



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - SEDE
COORDENAÇÃO DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SAUS, QUADRA 6, BLOCO H, 6º ANDAR, ALA NORTE - BRASÍLIA/DF - CEP 70.070-940 - (61) 2312-1869

PARECER n. 00496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.205186/2015-10

INTERESSADA: ANATEL - COQL - GERÊNCIA DE CONTROLE DE OBRIGAÇÕES DE QUALIDADE

ASSUNTO: PROPOSTA DE REGULAMENTO DE FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA (RFR)

EMENTA: 1. Proposta de edição de Resolução que contempla modificações no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, edição do Regulamento de Fiscalização Regulatória e revogação do atual Regulamento de Fiscalização, aprovado pela Resolução nº 596, de 6 de agosto de 2012.

2. Aspectos formais. Regularidade.

3. Identificação pela Agência de problemas em seu modelo sancionador atual e das características que devem ser buscadas no novo modelo, dentre as quais se destaca uma atenção maior à responsividade.

4. Arts. 82 e 173 da LGT. Delimitação da discricionariedade da Anatel em matéria sancionadora. Impossibilidade de a Agência deixar de instaurar PADO no caso de constatação de indícios de infração.

5. Possibilidade de a Anatel adotar outras medidas que contribuam para os objetivos buscados pela Agência na proposta de Resolução ora analisada.

6. Análise jurídica dos dispositivos apresentados. Identificação de dispositivos ilegais (parágrafo único do art. 42 e art. 45). Necessidade de a Agência avaliar e apresentar motivação para determinados temas. Sugestões pela Procuradoria de redação de dispositivos para adequação à legislação, eliminação de incoerências e aprimoramento de redação.

1. 1 - RELATÓRIO

1. Cuida-se de proposta de edição de Resolução por meio da qual se realizam modificações no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, se aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória e se revoga o atual Regulamento de Fiscalização, aprovado pela Resolução nº 596, de 6 de agosto de 2012.

2. A primeira versão da minuta da Resolução (documento SEI nº 0641279 - volume II) foi objeto de análise por esta Procuradoria por meio do Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU (documento SEI nº 0807112 - volume II).

3. A citada manifestação jurídica foi analisada pelo Informe nº 1/2016/SEI/COQL7/COQL/SCO (documento SEI nº 0916283 - volume II).

4. A segunda versão da minuta consta do volume II dos autos (documento SEI nº 0924555), enquanto a terceira versão consta do volume III dos autos (documento SEI nº 1789812), notadamente com relação às sugestões de alterações no RASA. Esta, por sua vez, foi analisada pela Procuradoria por meio do Parecer acostado no volume IV dos autos (Parecer nº 964/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU - documento SEI nº 2207410).

5. O Conselheiro Relator Anibal Diniz, por meio da Análise nº 97/2018/SEI/AD, acostada no volume IV dos autos (documento SEI nº 2659033), apresentou uma quarta versão da minuta da Resolução também constante no volume IV dos autos (documento SEI nº 2724858).

6. O Presidente do Conselho Diretor, Conselheiro Leonardo Euler de Moraes, apresentou o Voto nº 127/2018/SEI/PR acostado no volume V dos autos (documento SEI nº 3631816), no qual se apresenta uma quinta versão da minuta da Resolução constante no volume V dos autos (documento SEI nº 3647195). Esta foi a versão posteriormente submetida à Consulta Pública, aprovada pelo Acórdão nº 738, de 26.12.2018, do Conselho Diretor da ANATEL, determinando, dentre outros, a realização da Consulta Pública (documento SEI nº 3653691 - volume V).

7. No SEI nº 3653928 consta a realização da Consulta Pública nº 53, de 26.12.2018 e no SEI nº 3688314, consta Aviso de Audiência Pública acostado no volume V (documento SEI nº 3688314).

8. Foram indeferidos pedidos de dilação do prazo da consulta pública pelo Acórdão nº 133, de 25.03.2019, do Conselho Diretor da ANATEL (documento SEI nº 3960320 - volume IX).

9. A área técnica analisou as contribuições apresentadas na Consulta Pública por meio do Informe nº 93/2019/PRRE/SPR (documento SEI nº 4320280 - volume XI), o qual está acompanhado dos seguintes documentos, todos constantes no volume XII dos autos:

a) Minuta de RFR com marcas (documento SEI nº 4479555);

b) Minuta de Resolução PRRE nº 4479570;

c) Planilha Respostas às Contribuições CP nº 53/2018 (documento SEI nº 4479595); e,

d) Relatório Respostas às Contribuições CP nº 53/2018 (documento SEI nº 4479607).

10. Registre-se, por fim, que é esta versão da minuta de Resolução (sexta versão apresentada nos autos) que será objeto de análise no presente Parecer.

11. É o que importa relatar.

2. DA ANÁLISE FORMAL DO PROCEDIMENTO SOB EXAME.

12. Inicialmente, cabe a este órgão jurídico a análise do atendimento das disposições legais e regimentais quanto ao procedimento de Consulta Pública e à consolidação das propostas dela decorrentes.

13. Conforme já consignado por esta Procuradoria no anterior Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU, verifica-se que a aprovação, alteração e, até mesmo, revogação de normas pela Anatel constitui exercício de sua função normativa, a qual decorre da sua natureza de órgão regulador, conforme previsto pela Constituição Federal, art. 21, inc. XI, e nos termos da Lei nº 9.472, de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT).

14. Com efeito, o artigo 1º da LGT estabelece que compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações. Tal organização "*inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofrequências*" (é o que estabelece o parágrafo único do dispositivo).

15. Ademais, nos termos da LGT, compete à Anatel fiscalizar o cumprimento das normas do setor de telecomunicações, bem como aplicar as respectivas sanções administrativas, quando constatar a ocorrência de infrações administrativas.

16. Cumpre observar que a proposta do Regulamento de Fiscalização Regulatória contempla alterações substanciais quanto ao tema, que possui ampla relevância setorial, com a edição de ato normativo específico. Assim, cumpre destacar os termos do art. 42 da LGT, que determina que "*as minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca*".

17. De maneira a disciplinar esse artigo, o Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, definiu e firmou algumas especificações acerca do tema. Confira-se:

RIA

Art. 59. A Consulta Pública tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões do público em geral.

§ 1º A Consulta Pública pode ser realizada pelo Conselho Diretor ou pelos Superintendentes, nas matérias de suas competências.

§ 2º A Consulta Pública será formalizada por publicação no Diário Oficial da União, com prazo não inferior a 10 (dez) dias, devendo as críticas e as sugestões serem apresentadas conforme dispuser o respectivo instrumento deliberativo.

§ 3º A divulgação da Consulta Pública será feita também na página da Agência na Internet, na mesma data de sua publicação no Diário Oficial da União, acompanhada, dentre outros elementos pertinentes, dos seguintes documentos relativos à matéria nela tratada:

I - informes e demais manifestações das áreas técnicas da Agência;

II - manifestações da Procuradoria, quando houver;

III - análises e votos dos Conselheiros;

IV - gravação ou transcrição dos debates ocorridos nas Sessões ou Reuniões em que a matéria foi apreciada;

V - texto resumido que explique de forma clara e suficiente o objeto da consulta.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas e devidamente justificadas deverão ser consolidadas em documento próprio a ser enviado à autoridade competente, anexado aos autos do processo administrativo da Consulta Pública, contendo as razões para sua adoção ou rejeição, e permanecerá à disposição do público na Biblioteca e na página da Agência na Internet.

§ 5º Os pedidos de prorrogação de prazo de Consulta Pública serão decididos pelo Superintendente nas matérias de sua competência e, aqueles relativos a matérias sob a competência do Conselho Diretor, distribuídos ao Conselheiro Relator do processo submetido à Consulta Pública, exceto quando a ausência deste prejudicar a análise tempestiva do pedido, caso em que deverá ser realizado sorteio da matéria, nos termos do art. 9º deste Regimento.

§ 6º Na fixação dos prazos para a apresentação de críticas e sugestões às Consultas Públicas, a Agência deverá considerar, entre outros, a complexidade, a relevância e o interesse público da matéria em análise.

18. Citem-se, ainda, os comandos contidos no art. 42 da LGT e no art. 37, inciso VIII, do Regimento Interno da Anatel, *verbis*:

LGT

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

permanecer à disposição do público na Biblioteca.

RIA

Art. 37. Os processos administrativos observarão, dentre outros, os seguintes critérios de:

[...]

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos interessados;

[...]

19. Consoante se depreende das normas regentes supramencionadas, imperiosa a submissão da proposta sob exame, previamente à sua edição, à discussão por meio de Consulta Pública.

20. A referida tarefa é inarredável e a Administração Pública está vinculada ao cumprimento desse mandamento legal. Ocorre que a forma pela qual se dará efetividade a ele foi jungida à discricionariedade do administrador, que, entretanto, fixou garantias mínimas ao administrado na consecução desse propósito.

21. Nesse sentido, cabe a esta Procuradoria emitir pronunciamento acerca da compatibilidade da proposta formulada com a legislação, bem como analisar se o seu trâmite atendeu às previsões do Regimento Interno e da Lei Geral de Telecomunicações, além de verificar se houve atendimento do procedimento às disposições regimentais quanto à Consulta Pública e à consolidação das propostas decorrentes.

22. Nessa toada, insta verificar qual o órgão responsável pela análise das propostas feitas pela área técnica antes e depois da Consulta Pública. A esse respeito, constata-se que o órgão máximo deliberativo da Anatel é o Conselho Diretor, ao qual foram enfeixadas as seguintes funções, de acordo com o art. 16, inciso V, do Decreto nº 2.338/97 (Regulamento da Anatel), o art. 22, inciso IV, da LGT, e o art. 62 do Regimento Interno da Anatel, *in verbis*:

Regulamento da Anatel

Art.16. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, e especialmente: (...)

V - exercer o poder normativo relativamente às telecomunicações; (...)

LGT

Art. 22. Compete ao Conselho Diretor: (...)

IV - editar normas sobre matérias de competência da Agência; (...)

Regimento Interno da Anatel

Art. 62. Os atos de caráter normativo da Agência serão expedidos por meio de Resoluções, de competência exclusiva do Conselho Diretor, observado o disposto nos arts. 59 e 60, relativos aos procedimentos de Consultas Pública e Interna, respectivamente.

