motivação e até de conhecimento das premissas utilizadas, além da não comprovação quanto ao funcionamento da ferramenta.

Posteriormente, em 28/4/2017, a Anatel encaminhou novo estudo ao TCU, adotando a metodologia tradicional da agência para cálculo de VPL, que é radicalmente diferente da anterior usada no TAC da Telefônica. Esse estudo foi novamente submetido ao CD e aprovado pelo Acórdão-Anatel 145/2017. Na oportunidade, tanto a área técnica quanto o Conselheiro Relator destacaram que o recálculo foi motivado principalmente pelos sucessivos questionamentos do TCU sobre inconsistências e fragilidades no estudo original.

Como resultado, o valor obtido pelo primeiro cálculo da agência mostrou-se, de fato, superestimado. Segundo o novo estudo, essa diferença é de R\$ 137.701.150,67, sendo o novo valor do VPL negativo em R\$ 1.464.220.170,33. Dito de outra forma, se não fossem as indagações e diligências realizadas pela SeinfraCOM no âmbito do presente processo, o TAC da Telefônica poderia ter sido firmado pela Anatel contendo uma superestimativa de pelo menos R\$ 137,7 milhões.

Em síntese, portanto, o quadro relatado pela equipe técnica revela que a Anatel teria descumprido seus próprios regulamentos ao adotar metodologia não usual, situação que é agravada na medida em que se constata que os próprios fundamentos e premissas do novel instrumento eram frágeis ou, ao menos, desconhecidos pela agência.

Considerando que a Anatel não teria respeitado inicialmente a previsão

regulamentar do art. 19, §§ 1º e 2º, do RTAC, de adotar metodologia usual da agência para cálculo do VPL, a unidade instrutora propõe **determinar** que a agência registre formalmente nos estudos financeiros conduzidos para o cálculo do VPL dos compromissos adicionais de todos os TAC, inclusive na minuta do respectivo TAC, as premissas arroladas e suas respectivas motivações e fundamentos, dentre outras que julgar necessárias.

Adicionalmente, os apontamentos da seção devem, no entender da SeinfraCOM, motivar **audiência** dos membros do Conselho Diretor que aprovaram o Acórdão-Anatel 422/2016-CD, conforme seção IX deste Voto.

Em seu memorial (peça 147, p. 247-253), a Anatel reconhece o erro e afirma que já realizou a substituição de metodologia, no sentido indicado pela SeinfraCOM. A partir de novas simulações, com inclusão de cinco novos municípios ao projeto e da ampliação de oferta de facilidades de FTTH em quatro municípios que já faziam parte do projeto inicial, obteve-se um VPL negativo do projeto em R\$ 1.518.795.744,32, o qual foi aprovado pelo Conselho Diretor por meio do Acórdão 145/2017-CD-Anatel.

Segundo exame sumário da SeinfraCOM, o novo estudo finalmente considera parâmetros usuais da metodologia empregada em outras ocasiões pela Anatel, como: uso da taxa de desconto do fluxo de caixa normatizada e atualizada anualmente pela agência; detalhamento da forma de estimativa dos valores de receitas e despesas; elaboração de fluxo de caixa de acordo com normativos tributários aplicáveis ao setor; apresentação de relatório técnico justificando e detalhando as premissas consideradas no cálculo do VPL dos compromissos adicionais.

Em complemento, a agência informa não ser possível comparar os valores para afirmar que teria havido dano ao erário de R\$ 137,7 milhões caso o TAC fosse aprovado nos termos anteriores. Isso porque o Custo de Capital utilizado na primeira metodologia foi o calculado pela Anatel para o ano de 2015 (mais recente disponível), segundo Regulamento da Metodologia de Estimativa do Custo Médio

Ponderado de Capital, aprovado pela Resolução nº 630/2014. Já a nova metodologia utilizou os parâmetros de 2016 para a mesma variável, lapso temporal em que os juros médios na economia variaram significativamente. Outro detalhe é que o novo VPL não considera a mesma relação de municípios.

Em exame de mérito, observo que a Anatel corrigiu a deficiente metodologia utilizada no início das negociações do TAC da Telefônica, substituindo-a pela usualmente empregada, de forma aderente ao art. 19, § 1º, do RTAC, o que dispensa as propostas formuladas pela SeinfraCOM.