(...)

23. Assim, verifica-se que foram observadas as atribuições legal e regimentalmente impostas à Anatel no que concerne à edição da norma, uma vez que coube ao Conselho aprovar a versão final do texto encaminhado à Consulta Pública, bem como a ele incumbirá a decisão acerca das contribuições formuladas e do teor da minuta a ser aprovada.

24. Cumpre, outrossim, registrar que a deliberação do Conselho Diretor da Anatel é uma espécie de ato administrativo, para cuja produção é exigida suficiente e clara motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos pertinentes, de acordo com o art. 50 da Lei nº 9.784, de 1999.

25. Ademais, no que diz respeito à forma, é oportuno citar o art. 40, inc. I, e parágrafo único, do Regimento Interno da Agência, que disciplina como são emanados os atos da Agência, sendo a Resolução de atribuição exclusiva do Conselho Diretor da Anatel:

RIA

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; [...]

Parágrafo único. A Resolução, a Súmula, o Acórdão e a Consulta Pública de minuta de ato normativo são instrumentos deliberativos de competência exclusiva do Conselho Diretor.

26. Tendo em vista a redação do dispositivo acima citado, constata-se correspondência entre o assunto a ser tratado na norma e o instrumento a ser utilizado para as alterações pertinentes (Resolução).

27. Nos termos do art. 60 do Regimento Interno da Agência, as minutas de ato normativo a serem editados deverão submeter-se, como regra, ao procedimento de Consulta Interna. Assim determina a norma regimental quanto a este aspecto:

Art. 60. A Consulta Interna tem por finalidade submeter minuta de ato normativo, documento ou matéria de interesse relevante, a críticas e sugestões dos servidores da Agência.

§ 1º A Consulta Interna será realizada previamente ao encaminhamento da proposta de Consulta Pública ao Conselho Diretor, com prazo fixado pela autoridade competente, devendo ser juntada aos autos do processo a que se refere.

§ 2º A Consulta Interna poderá, justificadamente, ser dispensada quando a sua realização

impedir ou retardar a deliberação de matéria urgente.

§ 3º A Consulta Interna poderá ser realizada independentemente de realização de Consulta Pública.

§ 4º As críticas e as sugestões encaminhadas e devidamente justificadas deverão ser consolidadas em documento próprio, anexado aos autos do processo administrativo, contendo as razões para sua adoção ou rejeição.

28. No Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU, exarado antes da realização da Consulta Pública, esta Procuradoria já havia observado que esta disposição regimental havia sido atendida, haja vista a realização da Consulta Interna nº 704/2016 e a devida análise de suas contribuições pela área técnica.

29. Quanto à abertura da Consulta Pública nº 53, de 26.12.2018, foi juntado aos autos eletrônicos o Ato devidamente assinado pelo Presidente da Agência (SEI nº 3653928), formalizando sua abertura. Esse ato foi publicado no Diário Oficial da União de 27 de dezembro de 2018, Seção 1, Página 42, consoante anotado no citado Ato.

30. Estabeleceu-se o prazo de 90 dias para a apresentação de contribuições à Consulta Pública, atendendo-se ao prazo mínimo previsto no art. 59, § 2º do Regimento Interno da Agência e assegurando uma ampla discussão com os agentes envolvidos, tendo o Informe nº 93/2019 consignado o recebimento de 575 contribuições, de 35 autores. Anote-se, ainda, que a área técnica consolidou em documento próprio os comentários e encaminhamentos pertinentes a estas contribuições.

31. Também é oportuno registrar que foram realizadas Audiências Públicas nas cinco Regiões do País, conforme igualmente consignado pela área técnica.

32. Por fim, uma vez que acompanha o Informe nº 93/2019/PRRE/SPR a versão final da minuta da Resolução, com (SEI nº 4479555) e sem marcas de revisão (SEI nº 4479570), consideram-se atendidos todos os requisitos formais necessários ao prosseguimento dos autos em epígrafe.

3. MÉRITO: ASPECTOS GERAIS

33. A Fundamentação do presente Parecer se apresentará dividida em duas partes principais. Na primeira parte, serão tratados os aspectos relativos ao contexto que envolve a elaboração do Regulamento de Fiscalização Regulatória e aos objetivos buscados pela Agência com a edição desse Regulamento.

34. Na primeira parte, também serão analisados aspectos jurídicos relativos à principal premissa utilizada na elaboração do Regulamento (art. 45 da proposta de Regulamento) e à disciplina aplicável à infração de obstrução à atividade de fiscalização regulatória (arts. 37 a 41) e serão apresentadas sugestões de técnicas alinhadas aos objetivos buscados pela Agência.

35. Na segunda parte, será apresentada a análise jurídica dos dispositivos que constam da proposta de Resolução e da proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória, ressalvados os arts. 45 e 37 a 41 (analisados na primeira parte).

36. Antes de iniciar a análise da proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória submetida para manifestação desta Procuradoria, é importante destacar alguns aspectos do contexto que envolve a elaboração dessa proposta, bem como identificar os objetivos que a Agência busca alcançar com a edição desse Regulamento.

37. A identificação dos objetivos buscados pela Agência, ao mesmo tempo em que possibilita a análise quanto à própria finalidade do ato administrativo regulamentar, permite que esta Procuradoria, quando recomendável, apresente sugestões que estejam alinhadas com os objetivos da Agência.

38. Dessa forma, mostra-se relevante que a análise jurídica do texto dos dispositivos considere a avaliação da Agência quanto ao contexto atual, de modo a entender a perspectiva do órgão regulador sobre os aspectos que devem ser alterados na regulamentação atual, bem como as características que precisam ser contempladas no modelo que a Anatel entende como ideal.

39. Feitos esses breves registros, passemos à análise do contexto atual da atividade sancionadora da Anatel à luz da perspectiva que a Agência tem de seu próprio desempenho.

40. No bojo do processo administrativo que trata da elaboração do Regulamento de Fiscalização Regulatória, a principal crítica da Agência quanto à execução de sua competência sancionadora diz respeito à ineficiência do processo sancionador da Anatel (Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações - PADO).

41. A título de exemplo, vale transcrever trechos da Análise nº 97/2018/SEI/AD, apresentada pelo Conselheiro Anibal Diniz (SEI 2659033), na Reunião nº 851, de 17 de maio de 2018, do Conselho Diretor da Anatel. Nesse aspecto, cumpre registrar que a divergência apresentada no Voto Vista pelo Presidente da Anatel, Conselheiro Leonardo Euler de Moraes, voltou-se apenas quanto ao texto regulamentar proposto pelo Conselheiro Relator. Em relação à motivação apresentada pelo Conselheiro Relator, o Conselheiro Vistante e os demais Conselheiros da Agência concordaram com o diagnóstico apresentado pelo Conselheiro Relator.

42. Na oportunidade, o Conselheiro Relator destacou a perspectiva do Ministro Bruno Dantas do Tribunal de Contas da União:

4.144. Nas palavras do Ministro Relator Bruno Dantas, quando da Sessão Ordinária de Julgamento do TAC da Telefônica, realizada em 27 de setembro de 2017:

"É sabido que a Anatel aplica muitas administrativas aos seus regulados quando configura desconformidades na prestação do serviço público outorgado. Este é um dos mecanismos regulatórios tradicionais. Deliberações anteriores desta casa, transcritas no voto que fundamenta a minha proposta de hoje, **já evidenciaram que o processo de sancionamento é moroso, ineficiente e altamente contencioso, cenário que leva à**

excessiva demora na aplicação e arrecadação de multas, impõe altos custos de processamento dos procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações, conhecidos como Pados, **sem falar na baixa efetividade de multa como instrumento regulatório.**

Recente deliberação deste plenário, por meio do Acórdão n.º 1.970/17, (...) evidenciou que, de 2000 a 2016, **a Anatel arrecadou apenas 14% das multas aplicadas.** Não bastando, **o recebimento do valor das multas é frequentemente protelado mediante questionamentos no âmbito administrativo** e, sem seguida, na fase de execução fiscal, **prejudicando o enforcement do Regulador.**

Na mesma decisão, o Tribunal mostrou (...) que **cerca de 45% das multas estão suspensas judicialmente.**

Já as contas de governo de 2016 (...) evidenciaram que **o índice de arrecadação na fase de execução fiscal tem ficado (...) abaixo de 1%.**

4.145. Nesse sentido, considerando "a baixa efetividade da multa como instrumento regulatório" a propositura de um regulamento de regulação responsiva somente se alia ao entendimento daquela Corte de Contas, implementando mecanismos regulatórios eficazes e eficientes para atendimento ao interesse público, com a segurança jurídica necessária.

43. Na Análise n.º 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033), também se menciona a forma pela qual a 3ª Câmara do Consumidor e da Ordem Econômica do Ministério Público Federal avalia a atuação da Anatel em matéria sancionadora:

4.212. Durante a realização de Tomada de Subsídios para a elaboração da presente proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR), a 3ª Câmara do Consumidor e da Ordem Econômica do Ministério Público Federal "há muito reconhece a **ineficiência do mecanismo dos Pados.**"

4.213. No Ofício n.º 1113/2016/SE/3CCR, de 11 de abril de 2016 (SEI n.º [0641236](#)), afirma:

"Percebe-se que a agência **falha ao estabelecer as obrigações do setor de telecomunicações**, como o faz nos lançamentos de editais de faixas de radiofrequência, pois **tende a priorizar as necessidades de arrecadação do governo** e a deixar à discricionariedade das operadoras a decisão sobre os serviços a serem prestados (STFC ou SMP) em detrimento das demandas dos consumidores.

(...)

Quanto às ações de controle implementadas pela Agência, (...) A atual sistemática de apuração de infrações e aplicação de sanções incentiva o mau comportamento das empresas.

(...)

Ademais, entende-se que as sanções devem depender menos de multas e mais de geração de incentivos positivos às empresas do setor. Nesse sentido, o uso de medidas cautelares deve ser diminuído, ao passo que os demais tipos de sanções, especialmente as suspensões de vendas, devem ser devidamente regulamentadas para gerar previsibilidade e estabilidade nas ações de controle."

44. Dentre os aspectos relevantes para a formação dessa convicção de que a competência sancionadora da Anatel tem sido exercida com ineficiência, o custo do exercício dessa competência é um dos fatores mais importantes. Nos trechos seguintes, a Análise n.º 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033) destaca trabalho desenvolvido em sede de Doutorado pelo Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade de Brasília – UnB, pela servidora da Anatel, Nathalia Almeida de Souza Lobo:

4.222. Como grande parte das rotinas das agências é composta por Pados, os gastos do governo são bastante relacionados com a quantidade de tempo e de servidores aplicados à apuração e à cobrança desses processos. Assim, com o abuso, por parte dos infratores, do uso à ampla defesa, os custos processuais da Anatel se multiplicam. A disposição dos agentes regulados de estarem em conformidade com os regulamentos da Anatel, de reconhecerem a sua infração e de pagarem as multas aplicadas para estarem em regularidade com o Estado está inversamente relacionada aos custos processuais e de cobrança da Anatel: quanto maior a disposição do agente regulado de estar em conformidade com a Anatel, menor é o gasto do recurso do Estado para regularizar a situação desse agente.

4.223. No entanto a Anatel aplica um único rito processual baseado apenas nos procedimentos legais, sem levar em conta os riscos de não conformidade dos agentes regulados. Levando em consideração a existência dessa assimetria de informação, a Anatel poderia trabalhar de forma mais eficiente se reconhecesse essa propensão dos agentes para infringir regras e regulamentos e a levasse em consideração na hora de apurar e cobrar os processos de apuração de infração.

4.224. Outro ponto fundamental que aprofunda os riscos de não conformidade é a questão dos custos de litígio. Pequenos agentes regulados apresentam custos litigiosos proporcionalmente maiores do que grandes empresas, pois contratar um advogado ou simplesmente ter acesso e entender os procedimentos sendo aplicados representa um alto custo para o agente que tem pequeno número de processos. Já grandes agentes regulados possuem uma estrutura para atender às necessidades processuais desses Pados, dado o volume de processos com que lidam, representando custos de litígio por processo relativamente mais baixos.

4.225. Essa ineficácia dos Pados torna-se ainda mais grave por não coibir os grandes agentes regulados de cometerem infrações, explorando sua informação privilegiada e seus baixos custos relativos de litígio para continuar prestando serviços de má qualidade para os usuários.

(...)

4.233. Nesta seara, o trabalho testou a presença de perigo moral entre os agentes regulados pertencentes a grandes grupos econômicos de telecomunicações, que usam atitudes diferenciadas para protelar a decisão de seus processos de apuração de descumprimento de obrigações, diferindo o pagamento de multas e aumentando os custos processuais públicos.

45. Na Análise nº 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033) também se apresenta crítica à longa duração dos processos administrativos e dos processos judiciais movidos pelas prestadoras para impugnar multas aplicadas pela Anatel. Nessa parte, a Análise também faz menção ao trabalho desenvolvido pela servidora da Anatel Nathalia Almeida de Souza Lobo. Vejam-se trechos da Análise:

4.235. No rito processual do Pado, ao observar uma infração, a Anatel autua o agente regulado, o qual tem a oportunidade de se defender contra a suposta infração. Caso a Anatel, dada a defesa, julgue que o agente não cometeu a infração, o processo é arquivado; do contrário, será instruído e terá decisão em primeira instância, da qual cabe recurso; nesse caso, o processo é encaminhado para decisão de segunda instância, contra a qual pode haver pedido de reconsideração, a ser julgado pela autoridade superior da agência. Se houver fatos novos, o agente regulado pode ainda entrar com pedido de revisão. Esse processo leva, em média, quase quatro anos para ser concluído.

4.236. Após o trâmite processual, com respeito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, a Anatel profere a sua decisão final, que deverá ser executada, no entanto os agentes regulados ainda podem questionar essa decisão administrativa no âmbito do Judiciário, em que ficam, mais uma vez, disponíveis todos os procedimentos de ampla defesa, além da possibilidade do uso de liminares que os desobriguem da efetiva punição administrativa enquanto o processo estiver em curso na esfera do Judiciário.

4.237. Assim, embora as multas administrativas aplicadas pela Anatel tenham sido proferidas somente após a devida comprovação de ofensas às normas do setor de telecomunicações e aos direitos dos consumidores – dentro dos preceitos de processos administrativos punitivos próprios e idôneos, nos quais as empresas infratoras tiveram o absoluto exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório –, essas multas são geralmente contestadas nas Cortes do Judiciário pelos grupos econômicos de telecomunicações.

4.238. O que se percebe, portanto, é que os processos de agentes regulados pertencentes a grandes grupos econômicos de telecomunicações tendem a usar todos os recursos de ampla defesa disponíveis, não com a intenção de se defender da acusação de infração, mas com o intuito de protelar ao máximo as decisões da Anatel. Quando a decisão finalmente está pronta para execução, esses agentes regulados tendem a recorrer ao Judiciário para continuar protelando o pagamento de multas e continuar cometendo infrações. Assim, os grandes grupos econômicos são propensos a usar o devido processo legal a seu favor, desviando-se do m legal e ético desse procedimento de ampla defesa, para o ganho da empresa.

4.239. Com esse tipo de comportamento, as empresas visam alongar por vários anos o processo administrativo até terem utilizado todo tipo de recurso processual e, em seguida, prolongam a discussão na esfera judicial, esperando que, com a contratação dos melhores profissionais que o seus poderes econômicos lhes permitir pagar, saiam vencedoras, ou ao menos protelem a efetividade das sanções cominadas. Uma vez vencedoras em alguns dos processos ajuizados, as grandes empresas se sentirão seguras para conduzirem suas ações como bem entenderem, sabendo que o Estado não será capaz de lhes fiscalizar e sancionar de forma correta e efetiva.

46. Acerca da discussão judicial das multas, esta Procuradoria considera importante salientar alguns aspectos.

47. A possibilidade de o infrator levar a discussão do processo administrativo punitivo para o Poder Judiciário é um direito dele previsto na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXV) que decorre da opção do Constituinte Originário de adotar, no Brasil, o modelo de controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, de modo que se trata de aspecto inerente a qualquer modelo sancionador no Brasil, em maior ou menor medida, a depender das características do modelo sancionador (incentivos à redução da litigiosidade, por exemplo, podem contribuir para uma menor judicialização).

48. A atuação da Anatel em processos judiciais relativos a processos administrativos sancionadores é feita pela Advocacia-Geral da União, por diversos órgãos que compõem a Procuradoria-Geral Federal (PGF), cabendo à PFE-Anatel, nessa atuação, fornecer subsídios jurídicos aos diversos órgãos da PGF, bem como definir estratégias de atuação no tocante a temas que envolvem a atividade fim da Anatel.

49. Em cotejo com o trecho supracitado da Análise nº 97/2018/SEI/AD, vale apenas esclarecer que desde o advento do Regimento Interno aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013, os pedidos de reconsideração foram restritos à decisões do Conselho Diretor de única instância. Além disso, o pedido de revisão não tem o condão de retardar o encaminhamento do crédito definitivamente constituído para os procedimentos de cobrança, como inscrição no CADIN, inscrição em Dívida Ativa e ajuizamento de execução fiscal. Com o trânsito em julgado administrativo do processo, o crédito é

encaminhado para cobrança e eventual pedido de revisão é atuado apartado, tramitando de forma independente.

50. Feitos esses esclarecimentos, é importante registrar que, nesses processos judiciais, o êxito da Anatel é muito superior ao dos infratores, o que implica que os ônus sucumbenciais desses processos são suportados em muito maior medida pelos infratores do que pelo Poder Público.

51. Os dados de que dispomos acerca do assunto são os seguintes. Quanto à atuação da Procuradoria Regional Federal da Primeira Região em processos judiciais da Anatel, em relação ao tema processo administrativo sancionador, das últimas 142 sentenças proferidas, 35 (24,6%) foram desfavoráveis à Anatel e 107 (75%) foram favoráveis, das quais 97 (68,3%) foram totalmente favoráveis e 10 (7%) foram parcialmente favoráveis.

52. Acerca da atuação da Procuradoria Regional Federal da Segunda Região, não é possível extrair os dados com os exatos mesmos critérios, mas é possível constatar desempenho semelhante a partir de outro critério. Nos processos que envolvem pedido de anulação de multa administrativa pelo Grupo Oi (maior litigante da Anatel), das últimas 66 interposições de apelação (de 08/02/2019 a 13/05/2020), 10 foram da Anatel e 56 foram do Grupo Oi, o que, por via indireta, demonstra que, destes processos, a Anatel venceu em primeira instância 56 (84,8%) e o Grupo Oi venceu apenas 10 (15,1%).

53. Não há elementos suficientes para identificar de forma precisa as razões pelas quais as empresas do setor de telecomunicações litigam tanto na esfera judicial. Há aspectos que poderiam contribuir para esse tipo de análise aos quais esta Procuradoria não tem acesso, a exemplo de: (a) o quanto o fator de redução previsto no §5º do art. 33 do RASA tem sido aplicado em processos punitivos da Anatel, o qual exige a renúncia ao recurso administrativo e o pagamento da multa no prazo de trinta dias, (b) a modelagem que envolve os contratos entre empresas e os escritórios da advocacia responsáveis pelo ajuizamento e condução dos processos judiciais, (c) eventuais interesses por parte dos Administradores das empresas de apresentarem resultados positivos no curto prazo e adiar prejuízos e pagamentos de dívidas para o longo prazo; (d) eventuais interesses de prestadoras no sentido de adiar o pagamento de dívidas para o término do processo judicial, a fim de conferir disponibilidade na utilização desses recursos para o cumprimento de obrigações ou realização de investimentos, tidos como mais prementes para a prestadora e para seus os gestores naquele período.

54. Um dos incentivos à litigiosidade judicial que é de fácil constatação por esta Procuradoria diz respeito à utilização da via judicial com o objetivo, dentre outros, de retardar a execução das multas administrativas.

55. A título de exemplo, é possível destacar dois processos judiciais que recentemente alcançaram o trânsito em julgado judicial, nos quais houve determinação de conversão em renda dos depósitos efetuados pelo infrator. O processo judicial nº 0001069-78.2012.4.02.5101 foi ajuizado em janeiro de 2012 e a determinação de conversão em renda ocorreu em abril de 2019. O processo judicial nº 0005854-83.2012.4.02.5101 teve início em maio de 2012 e a determinação de conversão em renda ocorreu em fevereiro de 2020. Nos dois casos, entre o momento do ajuizamento e o da determinação em conversão em renda houve o transcurso de mais de sete anos.