No entanto, por se tratar do primeiro TAC celebrado pela agência, de elevado vulto, é extremamente oportuno que o Tribunal se debruce sobre o cálculo dos valores envolvidos, preferencialmente de acordo com as práticas já usuais desta Casa quando fiscaliza os processos de desestatização e sua avaliação econômico-financeira.

A propósito, a SeinfraCOM demonstrou em sua instrução a intenção de aprofundar os exames sobre o VPL elaborado, tendo em vista a modificação de diversas premissas e parâmetros basilares do projeto de compromisso adicional apresentado pela Telefônica. Contudo, não foi possível realizar tal exame face aos prazos e à necessidade de célere apreciação do Tribunal sobre os demais pontos desta representação.

Desse modo, deixo de acolher as propostas de determinação, recomendação e audiência alvitradas nesse momento, até porque não houve assinatura do TAC, a correção foi realizada e as motivações dos cálculos passaram a estar registradas. Deixo para reavaliar eventuais medidas ao final da fiscalização sobre a equação econômico-financeira dos compromissos adicionais, que **determino** seja realizada pela SeinfraCOM a partir de dados atualizados que deverão ser obtidos junto à Anatel.

Portanto, a partir desta deliberação, caberá à SeinfraCOM requerer e avaliar os elementos que julgar necessários para a realização da análise, tais como aqueles já sugeridos na instrução: a) a extensão do período considerado no fluxo de caixa; b) distribuição e origem das receitas consideradas; c) distribuição e origem de todas as despesas consideradas, inclusive o comportamento no fluxo de caixa das despesas administrativas, das despesas comerciais, dos custos de operação, manutenção e aluguel, e dos demais gastos; d) como são estimadas as despesas operacionais e não-operacionais; e) data ou ano de início do cálculo do fluxo de caixa; f) critérios objetivos escolhidos para a distribuição da implantação da infraestrutura nas regiões dos municípios pactuados; g) escolha do preço de comercialização do serviço para cada região e cidade do país a serem atendidas; h) a previsão de investimentos, incluindo a descrição técnica dos elementos que

compõem o projeto proposto; i) taxa de desconto, chamada pela Anatel de Custo Médio Ponderado de Capital, utilizada no cálculo do fluxo de caixa e o período considerado nesse índice; j) análise sobre as cidades a serem atendidas acerca da eventual presença e percentual de participação no mercado das demais prestadoras de serviços de banda larga fixa, ou mesmo da própria operadora. k) a previsão de investimentos, incluindo a descrição técnica dos elementos que compõem o projeto proposto; l) taxa de desconto, chamada pela Anatel de Custo Médio Ponderado de Capital, utilizada no cálculo do fluxo de caixa e o período considerado nesse índice; e m) análise sobre as cidades a serem atendidas acerca da eventual presença e percentual de participação no mercado das demais prestadoras de serviços de banda larga fixa, ou mesmo da própria operadora.

VII.3.6. Inclusão nos compromissos adicionais dos TAC de ações já previstas ou em andamento na Telefônica

Neste tópico, a SeinfraCOM destaca haver notícias nos autos de que a Telefônica já está executando, ou em vias de concluir, investimentos e ações que estão listados como compromissos adicionais no TAC aprovado pela Anatel, porém não celebrado em decorrência da atuação deste Tribunal, a exemplo da instalação de infraestrutura de fibra ótica das cidades paulistas de Campo Limpo Paulista, Avaré e Lençóis Paulista com tecnologia FTTH.

Nessa condição, a Telefônica peticionou à Anatel para manifestar interesse de concluir os compromissos adicionais aprovados, mas não celebrados, no que tange aos municípios apontados em cronograma para vencimento de meta nos próximos meses de 2017. Com isso, solicita que tais “investimentos e projetos” já sejam considerados de antemão pela agência para fins de cumprimento do TAC, após sua avaliação pelo TCU e assinatura.

Considerando o pedido feito pela Telefônica à agência, a SeinfraCOM propõe **recomendar** à Anatel que, ao celebrar qualquer TAC, garanta que os compromissos adicionais previstos no acordo não sejam compostos por ações, atividades e investimentos que já tenham sido realizados pela operadora ou que estejam em andamento no momento da assinatura do termo, com vistas a garantir o interesse público do TAC e a sua efetividade.