56. Um outro aspecto a ser considerado quanto à judicialização de sanções aplicadas pela Anatel é o de que em setores regulados explorados por grandes empresas, tal como o de telecomunicações, há uma tendência maior de questionamento de multas na via judicial, na medida em que (i) o caráter pedagógico das multas exige a aplicação de multas em valor compatível com o porte da empresa, logo empresas maiores têm maior interesse em questionar multas na via judicial, que costumam ser de valor mais elevado e (ii) empresas maiores têm maior facilidade para litigar em juízo, uma vez que é comum empresas de grande porte terem advogados em seus quadros fixos, o que facilita sobremaneira o acesso à justiça, além de também já possuírem grandes contratos com escritórios de advocacia, o que, dada a escala, acaba estimulando a judicialização de inúmeras decisões administrativas.

57. Nesse aspecto, cumpre destacar que, conforme Relatório de Multas Constituídas elaborado em 25 de junho de 2020 (anexo), embora, em termos de valores de multas definitivamente constituídas, a Anatel tenha arrecadado aproximadamente 11% dos valores de multas, em relação à quantidade de multas arrecadadas (número de processos administrativos), a Anatel arrecadou aproximadamente 67% das multas definitivamente constituídas, o que demonstra que a judicialização das multas da Anatel se mostra muito mais frequente nas multas que, em razão do porte econômico do infrator e da abordagem de muitas infrações em um mesmo processo, ostentam maiores valores.

58. Essa conclusão também pode ser obtida a partir do valor médio de multa da Anatel judicializada, comparada com o valor médio de multa da Anatel. Conforme o mencionado Relatório, a Anatel constituiu definitivamente R\$ 7.973.862.834,34 em 66.136 multas, o que significa que o valor médio de multa da Anatel definitivamente constituída é de R\$ 120.567,66. Por outro lado, as multas com exigibilidade suspensa por decisão judicial compõem o valor de R\$ 2.608.111.684,66, distribuídos em 788 processos, o que implica um valor médio de multa definitivamente constituída judicializada de R\$ 3.309.786,40, muito superior, portanto, ao valor de multa médio aplicado pela Anatel.

59. Dos elementos que a Procuradoria tem acesso, a conclusão a que se chega é a de que, tendo em vista o fator de redução previsto no §5º do art. 33 do RASA, a judicialização do setor de telecomunicações já deveria estar num nível inferior à atual, na medida em que (i) o fator de redução é da proporção de 25%, (ii) o êxito das empresas têm sido inferior a 25%, (iii) na totalidade dos processos judiciais, as empresas arcam com os custos relativos aos seus advogados que atuam no ajuizamento e condução desses processos, (iv) na quase totalidade desses processos, para a suspensão da exigibilidade dos créditos de multas, as empresas são obrigadas a arcar com custos relativos às garantias (carta de fiança e seguro garantia) que são tidas como necessárias para que o Judiciário profira decisão de suspensão de exigibilidade de crédito, e (v) na grande maioria dos processos, o êxito da Anatel implica que a empresa arque com os custos decorrentes da sucumbência, em especial, os honorários advocatícios relativos à atuação dos advogados públicos.

60. Cumpre deixar claro: não se está a dizer o que as empresas devem ou não fazer quanto ao

exercício do seu inafastável direito constitucional de ação. Acerca do tema “judicialização de multas da Anatel”, esta Procuradoria tão somente considerou relevante apresentar os elementos de que dispõe acerca desse tema, até para consignar, ainda que de forma breve, o cenário encontrado no âmbito do Poder Judiciário. Também não se está a dizer que a multa é a melhor ou a única solução para os problemas regulatórios vivenciados pela Agência, mas apenas que elas seguem seu curso na esfera judicial, muitas das vezes com vitória da Anatel.

61. O esclarecimento aqui registrado quanto à atuação dos órgãos da Advocacia-Geral da União em processos judiciais relativos a sanções aplicadas pela Anatel se restringe a concluir que, dos elementos de que a Procuradoria da Anatel tem conhecimento, tendo em vista, em especial, o fator de redução previsto no §5º do art. 33 do RASA, dentre outros aspectos mencionados acima, esta Procuradoria não identifica os motivos pelos quais a litigiosidade judicial não se restringe a processos nos quais a probabilidade de êxito das prestadoras seria maior. É possível que o modelo dos contratos mantidos com escritórios de advocacia estimule a judicialização, além de possíveis distanciamentos, na organização interna das prestadoras, entre suas áreas regulatória e de gestão desse contencioso.

62. Outra crítica realizada pela Agência quanto ao seu modelo sancionador atual diz respeito à efetividade desse modelo. Nessa perspectiva, o diagnóstico realizado considera que a aplicação de multas pela Agência não tem sido instrumento apto a incentivar que as prestadoras infratoras modifiquem suas condutas e passem a atuar em conformidade com a regulamentação. Nesse sentido, vejam-se trechos do Informe nº 131/2018/SEI/PRRE/SPR (SEI 3441224), elaborado em resposta à diligência aprovada pelo Conselho Diretor:

3.4.8. Tratam-se de medidas que se coadunam com o princípio da eficiência, em que a preocupação está na efetividade da decisão em prol de benefícios aos usuários do serviço.

3.4.9. Cumpre observar que essa busca pelo efetivo resultado da decisão para a melhoria dos serviços tem sido implementada pela Anatel de forma gradual, com a conscientização de que a sanção de multa não implica em alteração da conduta do regulado e que, portanto, novas medidas deveriam ser adotadas.

63. Essa preocupação também se mostra refletida no Voto do Presidente da Anatel, Conselheiro Leonardo Euler de Moraes (Voto nº 127/2018/SEI/PR – SEI 3631816):

6.3. A inquietação se faz presente tanto do lado da Administração Pública, que dispõe de recursos limitados para conduzir um número expressivo de persecuções sancionatórias, quanto do lado dos administrados, que arcam com os custos de responder a diversos procedimentos por condutas de pouco relevo para a prestação dos serviços. Em acréscimo, as sanções deles resultantes têm reflexos diretos nos procedimentos sancionatórios subsequentes, sob a forma de agravantes, nos termos previstos no RASA/12. Nota-se que o pano de fundo vem a ser o da efetividade da atuação sancionatória da Anatel, em sua capacidade de constituir um direcionador atuação dos agentes do setor.

64. Não se pretende aqui esgotar os detalhes da perspectiva da Agência acerca do seu processo administrativo sancionador, mas tão somente evidenciar, em linhas gerais, os aspectos principais que se apresentam como motivo para a apresentação da proposta de revisão regulamentar.

65. Nesse enfoque, pode-se destacar como linhas gerais da crítica da Agência à sua atuação sancionadora: a) o processo administrativo sancionador é ineficiente; b) demanda altos custos; c) sua longa duração, aliada ao fato de as multas comumente serem discutidas no Poder Judiciário, retarda a execução da decisão proferida pela Agência; e d) a aplicação de multas pela Anatel não tem alcançado o propósito de alterar, de fato, o comportamento das prestadoras infratoras.

3.1 DAS CARACTERÍSTICAS QUE SE PRETENDE BUSCAR NO NOVO MODELO SANCIONADOR

66. Apresentadas as linhas gerais do diagnóstico que a Agência realizou acerca de sua atuação em matéria sancionadora, cumpre destacar quais são as características tidas como mais relevantes para o modelo que a Agência pretende implantar a partir da revisão regulamentar.

67. Em outras palavras, este tópico do Parecer tem por objetivo destacar as finalidades almejadas no ato administrativo regulamentar submetido à apreciação desta Procuradoria.

68. A principal característica buscada com a revisão regulamentar é tornar a atuação sancionadora da Anatel alinhada à teoria da regulação responsiva, segundo a qual, em breve síntese, o diálogo deve preceder a sanção e, entre as sanções, as mais leves devem preceder as mais gravosas, sendo que a escalada (no sentido da atuação de uma menor para uma maior severidade) deve ser avaliada a partir da análise das condutas do agente regulado.

69. O Informe nº 62/2016/SEI/PRRE/SPR, elaborado nos autos do Processo nº 53500.006207/2015-16, que trata de Proposta de Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações – RQUAL, foi citado como um dos fundamentos da Análise nº 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033) e apresenta algumas das principais características da teoria da regulação responsiva:

“... propõe-se aqui a revisão do modelo de gestão da qualidade da Anatel, buscando aproximar-se mais do modelo proposto pela teoria regulatória responsiva e da teoria penal restaurativa, cujo fundamento, segundo Ayres e Braithwaite (Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate. Oxford University Press, 1992), reside no fato da efetividade da regulação depender da previsão de regras que estimulem o regulado a

cumpri-las espontaneamente, exigindo um ambiente regulatório de constantes interações entre regulado e regulador.

Para isso, deve-se ter em mente que o direito não é restrito a uma compilação de normas jurídicas de forma sistematizada e que a existência de normas jurídicas não podem se resumir na incidência sobre o caso concreto com fim sancionatório de adaptação social. Deve-se visualizar que o mundo jurídico engloba também arranjos institucionais e normativos que visam regular as relações sociais, de modo que a ciência jurídica deve ser capaz de fornecer a resposta com agilidade e efetividade de forma a incentivar comportamentos conformes.

A regulação estatal não pode atuar somente quando não há o bom funcionamento do mercado, mas deve estar apta a acompanhar o comportamento dos agentes.

Está intrínseco na atividade regulatória, inclusive para o modelo da regulação responsiva, a necessidade de uma interação social e econômica complexa com todos os agentes do mercado. Pois, para que possa ser adotado o referido modelo, deve-se compor um arranjo institucional regulatório "que seja responsivo às movimentações realizadas pelos agentes, ao contexto de mercado e ao ambiente social em que estão inseridos" (JESUS, 2015, p. 4).

Assim, a regulação responsiva, por sua vez, reside na capacidade do regulador compreender de modo suficiente essa interação social para estabelecer um arranjo institucional que induza o regulado a obedecer às normas espontaneamente. Deste modo, a qualidade do diálogo entre regulador e regulado é fundamental para o sucesso da regulação responsiva e somente escalando a coação em resposta a não resposta de alguns regulados.

As ilustrações acima representam a Teoria Responsiva, que aponta que a regulação deve sempre buscar a primeira camada de controle, ou seja, o diálogo, o cumprimento espontâneo e autorregulação, e o regulador somente atuando de forma mais impositiva caso o agente regulado não responda adequadamente. De modo simétrico encontram-se as pirâmides de estímulo.

A ideia consiste em atuar entre diálogo e persuasão, para que os regulados possam resolver as questões por si mesmo, sem necessitar de intervenção regulatória. O regulador deve antes tentar o diálogo, para então considerar um rol de abordagens de estímulos, e somente caso estas não sejam suficientes entrar na conceituação de infrações e sanções legais (Braithwaite e Ayres, 1992).

Essa premissa deve ser aplicada mesmo em caso de baixos níveis de qualidade, pois embora o problema seja sério, a resposta natural do modelo é tentar o diálogo primeiro para lidar com isso, para só então superar a presunção se a resistência do regulado conduzir a isso. Cabe ao agente regulatório buscar adotar providências de correção e reparação da inconformidade, e estas concretizadas, o regulado retorna à base da pirâmide.

Deste modo, ao aceitar a persuasão, o agente regulado fica, implicitamente, compelido a realizar e cumprir o acordo que resultar do acompanhamento, ainda que ele possa contribuir para a concretização dos seus termos. Cabe frisar que o agente regulado vincula-se aos termos perante o regulador sem a necessidade de quaisquer considerações de confissão ou apuração de culpa ou dolo. Por conseguinte, nos bastidores da aceitação do regulado, há sempre a possibilidade inexorável da intervenção do regulador (AMARAL, Érica Babiní Lapa do. Regulamento responsivo: uma nova perspectiva. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2036, 27 jan. 2009).

Além disso, deve-se ponderar que, com a aplicação desta teoria, o atendimento da condição de conformidade tenta ser resolvida antes de se desenvolver como lide administrativa, em atenção aos princípios da celeridade e economia processual, tendo em vista que o objetivo é melhorar a qualidade dos serviços prestados, bem como o regulado poder atuar de forma mais direta para a melhoria da qualidade do serviço (Braithwaite e Ayres, 1992).

Pressupõe-se que um grande fator de induzimento de cumprimento de regras estabelecidas é a geração de competitividade entre os agentes, mediante a adoção de rankings, de modo a mostrar a sociedade qual prestador ofertante obteve melhores desempenhos diante de determinados parâmetros. Para isso, a presente proposta visa divulgar aos consumidores a Qualidade de Serviço Entregue e Percebida, em contraste com a Qualidade de Serviço Requerida.

Neste sentido, vale a premissa de que o agente regulado assume um compromisso inegociável de subir os degraus das medidas compensatórias caso não sejam adotadas medidas para prevenir a recorrência de quebras de conformidade. Caso o regulado não adote uma postura condizente em melhorar a prestação do serviço ou a faça insatisfatoriamente ocorrerá a escalada das ações a serem tomadas caso os problemas não sejam resolvidos.

Para os teóricos, quando a persuasão falha, uma das razões prováveis é que um regulado está realizando o cálculo racional entre o custo provável de respeitar a norma e os ganhos decorrentes do desrespeito da mesma. A gradação por penalidades mais severas desbalanceará esta equação ao ponto em que o racional passará a ser obedecer à norma.

No entanto, caso o agente não adote a medida compensatória a ele aplicável, esta poderá ser considerada um descumprimento de conduta, implicando em infração ao regulamento. Pois, a medida compensatória tem a natureza jurídica de obrigação, de modo, que a Anatel poderá sempre exigir o cumprimento dessas medidas."

regulado, de modo que o regulador, a partir do diálogo, construa um conjunto de respostas à atuação do regulado, que o incentive a cumprir espontaneamente a obrigação regulamentar.

71. Uma outra característica alinhada à teoria da regulação responsiva e que se busca na revisão regulamentar ora proposta é a ampliação da discricionariedade administrativa em matéria sancionadora, a fim de que a Agência tenha maior flexibilidade no exercício de sua atuação sancionadora e, assim, adapte a solução regulatória à realidade do caso concreto com o qual se depara, levando em conta, inclusive, o histórico do regulado diante do problema apresentado.

72. Vejam-se, nesse sentido, trechos da Análise n^o 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033), nos quais se cita obra de autoria de Alexandre Pinheiro:

4.99. Como bem posto pelo autor [Alexandre Pinheiro], "a teoria da Regulação Responsiva foi concebida da necessidade de se superar o debate entre aqueles que entendem ser necessária uma forte regulação estatal da atividade econômica e os defensores da desregulação", tendo sido apresentada inicialmente por Ayres e Braithwaite[3], por meio da denominada pirâmide regulatória.

4.100. E fundamentou:

"Esta teoria ofereceu desenhos regulatórios flexíveis e adaptativos, que estabelecem sinergia entre punição e persuasão, possibilitando o estabelecimento de formas de regulação compatíveis com a realidade vislumbrada e os objetivos buscados. Para tanto, ela preconiza a necessidade de se conhecer a fundo a estrutura do mercado regulado, suas normas internas e as motivações dos atores.

Um das ideias originais e centrais da Regulação Responsiva é a chamada pirâmide regulatória, que prevê medidas crescentes de intervenção estatal, a depender do comportamento dos regulados. De acordo com o modelo criado, a autorregulação é a técnica inicial a ser empregada, aplicável na base da pirâmide, quando as condutas estão em conformidade e ocorre pouca ou nenhuma ingerência governamental. Na hipótese de serem identificadas irregularidades, sem a devida correção pelos infratores, a pirâmide é escalada, passando-se por medidas e estágios intermediários, até se chegar a punições extremas, quando as irregularidades são persistentes, podendo resultar altos valores de multa ou mesmo a incapacitação da empresa regulada.

Os adeptos de tal teoria defendem que a simples possibilidade de se escalar as medidas regulatórias previstas na pirâmide já seria capaz de impulsionar as empresas reguladas a adotarem todas as medidas para que isso não aconteça, de modo a se evitar um aumento da intervenção estatal na conduta da empresa. Além de mencionar diversos estudos empíricos sobre o tema, que avaliaram, por exemplo, o mercado de abrigos para idosos na Austrália, os autores apresentam análise econômica aprofundada que envolve a teoria dos jogos e auxilia na fundamentação de seu ponto de vista (AYRES et al. 1992. p. 61-70)."

73. Diante do aspecto custo regulatório, a Agência vislumbra a relevância de adotar um modelo com menor custo regulatório e que seja baseado em gestão de riscos, conforme se verifica dos seguintes trechos da Análise n^o 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033)

4.36. Como consequência, em derivação da adoção das alternativas acima descritas para os temas propostos, a área técnica sugeriu a utilização de metodologia de gestão de riscos pelas Superintendências da Anatel, considerando os temas específicos de suas respectivas competências, planejando e priorizando suas ações conforme os recursos demandados e sua criticidade, necessitando, para tanto, de expedição, por este Colegiado, de Portaria de Metodologia de Priorização, por entender ser o instrumento cabível. (...)

4.127. A Análise de Impacto Regulatório, quando da descrição do Tema "Efetividade das atividades de Fiscalização Regulatória (acompanhamento, inspeção e controle)", levantou a dificuldade da Anatel em acompanhar, inspecionar e controlar o cumprimento do arcabouço legal e regulatório, em razão de seu volume, detalhamento e complexidade.

4.128. O objetivo, então, é tornar a Fiscalização Regulatória da Agência mais efetiva e com menor custo regulatório, priorizando ações que tragam maior benefício para os consumidores, para os entes regulados e para a sociedade em geral, necessitando de uma atuação mais integrada e baseada em riscos, com um melhor planejamento e direcionamento de suas ações para a resolução de casos críticos e prioritários, com foco no resultado esperado.

74. Essa preocupação também se mostrou refletida no Voto n^o 127/2018/SEI/PR do Presidente da Anatel, Conselheiro Leonardo Euler de Moraes (SEI 3631816):

6.2. As principais variáveis levantadas são os (i) custos administrativos na condução de determinados procedimentos sancionatórios que apuram (ii) violações de baixo impacto na prestação dos serviços, com (iii) escassos resultados em sua melhoria; seja porque a falta já se encontre corrigida, seja por se tratar de descumprimento meramente formal, por exemplo.

6.3. A inquietação se faz presente tanto do lado da Administração Pública, que dispõe de recursos limitados para conduzir um número expressivo de persecuções sancionatórias, quanto do lado dos administrados, que arcam com os custos de responder a diversos procedimentos por condutas de pouco relevo para a prestação dos serviços. Em acréscimo, as sanções deles resultantes têm reflexos diretos nos procedimentos sancionatórios subsequentes, sob a forma de agravantes, nos termos previstos no RASA/12. Nota-se que o

pano de fundo vem a ser o da efetividade da atuação sancionatória da Anatel, em sua capacidade de constituir um direcionador atuação dos agentes do setor.

6.4. Sob outro prisma, também se trata de ponderação acerca da aplicação dos princípios constitucionais da eficiência, e do confronto entre a economicidade do esforço administrativo e o resultado obtido à luz do interesse público; e também da proporcionalidade.

(...)

7.7 Inclusive, no âmbito da Anatel já foi editada a Portaria nº 1176, de 30 de agosto de 2017, que instituiu a Política de Gestão de Riscos da Anatel e o Comitê de Gestão de Riscos. Nos dizeres do Voto nº 39/2017/SEI/PR (SEI nº 1780014), no qual se fundamentou a aprovação da supracitada portaria:

4.13. O Tribunal de Contas da União - TCU indica como benefícios do desenvolvimento de uma política de gestão de risco, o aumento da eficiência das ações das agências, o melhor atingimento dos objetivos institucionais e maior transparência e controle das atividades pela sociedade.

(...)

12.14. A quebra do *enforcement* linear para obrigações diversas, levada a cabo pela ANAC, é premissa que igualmente compõe a presente proposta conforme acima apresentado. Tal modalidade de atuação, como visto, deverá presidir inclusive os juízos de revisão e criação normativa da Anatel. No mais, a consideração do “risco” como variável de relevo para a atuação regulatória coincide com a estrutura de priorização prevista no RFR.