Em seu memorial (peça 17, p. 253-256) , a autarquia esclarece que seu Conselho Diretor não permitiu que tal intento da operadora prosperasse, consoante o exposto

na Análise nº 68/2017, segundo a qual, em momento anterior à celebração do acordo, não há qualquer suporte para que a Anatel exija o cumprimento de compromissos adicionais assentados em obrigações previstas no TAC. Nesse sentido, a execução de item de projeto proposto e aprovado, mas antes da subscrição do ajuste, deverá ser retirado do TAC a ser efetivamente assinado, e substituído por outro equivalente e inédito.

Entendo que andou bem a agência em resguardar e jamais admitir investimentos já realizados (retroativos) para fins de cumprimento do TAC, o que poderia configurar ardil indesejável à boa e fiel execução do instrumento. Considerando que a Anatel adotou as providências necessárias para obstar qualquer projeto já incluído no TAC, mas que a recomendação é conveniente para sinalizar o entendimento do Tribunal a respeito, mantenho-a.

No entanto, como a situação é dinâmica e não existe perspectiva de celebração do TAC no curtíssimo prazo, tendo em vista as correções que se fazem necessárias, ajusto as propostas do MPTCU (peça 156, parágrafo 489) e da unidade instrutora na forma de **determinação**, haja vista a decisão do Conselho Diretor nos termos da Análise nº 68/2017, no sentido de que não admitir como compromissos adicionais em termos de ajustamento de conduta as ações, atividades e investimentos que já tenham sido realizados pelas operadoras ou que estejam em andamento no momento da assinatura do instrumento, com vistas a garantir o interesse público do TAC e a sua efetividade.

VIII – ANÁLISE DO PEDIDO DE SOBRESTAMENTO E DO SEU POSTERIOR PEDIDO DE DESISTÊNCIA FEITOS PELA ANATEL EM UM INTERVALO DE TRINTA DIAS

Por meio do Ofício-Anatel 7/2017/SEI/PR-Anatel, a agência solicitou ao Tribunal o sobrestamento destes autos até que o Conselho Diretor deliberasse sobre a revisão dos modelo técnico-econômico para cálculo do Valor de Referência do TAC da Telefônica, mediante reanálise das premissas, regras de negócio, dados de entrada e fórmulas de cálculo utilizadas que não se adequariam ao objeto específico do presente processo.

A SeinfraCOM analisou o pedido e constatou que as informações pendentes de envio ao TCU, embora sejam importantes para analisar um dos aspectos do TAC da Telefônica, não constituem qualquer óbice ao exame de mérito acerca da atuação da Anatel, objeto do presente processo.

Ou seja, não restou configurado surgimento de matéria ou fato que obste o regular prosseguimento dos autos, tendo sido possível concluir de forma integral a análise somente com as informações enviadas pela Anatel. Assim, resta impossível aplicar, ao presente caso, o sobrestamento previsto no art. 157 do Regimento Interno do TCU e nos arts. 2º, inciso XXI, e 47 da Resolução-TCU 259/2014.

Todavia, cerca de trinta dias após apresentar pedido de sobrestamento ao TCU, a Anatel encaminha novo ofício, respondendo integralmente a diligência anterior e manifestando sua intenção de desistir do pedido de sobrestamento feito anteriormente (peça 121) .

Sendo assim, a questão resta **superada** e não demanda encaminhamento.

IX – ILEGALIDADES E DANO AO ERÁRIO DE PELO MENOS R\$ 137,7 MILHÕES IDENTIFICADOS NA ATUAÇÃO DO CONSELHO DIRETOR DA ANATEL NOS PROCESSOS DE APROVAÇÃO DO ATO DE DESCONTO DOS COMPROMISSOS ADICIONAIS DE TODOS OS TAC E DE APROVAÇÃO DO TAC DA TELEFÔNICA

A unidade instrutora apontou múltiplos indícios de ilegalidades e irregularidades do objeto em exame e entendeu que a conduta dos conselheiros conduziu à aprovação, pelo Conselho Diretor da agência, de dois documentos ilegais e com potencial de causar dano ao erário da ordem de milhões de reais: Acórdãos-Anatel 2/2016 (aprova o Ato que estabelece o rol de opções de projetos estratégicos que poderão ser executados como compromissos adicionais no âmbito de TAC) e 422/2016 (aprovou o TAC de qualidade e universalização da Telefônica) .

Dessa forma, propôs realizar a **audiência** dos conselheiros que integravam o Conselho Diretor e votaram pela aprovação do TAC (Juarez Martinho Quadros do Nascimento e Aníbal Diniz) .

Tendo em vista que o Conselheiro Rodrigo Zerbone Loureiro votou contra o uso do IGP-DI na atualização do VR do TAC durante sua vigência, não foi proposto que ele seja responsabilizado por essa irregularidade. Entretanto, esse conselheiro votou a favor da aprovação do TAC contendo as demais irregularidades, de modo que, no entender da unidade instrutora, deve ser chamado em **audiência** especificamente pelas manifestações favoráveis e tidas por irregulares.

Por fim, o Conselheiro Igor Vilas Boas de Freitas foi o relator da minuta de TAC da Telefônica e das propostas de inclusão de irregularidades na minuta de TAC da

Telefônica, tendo se manifestado a favor da aprovação dessa minuta com todas as possíveis irregularidades listadas ao longo da instrução da SeinfraCOM, inclusive a atualização do VR do TAC pelo IGP-DI.

Portanto, pugna a unidade instrutora por que seja chamado em **audiência** não apenas pela manifestação favorável no colegiado, mas também por ter relatado a minuta do TAC aprovada por meio do Acórdão-Anatel 422/2016-CD, de 27/10/2016.

Em relação à aprovação do Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, que definiu e aprovou os parâmetros para concessão de descontos nos valores dos compromissos adicionais a serem executados pelas prestadoras nos TAC conduzidos pela Anatel, propõe a realização de **audiência** dos Conselheiros que integravam o Conselho Diretor e votaram pela aprovação do ato pelo Acórdão-Anatel 2/2016-CD: João Batista de Rezende, Aníbal Diniz, e Otavio Luiz Rodrigues Júnior.

Como a aprovação do Ato-Anatel 50.004 foi relatada pelo Conselheiro Igor Vilas Boas de Freitas e teve voto divergente proferido pelo Conselheiro Rodrigo Zerbone Loureiro, é proposto realizar **audiência** desses também face à conduta de elaboração da minuta do ato e votação pela aprovação do mesmo.

Julgo que devem ser sopesados diversos fatores. Conforme exposto neste Voto, boa parte dos apontamentos da SeinfraCOM foram esclarecidos por meio de memorial apresentado pela agência. Não se pode perder de vista o caráter inédito do TAC na Anatel, bem como a postura proativa da agência em sanear boa parte das pendências antes mesmo da deliberação de mérito, o que denota boa-fé de seus membros.

De maneira geral, os apontamentos não chegaram a configurar irregularidade, devendo ser melhor compreendidos como riscos, aos quais deve ser dado o devido tratamento, conforme deliberação que proponho.

Ademais, conforme assinalado pelo Ministério Público de Contas, há que se considerar a boa-fé dos agentes da Anatel ao deixar assinar o TAC da Telefônica (ver item 15.3 do pronunciamento deste relator, à peça 22) , bem como na opção por submeter a proposta de TAC à apreciação desta Corte (ver alínea “b” do Acórdão Anatel 422/2016, à peça 95, p. 02) .

Desse modo, deixo de acolher as propostas de audiência dos membros do Conselho Diretor da Anatel, no escopo destes autos.

Tal encaminhamento não impede que fique assente a gravidade da **conduta** do Conselho Diretor da Anatel ao aprovar a celebração do TAC da Telefônica com Valor de Referência apurado sem utilizar metodologia de cálculo usualmente empregada pela agência (afrenta ao RTAC, art. 19, § 1º) , ato cuja correção tempestiva levou ao significativo aumento do valor dos investimentos constantes do compromisso. Com efeito, as graves consequências decorrentes de tal conduta só não se materializaram devido à atuação tempestiva desta Corte.

X – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A riqueza dos detalhes postos neste processo, em especial os termos em que estão sendo pactuados os TAC, em conjunto com a materialidade, o risco e a relevância desses instrumentos para o setor de telecomunicações, atraem elevadíssima responsabilidade à Anatel para fiscalizar de forma efetiva e verdadeira esses pactos.

Poucos dias antes de o Tribunal se debruçar sobre este tema, a imprensa noticiou que a Anatel reduziu em 60,3% o número de fiscalizações. Em 2010, foram realizadas 21.340 operações de fiscalização, mas em 2016 apenas 8.472 operações. Outras notícias dão conta de que a autarquia não possui mais recursos sequer para abastecer seus veículos para realizar fiscalizações em campo.