75. Nessa perspectiva, também se mostra relevante que o novo modelo contemple possibilidades de atuação da Administração que sejam proporcionais aos riscos identificados e à postura dos administrados, conforme Análise nº 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033):

4.155. Os princípios da Fiscalização Regulatória estão elencados no art. 6º, dentre os quais destaco a atuação integrada e coordenada entre os órgãos da Anatel (âmbito interno) e a atuação de forma responsiva, com a adoção de medidas proporcionais ao risco identificado e à postura dos Administrados (atuação externa).

76. Observa-se, assim, que as principais características buscadas pela Anatel para o novo modelo sancionador são: a) alinhamento do modelo com a teoria da regulação responsiva (aplicação de sanções precedida de diálogo, escalada de sanções da mais leve para a mais grave, conforme as ações do autuado diante do problema); b) ampliação da discricionariedade, a partir de uma atuação da Administração mais flexível e adaptativa; c) redução do custo regulatório, a partir de um modelo embasado em gestão de riscos; e d) que o novo modelo contemple possibilidades de atuação da Administração que sejam proporcionais aos riscos identificados e à postura dos administrados.

3.2 DA DELIMITAÇÃO DOS ASPECTOS JURÍDICOS A SEREM ABORDADOS NA ANÁLISE DA PROCURADORIA

77. No âmbito da análise jurídica de propostas de atos regulamentares a serem editados pela Anatel, compete a esta Procuradoria se manifestar quanto à legalidade da proposta de regulamento.

78. Nesse sentido, essa análise deve abranger a conformidade da proposta de regulamento com a legislação de hierarquia superior à do ato que pretende ser editado e que seja aplicável ao tema objeto do regulamento.

79. Também se enquadra como uma preocupação da Procuradoria analisar se os dispositivos contemplados na proposta de regulamento se apresentam minimamente coerentes entre si, por mais que se saiba que, em diversas situações, a verificação da plena coerência entre dispositivos de uma norma depende de uma abordagem técnica, que avalie a própria relação entre o dispositivo e o objetivo buscado pela instituição da norma, no tocante àquele dispositivo.

80. Por exemplo, num modelo que envolve incentivos e sanções e, entre estas, algumas mais leves e outras mais graves, o olhar jurídico deve voltar-se para a existência de uma coerência mínima dos dispositivos, que possibilite enxergar a adequação do endereçamento das condutas lícitas, das ilícitas leves e das ilícitas graves.

81. Por outro lado, para verificar se a métrica dos incentivos e das sanções é plenamente coerente, inclusive à luz dos objetivos buscados (por exemplo, se uma atenuante tem aptidão para, de fato, incentivar o agente infrator a buscar a conduta que justifica a incidência da atenuante), é imprescindível que os aspectos sejam avaliados por um enfoque técnico, o que refoge à atuação desta Procuradoria.

82. Isso não impede, entretanto, que este órgão jurídico, ao observar alguma incoerência entre esses incentivos, sugira ao corpo técnico da Agência avaliar se os meios utilizados realmente são aptos a alcançar os objetivos desejados, bem como se manifeste pela ausência de motivação que justifique a previsão dos incentivos.

83. Assim, a análise jurídica que será apresentada neste Parecer não tem a pretensão de examinar se as sanções aplicáveis, em casos concretos, são suficientes e adequadas à reprovabilidade das infrações objeto da punição, bem como se o modelo proposto, de modo geral, mostra-se suficiente e adequado para punir as infrações à regulamentação e à legislação do setor de telecomunicações e se contempla ameaças críveis capazes de estimular que os administrados cumpram as obrigações do setor, ante o risco de seus descumprimentos virem a ser apurados e punidos pela Anatel.

84. Os riscos identificados pela Procuradoria, entretanto, serão apresentados, com o objetivo de que a Agência pondere acerca dos riscos no exercício de sua discricionariedade, inclusive à luz do dever

de motivar suas decisões.

85. Também não está abrangida na análise jurídica desta Procuradoria a avaliação quanto ao nível de detalhamento e à delimitação da discricionariedade no exercício das diversas etapas que compõem o processo administrativo sancionador, conforme os diversos tipos de infração.

86. Sobre esse aspecto, é importante que a Agência avalie se a norma proposta tem detalhamento suficiente para que as rotinas administrativas possam, em grande medida, ser facilmente realizadas pelos diversos servidores que atuam nessa matéria e os processos não fiquem, em grande volume e em relevante parte do tempo, pendentes de decisões discricionárias que costumam ser tomadas por servidores de nível hierárquico mais elevado.

87. Nesse sentido, compete à Procuradoria advertir que as alterações propostas para o RASA quanto à classificação de infrações, leves, médias e graves (art. 9º), e quanto ao cabimento de sanção de advertência e de multa (arts. 12 e 17-A), adotam conceitos muito abertos cuja aplicação pode variar muito, conforme o entendimento pessoal do agente público responsável pela condução do processo, bem como há o risco de os conceitos abertos virem a se transformar em grandes pontos de litígio no contencioso administrativo e judicial.

88. O RASA atual, embora possa ser aprimorado, apresenta conceitos que claramente dependem menos de interpretações pessoais, o que facilita a aplicação de suas normas pelos servidores responsáveis pela condução desses processos.

89. Vale repetir: a adoção de conceitos mais abertos ou mais fechados para aplicação de regras que dizem respeito à aplicação de sanções administrativas se situa no âmbito da discricionariedade administrativa. Cabe a esta Procuradoria tão somente advertir para as dificuldades que os conceitos demasiadamente abertos podem implicar na prática administrativa.

90. Do mesmo modo, também não compete a esta Procuradoria avaliar se há evidências suficientes para concluir que o modelo atual tem desempenho ruim, se a aplicação de sanções pela Anatel tem levado as prestadoras a alterar suas condutas infratoras, de modo a conformá-las com as exigências da regulamentação e da legislação aplicáveis, ou se há informações que justificam a convicção de que o modelo ora proposto trará resultados substancialmente superiores ao do modelo atual.

3.3 DOS DISPOSITIVOS QUE ENDEREÇAM OS ASPECTOS PRINCIPAIS DA PROPOSTA DE REGULAMENTO

91. Conforme explanado acima, em linhas gerais, as principais críticas que a Agência faz quanto à sua atuação sancionadora são as seguintes: a) o processo administrativo sancionador é ineficiente; b) demanda altos custos; c) sua longa duração, aliada ao fato de as multas comumente serem discutidas no Poder Judiciário, retarda a execução da decisão proferida pela Agência; e d) a aplicação de multas pela Anatel não tem alcançado o propósito de alterar, de fato, o comportamento das prestadoras infratoras.

92. Com o objetivo de resolver os aspectos críticos de sua atuação sancionadora, a Anatel trabalha num novo modelo sancionador que apresente as seguintes características: a) alinhamento do modelo com a teoria da regulação responsiva (aplicação de sanções precedida de diálogo, escalada de sanções da mais leve para a mais grave, conforme as ações do atuado diante do problema); b) ampliação da discricionariedade, a partir de uma atuação da Administração mais flexível e adaptativa; c) redução do custo regulatório, a partir de um modelo embasado em gestão de riscos; e d) que o modelo contemple possibilidades de atuação da Administração que sejam proporcionais aos riscos identificados e à postura dos administrados.

93. Para alcançar esses objetivos, a Agência trabalha na elaboração de uma Resolução que altera dispositivos do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória e revoga o Regulamento de Fiscalização, aprovado pela Resolução nº 596, de 6 de agosto de 2012.

94. No presente Parecer, essas alterações normativas serão analisadas em três grandes partes: a) na primeira, será estudada a premissa central dessas alterações normativas, na qual será analisado o art. 45 da proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória, bem como os dispositivos que tratam da infração de obstrução à atividade fiscalizatória; b) na segunda parte, serão analisadas as alterações no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012; e c) a terceira parte cuidará dos demais assuntos da proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória.

95. Em relação à premissa central dessas alterações, é possível considerar que as alterações mais substanciais propostas pela Agência se fundam na possibilidade abstrata e geral de a Anatel, diante da ocorrência de quaisquer infrações administrativas, decidir se atuará por meio de medidas que não tenham caráter sancionador e deixar de instaurar PADO, a depender da conduta apresentada pelo atuado em resposta à atuação da Agência.

96. As medidas de caráter sancionador correspondem àquelas previstas no art. 173 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e às sanções de obrigação de fazer e de obrigação de não fazer previstas no art. 68 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997

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

- I - advertência;
- II - multa;
- III - suspensão temporária;
- IV - caducidade;
- V - declaração de inidoneidade.

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999

Art. 68. 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.

97. As medidas apresentadas na proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória constam do art. 43 e dos incisos I e II do art. 53 da proposta. As medidas de conteúdo sancionador foram endereçadas no inciso III do art. 53 da proposta. Vejam-se os dispositivos:

Art. 43. São consideradas como medidas preventivas ou reparatórias, dentre outras:

- I - Divulgação de Informações;
- II - Orientação aos Administrados;
- III - Notificação para Regularização;
- IV - Plano de Conformidade; e
- V - imposição ao Administrado de Medida Cautelar.

Parágrafo único. A Anatel deve dar publicidade às medidas adotadas e a seus resultados.

Art. 53. O processo de Controle é efetuado, dentre outras, pela adoção das seguintes medidas:

- I - divulgação de informações;
- II - imposição ao Administrado de Medida Cautelar;
- III - instauração de Pado;

98. A proposta prevê a possibilidade de a Agência, no caso de condutas irregulares, atuar com base nessas medidas previstas nos arts. 43 e 53, sendo que, se após a adoção de alguma das medidas preventivas ou reparatórias previstas no art. 43 da proposta regulamentar, houver regularização da conduta, o processo administrativo será arquivado na forma do art. 45 da proposta.

99. Nesse sentido, vejam-se os dispositivos da proposta que tratam da possibilidade de a Agência valer-se dessas medidas, bem como a previsão de que a regularização da conduta da prestadora implica o arquivamento do processo administrativo:

Art. 13. O processo de Acompanhamento abarca o conjunto de medidas destinadas ao acompanhamento, monitoramento, análise e verificação do cumprimento da legislação e da regulamentação, e das condições de prestação dos serviços, incluindo aquela realizada mediante ação de Fiscalização, bem como de medidas de prevenção e de reparação.