A causa já é conhecida: contingenciamento orçamentário dos recursos de fiscalização da agência e, conforme Acórdão 749/2017-TCU-Plenário, de minha relatoria, a já costumaz não destinação dos recursos dos fundos setoriais para os fins previstos em lei.

A celebração de TAC bilionário em contexto de fortíssima restrição de sua atividade fiscalizatória coloca a Anatel em situação extremamente delicada. Se pelas vias ordinárias não tem sido capaz de fiscalizar e sancionar descumprimentos por parte dos entes regulados, que deu causa ao cenário de estoque de multas e contestações infundáveis em sede de Pado, tenho mais dúvidas que certezas da capacidade de, agora, acompanhar estes termos de ajustamento de conduta que concedem grande liberdade à operadora com assimetrias informacionais significativas.

Entendo que estão razoavelmente superadas ou encaminhadas as controvérsias técnicas e formais relativas à celebração de TAC, por meio desta deliberação, o que autoriza o Tribunal a focar o acompanhamento da próxima etapa desses ajustes.

Assim, adstrito ao controle de segunda ordem, esta Corte deverá se dedicar a fiscalizar a atuação da agência sobre as operadoras celebrantes de termo de ajustamento de conduta.

O que se tem visto nos últimos tempos em relação à Anatel não retrata o bom histórico da atividade fiscalizatória dessa agência reguladora. Assim, aproveitando o caráter inédito deste TAC, os riscos e responsabilidades assumidos pelos dirigentes da Anatel face à flexibilidade deste instrumento negocial, cumpre **determinar** à SeinfraCOM que realize ação de controle específica para acompanhar as medidas a serem adotadas pela Anatel no decorrer de suas atividades de fiscalização e controle sobre os termos de ajustamento de conduta que celebrar, considerando o contexto dos demais TAC cuja celebração é possível e provável no âmbito da agência, e em especial o atual cenário de restrição orçamentária e de pessoal.

Em complementação, adoto os fundamentos do parecer do MPTCU (peça 156) para promover as **oitivas** nele sugeridas, com relação apenas às questões sobre as quais ainda não há elementos de convicção suficientes a um juízo de mérito, e no que não contrariar as conclusões deste Voto.

Por ora, as medidas aqui propostas permitirão ao Tribunal começar a formar juízo sobre a capacidade de a agência fiscalizar o bilionário leque de TAC que pretende firmar, sem afastar a possibilidade de responsabilização ulterior de agentes públicos que eventualmente tenham adotado medidas que coloquem em risco os recursos públicos.

O TCU, no seu papel constitucional de controle externo, deve fiscalizar os atos e contratos levados a termo pela Anatel mediante a definição de um escopo, um universo e uma amostra a serem examinados, comparando a situação encontrada com critérios técnicos, econômicos e legais vigentes. Esta Corte exerce, neste caso, o chamado “controle de segunda ordem”, com o objetivo de verificar a regularidade da atuação da agência no exercício de suas atividades finalísticas, jamais substituindo o regulador.

Dessa forma, lembro que não se pretende, na presente avaliação, convalidar, ou não, a aprovação dos processos de TAC, e sim verificar se há irregularidades e fragilidades nos pontos avaliados pelo Tribunal quanto a determinado procedimento executado pela unidade jurisdicionada.

Insisto: o TCU não é instância revisora ou recursal das decisões da agência. As normas vigentes tampouco determinam que todos os instrumentos desse tipo sejam analisados ou aprovados em nenhum momento pelo TCU, o que de fato nem seria possível, pois as resoluções da Anatel não possuem competência legal para demandar a atuação do Tribunal.

De todo modo, em que pese muitos dos indícios de irregularidades terem sido desconstituídos ante as considerações trazidas aos autos pela Anatel em sede de memorial, é inegável o caráter paradigmático do TAC a ser firmado com a operadora Telefônica, primeiro na história da agência em condições de ser realmente concretizado.

Do mesmo modo, a presente representação constitui precedente importante sobre a visão do Tribunal acerca do tema, ou seja, servirá de referência para atuação futura do controle externo.