Art. 14. A conclusão do acompanhamento pode resultar, isolada ou conjuntamente, em:

- I - imposição ao administrado de medidas preventivas ou reparatórias;
- II - imposição ao administrado de medidas de Controle;
- III - composição de base de dados para reavaliação nos próximos ciclos.

Art. 42. A Anatel poderá determinar a adoção de medidas preventivas ou reparatórias que visem prevenir condutas de forma tempestiva, cessar ou reduzir o impacto aos consumidores e ao setor.

Parágrafo único. A adoção de medidas reparatórias interrompe a prescrição da pretensão punitiva conforme prescreve art. 2º, inciso IV, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.

Art. 44. O acompanhamento e a declaração de cumprimento de medidas preventivas ou reparatórias ou de seu descumprimento devem ser realizados pela autoridade que aprovou a adoção da respectiva medida.

Parágrafo único. A declaração estabelecida no caput será exarada mediante Despacho Decisório.

Art. 45. A regularização da conduta acarretará o arquivamento do processo de acompanhamento, sem a adoção de Medidas de Controle previstas neste Regulamento.

100. O art. 45 prevê que a regularização da conduta acarretará o arquivamento do processo de acompanhamento, sem a adoção de Medidas de Controle, o que afasta, portanto, a instauração de um processo administrativo punitivo nesses casos. Tendo em vista que o dispositivo fala em "regularização da conduta", esse dispositivo seria aplicável para situações em que houve uma situação irregular, que, no entender desta Procuradoria, conforme será explanado adiante, configura infração administrativa, porém a infração foi cessada em momento posterior à sua configuração, mediante alteração de conduta da prestadora. Nessa perspectiva, cumpre analisar se seria possível juridicamente a não instauração PADO quando ocorre a cessação da conduta infratora.

101. No âmbito do setor de telecomunicações, as obrigações das prestadoras de serviços de telecomunicações são estabelecidas mediante a edição de diversos atos normativos.

102. Há obrigações estabelecidas por leis ordinárias, por Decretos do Presidente da República, por Resoluções editadas pela Anatel e também há obrigações que são estipuladas em atos de efeitos concretos da Anatel que consubstanciam determinações endereçadas para as prestadoras, das quais a medida cautelar é um exemplo.

103. Assim, no setor de telecomunicações, essas normas de diversas origens estabelecem os resultados e as condutas esperadas das prestadoras de serviços de telecomunicações, de modo que a infração administrativa se configura simplesmente pela não realização do resultado ou da conduta

esperada em norma cogente.

104. Essa relação entre edição da norma com previsão das condutas e resultados esperados, realização de condutas e resultados obtidos pelas prestadoras e configuração de infração administrativa (nos casos em que não se alcança o resultado ou a conduta esperada) tem seu fundamento jurídico no art. 173 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997:

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

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V - declaração de inidoneidade.

105. Cabe mencionar que, para outras áreas do Direito, adota-se sistemática diversa, em que as normas prevêm as condutas ilícitas que, uma vez ocorridas, configuram infrações.

106. No Direito Penal, a realização de um crime (espécie de ilícito penal) depende da previsão na legislação do comportamento ilícito classificado como crime pelo legislador, sendo que a pena aplicável ao crime também deve constar da legislação, conforme inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

107. No Direito Ambiental, as infrações administrativas e as correspondentes sanções são definidas a partir da previsão dos comportamentos ilícitos no Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. A título de exemplo, veja-se o art. 44 do referido Decreto:

Art. 44. Cortar árvores em área considerada de preservação permanente ou cuja espécie seja especialmente protegida, sem permissão da autoridade competente:

Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) por hectare ou fração, ou R\$ 500,00 (quinhentos reais) por árvore, metro cúbico ou fração.

108. Em relação à legislação de trânsito, as infrações administrativas e as respectivas sanções também são definidas a partir da delimitação das situações de comportamentos ilícitos. Nesse caso, a principal norma que define os comportamentos ilícitos e as respectivas sanções é a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código Brasileiro de Trânsito, sem prejuízo da previsão de outros ilícitos administrativos em Resoluções do CONTRAN (parágrafo único do art. 161 da Lei nº 9.503, de 1997). Veja-se, por exemplo, o art. 218 da Lei nº 9.503, de 1997:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

109. A Lei nº 9.472, de 1997, por outro lado, em vez de definir um a um quais seriam os comportamentos ilícitos que ensejariam a aplicação de sanção administrativa, previu (art. 173) que estão sujeitas às sanções administrativas as situações de "infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência".

110. Observa-se, assim, que Lei nº 9.472, de 1997, trilhou caminho diferente. A expressão infração foi utilizada não como um determinado comportamento ilícito especificado em dispositivo específico, mas sim como um sinônimo de descumprimento, na medida em que, em vez de o art. 173 referir-se a dispositivos que especificassem comportamentos ilícitos (se utilizasse, por exemplo, a expressão, "nas infrações previstas nesta Lei"), fez-se a opção de a Lei não especificar os comportamentos ilícitos e prever que a imposição de sanções ocorreria para toda e qualquer "infração

desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres” previstos em atos de outorga.

111. Assim, a expressão “*infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis*” deve ser lida como “descumprimento desta Lei ou das demais normas aplicáveis”, o que inclusive é corroborado pela outra parte do dispositivo, que prevê a incidência de sanção para a “*inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência*”.

112. Nesse contexto, não se exige da Anatel que, no exercício de seu poder normativo, especifique os comportamentos ilícitos um a um e as sanções aplicáveis a cada comportamento. A LGT legitimou a possibilidade de a Anatel exercer seu poder normativo, mediante a edição de normas que prevejam a conduta ou o resultado esperado (o comportamento lícito) das prestadoras, sendo que o descumprimento dessas normas implica, no plano jurídico, o dever de a agência aplicar alguma sanção administrativa para o comportamento, independentemente de ter especificado na regulamentação o comportamento ilícito e a respectiva sanção atribuída a esse dado comportamento.

113. Veja-se, nesse sentido, ementa de Acórdão do Tribunal Regional Federal da Segunda Região que, em ação anulatória de multa aplicada pela Anatel, rejeita os argumentos apresentados pelo apelante (no caso, o autor da ação), e, para tanto, adota como um de seus fundamentos a não aplicação do princípio da tipicidade cerrada, para a Anatel.

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PROVA PERICIAL. CONCESSIONÁRIA DE TELECOMUNICAÇÕES. AGÊNCIA REGULADORA. ANATEL. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E DESVIO DE FINALIDADE NÃO CONFIGURADOS. MULTAS. PGMU. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PODER NORMATIVO. LEGALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS. APRECIÇÃO EQUITATIVA DOS HONORÁRIOS. INAPLICÁVEL.

1. Apelação interposta contra sentença que julga improcedentes os pedidos da demanda pelo procedimento comum, proposta pela apelante, que busca a declaração de nulidade das multas aplicadas em procedimentos administrativos de apuração por descumprimento de obrigações – PADO, ou, subsidiariamente, a redução dos seus valores (valor total atualizado até agosto de 2015: R\$ 1.042.105,58).

2. (...).

9. O poder normativo da ANATEL, pertinente à atividade sancionatória, está de acordo com sua lei regente e com a relação de sujeição especial que as concessionárias se submetem por meio da celebração dos contratos de concessão. Além disso, os atos normativos que regem as multas sob discussão não se confundem com decretos autônomos, uma vez que respeitam, formal e materialmente, os parâmetros, limites e diretrizes da Lei nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações, e o art. 21, XI, da CF. Por fim, a tipicidade cerrada, taxatividade e legalidade estrita não se coadunam com a atividade estritamente técnica, típica dos setores de regulação. Assim, incabível o pleito de nulidade das multas sob a alegação de deslegalização ampla ou abdicação legislativa. Precedentes: STF, Tribunal Pleno, ADI 4874, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe 1.2.2018; TRF2, 5ª Turma Especializada, AC 0002471-97.2012.4.02.5101, Rel. Des. Fed. ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, DJe 13.2.2019; STJ, 2ª Turma, REsp 1.796.278, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 22.4.2019.

10. A apreciação equitativa para fixação dos honorários sucumbenciais somente tem lugar quando o proveito econômico for inestimável ou irrisório, ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, que não é o caso sob apreço (TRF2, 5ª Turma Especializada, AG 5000464-77.2019.4.02.0000, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, julgado em 30.4.2019).

11. Com base no art. 85, §11, do CPC, cabível majoração recursal dos honorários no montante de 1%, que são somados aos anteriormente arbitrados, devendo ser respeitados os limites e gradação do art. 85, §§ 3º, 5º e 6º, do CPC. 12. Apelação não provida.

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Quinta Turma Especializada, rel. Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro, processo n. 0006990-18.2012.4.02.5101, data de julgamento 24/09/2019, disponibilizado no e-DJF2R em 01/10/2019) (grifos nossos)

114. Dessa forma, uma vez ocorrido o descumprimento de alguma norma do setor de telecomunicações, seja editada pela Anatel, pelo Poder Executivo ou pelo Congresso Nacional, surge para a Anatel a competência de (i) apurar o descumprimento (infração), assegurando a observância das garantias da ampla defesa e do contraditório, e, (ii) caso confirmada a ocorrência da infração, aplicar alguma sanção administrativa (seja alguma das sanções previstas no art. 173 da LGT ou uma sanção de obrigação de fazer ou de não fazer que se encontram previstas na Lei nº 9.784, de 1999).

115. O exercício dessa competência pela Anatel não representa uma faculdade, mas sim um dever, de modo que, diante de um descumprimento de uma norma, não há discricionariedade quanto ao dever de apurar o descumprimento, e uma vez apurado o descumprimento (infração), há o dever de aplicar alguma sanção administrativa para o descumprimento. A discricionariedade reside na escolha da sanção que deve ser aplicada para a infração, após a oportunidade de exercício de defesa pelo autuado e uma vez identificada a reprovabilidade da infração praticada.

116. Dessa forma, no plano jurídico, ocorrido o descumprimento, há um dever de apurá-lo e puni-lo (após a observância da ampla de defesa e do contraditório) e esse dever não se encontra excepcionado pela regularização da conduta infratora, de forma que a legislação não autoriza que a regulamentação excepcione o dever de que sejam aplicadas sanções administrativas para os descumprimentos das normas.