Nesse macro contexto, o Secretário da SeinfraCOM sugeriu, em conclusão do Despacho de peça 141, expedir **determinação** à Anatel para que avalie, ao final da vigência do primeiro TAC que for assinado pela agência, o custo *versus* benefício do instrumento em relação à arrecadação direta das multas aplicadas, de modo a aferir se a troca confirma os benefícios ao interesse público.

Observo que tal proposta vai ao encontro do objetivo buscado pelo Tribunal, e nem era de se esperar que a agência não realizasse constantemente a análise da efetividade de seus processos de trabalho. Por essa razão, a adoto sob a forma de **recomendação**.

Por fim, julgo relevante frisar que muitos dos riscos, fragilidades e irregularidades trazidos a conhecimento deste Plenário a partir da profunda análise empreendida pela SeinfraCOM não serão completamente afastados ou mitigados pelo mero ajuste redacional de cláusulas dos TAC. Pelo contrário, ainda demandarão acompanhamento e fiscalização por parte da Anatel até o encerramento dos termos.

Daí decorre a minha proposta de que ao menos este *leading case* prossiga sob acompanhamento detalhado do Tribunal em suas fases subsequentes, sob pena de se esvaírem os impactos positivos desta atuação concomitante e tempestiva.

Portanto, a determinação para realização de fiscalização dedicada a avaliar a

equação econômico-financeira do VR do TAC, bem como a ação de controle destinada a avaliar a fiscalização exercida pela Anatel sobre os TAC, servirão, por ora, para o adequado acompanhamento do feito, sem prejuízo da adoção de outras medidas futuras que a Casa entender pertinentes.

Além deste processo, tendo em vista o cenário de negociação de diversos instrumentos de mesma natureza no âmbito da Anatel, considero necessário **determinar** que essa primeira rodada de termos de ajustamento de conduta seja objeto de acompanhamento pelo Tribunal, até para que se possa examinar de perto a curva de aprendizado da agência no trato com o novel instrumento.

XI – CONCLUSÃO

De todo o exposto, a importância dos TAC para a atividade regulatória da Anatel é inquestionável neste momento de sua vida institucional. O sucesso ou insucesso na execução desses instrumentos, com as respectivas consequências e ensinamentos, inevitavelmente conduzirá a uma revisão do modelo sancionatório vigente.

É importante deixar assente que, da parte deste Tribunal, não existe qualquer impedimento para que a agência adote tal mecanismo no âmbito de sua atividade regulatória.

É natural que o caráter inovador dos instrumentos da administração consensual gere preocupações e desconfianças, em especial diante dos riscos inerentes ao manejo desses mecanismos e diante da necessidade de aprendizagem do poder público sobre a melhor forma de lidar com processos de negociação com os administrados. No caso do setor de telecomunicações, há que se considerar ainda a situação em que se encontram as operadoras e as deficiências de fiscalização por parte da Anatel, conforme já apontado por este Tribunal.

Ainda que sejam válidas as preocupações da SeinfraCOM quanto aos riscos vislumbrados, é preciso ponderá-las com outros fatores.

A meu ver, temos de cuidar para que nossas decisões não inviabilizem as iniciativas do Poder Público, em respeito ao mérito administrativo e à confiança nos gestores, fator essencial para o surgimento de uma administração de caráter mais gerencial.

Na decisão que ora adoto, sopesei detalhadamente os apontamentos da SeinfraCOM com as considerações da Anatel trazidas em sede de memorial e a

judiciosa manifestação do *Parquet* especializado, razão pela qual este Voto alongou-se. De todo modo, estou convicto de que as avaliações aqui expostas servirão não apenas para subsidiar a decisão de meus pares, alcançando também as partes envolvidas na temática: a Anatel, as demais agências reguladoras, os usuários e os diversos delegatários de serviço público no Brasil.

Completo com meus agradecimentos aos Ministros Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro e Walton Alencar Rodrigues pelas relevantes contribuições trazidas a este Voto.

Por fim, durante a sessão o eminente Ministro José Múcio Monteiro demonstrou preocupação acerca de alguns pontos discutidos, tendo sugerido o acréscimo das oitivas contidas nos itens 9.5.4 e 9.5.7 do acórdão. Porquanto eu ainda tenha dúvidas a respeito da amplitude da interferência que o TCU possa vir a ter sobre essa matéria, reputo que a medida processual alvitrada terá o condão de dirimir dúvidas e permitir firmar melhor convicção sobre o ponto.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 27 de setembro de 2017.

Ministro BRUNO DANTAS

Relator