117. Essa leitura do art. 173 da LGT é feita por esta Procuradoria desde a edição do Parecer nº 876/2009:

73. Por meio das lições doutrinárias acima expostas, vê-se que o poder discricionário só é cabível nos casos em que o legislador dá ao administrador uma série de condutas cuja aplicação seria possível, ou seja, deixa ao administrador a opção de escolher, conforme a conveniência e oportunidade, qual, dentre as condutas legalmente admitidas, será a aplicada.

74. Retomando a análise do art. 173 da LGT, observa-se que este dispõe que “A infração desta Lei (...) sujeitará os infratores às seguintes sanções (...)”. Somente com o fim de facilitar o trabalho interpretativo, considere-se que o artigo houvesse sido escrito simplesmente conforme neste momento citado. Vê-se que há uma relação de causalidade entre os termos “infração desta Lei” e “sanções”, relação esta ligada por um termo que deixa clara a idéia de obrigatoriedade, qual seja, o termo no imperativo “sujeitará”.

75. Diante de tal exercício hermenêutico, há de se questionar se nos termos do art. 173 da LGT o legislador concedeu ao administrador a liberdade para aplicar ou não determinada sanção diante de infrações. Ora, por tudo o que foi explanado acima, entende-se que a única resposta possível é a negativa. Constatada a infração pela Agência, esta possui o dever legal de instaurar o devido processo de apuração de descumprimento de obrigação e, por consequência, a não apuração configura descumprimento do dever legal, passível de responsabilização.

76. Feitos os presentes comentários e com base nos pressupostos acima descritos tem-se que analisar a possibilidade de notificação prévia ou notificação para regularização. As contribuições apresentadas foram no sentido de dar uma oportunidade às empresas infratoras para adequarem suas condutas antes da instauração de PADO.

77. De fato, não há qualquer óbice jurídico à notificação da empresa para que esta regularize a sua conduta (ativa ou omissiva) e repare o eventual dano. Tal regularização é, na verdade, um dos escopos da imposição das sanções pela Anatel, assim como o incentivo aos entes e cidadãos regulados para que não voltem a infringir os regulamentos e demais normas desta Agência. Um dos objetivos principais da Agência é justamente fazer com que os entes regulados prestem um serviço com elevado nível de satisfação aos seus clientes, sendo a reparação e o imediato ressarcimento dos eventuais prejuízos fatores que inclusive devem ser positivamente valorados.

78. Do mesmo modo, é a situação em que o sujeito de direito cessa espontaneamente a infração. Nestes casos, não seria sequer necessária qualquer atuação direta da Agência para a regularização da situação, pelo que, tal atitude deve ser também valorada de forma positiva pela Agência.

79. Embora possíveis e, de fato, louváveis tais atuações reparatórias por parte dos infratores, o legislador não deixou ao âmbito da discricionariedade administrativa a decisão quanto a aplicação ou não de sanções. Como já amplamente debatido, a relação que há entre a infração e a sanção é de vinculação obrigatória e necessária, razão pela qual, a infração deve ser apurada e sancionada pela Anatel, devendo esta, por óbvio, levar em consideração a regularização da situação infringente e o ressarcimento de eventuais danos, como forma de atenuar a aplicação da sanção.

118. Desde a edição do Parecer nº 876/2009, esse entendimento da Procuradoria foi reafirmado em outras oportunidades. Nesse sentido, vejam-se trechos da Conclusão do Parecer nº 895/2012/LCP/PFE/ANATEL/PGF/AGU, o qual analisou a proposta de Regulamento de Acompanhamento e Controle das Obrigações do Serviço Telefônico Fixo comutado – STFC:

b) Pela leitura do art. 173 da Lei Geral de Telecomunicações – LGT, não é razoável se concluir pela possibilidade de notificação da empresa para a regularização da situação que acarretou o descumprimento de obrigações sem a necessária instauração do correspondente processo para verificação das irregularidades, que culmine com a aplicação de sanções se a infração for comprovada.

c) Ou seja, só pelo fato de as empresas de telecomunicações descumprirem as obrigações a que estão sujeitas, devem-lhe ser aplicadas sanções nos termos do art. 173 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT. Portanto, não está no campo de discricionariedade do administrador a decisão sobre a abertura de PADO. Cometida a infração, o correspondente processo administrativo sancionatório deve ser instaurado, com a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

d) Nada impede, no entanto, a notificação da empresa para regularizar as situações infringentes e o ressarcimento de eventuais danos causados. É até mesmo interessante que a prestadora assim o faça. Mas a regularização não será suficiente para afastar a responsabilização pelo descumprimento de obrigações, malgrado possa ser considerada na aplicação da sanção como circunstância atenuante.

e) Desse modo, a proposta de regulamento em exame carece de legalidade quando permite a não instauração de PADO após a constatação de indícios do cometimento de infrações às normas atinentes aos serviços de telecomunicações. O acompanhamento e controle das obrigações a que estão sujeitas as prestadoras é totalmente crível e, até mesmo, necessário. Porém, não pode contrariar normas de hierarquia superior.

119. Na mesma perspectiva, o Parecer nº 1071/2013/PFE-Anatel/PGF/AGU, ao analisar a proposta de regulamento para estabelecer critérios e procedimentos para a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta – TAC’s, concluiu pela impossibilidade de o Regulamento admitir a celebração de TAC’s cujos compromissos se restringissem à cessação das condutas infratoras. Vejam-se trechos do Parecer:

178. Por outro lado, como se disse, a celebração do TAC não deve dispor apenas sobre a cessação da conduta irregular, a reparação aos usuários e as providências a serem adotadas pela compromissária para que infrações de igual natureza não se repitam. Tais medidas já podem e devem ser determinadas pela Anatel e advêm pura e simplesmente do descumprimento ao ordenamento jurídico e à regulamentação setorial. Se o acordo servisse apenas a tal finalidade, a Anatel estaria passando uma mensagem segundo a qual a prática da infração é compensatória, já que sua ação, no caso, significaria mera notificação para regularização. Considerando que a regularização já é uma providência ínsita à caracterização da infração, o acordo de ajustamento de conduta que apenas previsse tal aspecto pecaria por insuficiência, sobretudo quando envolve, tal como proposto, valores de multas aplicadas ou em vias de sê-lo. Quanto ao ponto, diga-se, esta Procuradoria já se manifestou por meio do Parecer nº 876/2009/PGF/PFE-Anatel: (...)

179. Nesse sentido, como já restou demonstrado por esta Procuradoria por meio do Parecer nº 1287/2012/JCB/LCP/MGN/PFS/PFE-ANATEL/PGF/AGU, “para que o TAC seja válido a extinguir o processo sancionador em curso, deverá, necessariamente, além de abarcar as condutas ilegais da prestadora (violação às leis, regulamentos e contrato de concessão), estabelecer sempre um plus obrigacional em relação aos deveres que ordinariamente lhe são impostos. Assim, além do compromisso de passar a cumprir aquilo que já lhe era imposto, à empresa cabe assumir novas obrigações alheias ao arcabouço regulatório vigente, mas com ele relacionadas, visando ao desenvolvimento do setor de telecomunicações e à proteção dos usuários”.

120. Veja-se, a propósito, que essa obrigatoriedade de a Anatel, no atual quadro legal, continuar aplicando sanções pela prática de infrações administrativas, mesmo na hipótese de serem postas à disposição da Agência todas as demais medidas preventivas ou de controle elencadas na proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória, já tinha sido alertada por este órgão de assessoramento jurídico no Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU, exarado nestes autos antes da submissão da Minuta de Resolução à Consulta Pública, nos seguintes termos:

3.2. Forma de atuação da Agência. Do processo de controle.

37. A presente proposta tem como premissa a alteração do foco e da forma de atuação da Agência, que consiste em trasladar o foco reativo para uma atuação mais proativa e responsiva. Nesse ponto, vale citar os seguintes trechos do Informe nº 3/2016/SEI/COQL/SCO:

(...)

38. O objetivo da proposta é alcançar maior efetividade da Agência, ao promover incentivos à resolução célere de irregularidades cometidas pelos administrados.

39. Pois bem. No que se refere ao Processo de Controle, os artigos 32 e 33 da Minuta de Regulamento de Fiscalização Regulatória, tratam de suas regras gerais, verbis:

(...)

40. Como se vê, **são previstas várias medidas de controle, que podem ser adotadas inclusive previamente à adoção de medidas punitivas**. Com isso, a Agência pretende prever não só a correção, mas também a prática de condutas que caracterizem riscos regulatórios ou indícios de infração.

41. Nesse ponto, cumpre a esta Procuradoria destacar que, de qualquer sorte, **ainda que sejam impostas outras medidas de controle, uma vez identificados indícios de infração, não há como afastar a necessidade de instauração de procedimento sancionador, para apuração da infração e aplicação da sanção cabível**. Nesse caso, não há de se falar em discricionariedade da Agência. Essa premissa, no entanto, não parece estar clara na proposta. Dessa feita, esta Procuradoria sugere que seja feito um ajuste na redação do §1º do art. 32. Por exemplo, pode ser utilizada a seguinte redação:

Proposta de redação da PFE:

Art. 32 O processo de Controle é efetuado, dentre outras, pela adoção das seguintes medidas:

I - divulgação de informações;

II - orientação aos Administrados;

III - Plano de Ação;

IV - Medida Cautelar;

V - Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado);

VI - Processo Administrativo Fiscal (PAF);

VII - Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC).

§ 1º As medidas de Controle previstas nos incisos I, II, III, IV e VII, podem ser adotadas em conjunto ou separadamente, devendo ser avaliada, para cada situação, a mais adequada.

§ 2º Constatados indícios de infração ou de descumprimento de obrigação tributária, deve ser instaurado PADO ou PAF, conforme o caso.

§ 3º As medidas previstas nos incisos IV, V, VI e VII deste artigo seguem o rito previsto no Regimento Interno da Anatel ou em regulamentação específica.

Art. 33 Quando identificados riscos regulatórios ou indícios de infração, a Anatel, ~~previamente~~ **previamente prévia ou concomitantemente** à adoção de medidas punitivas, deve, sempre que possível, adotar medidas de Controle que visem prevenir e corrigir condutas de forma tempestiva, objetivando cessar ou reduzir o impacto aos consumidores e ao setor.

42. Assim, restará claro que, **uma vez constatados indícios de infração** ou descumprimento de obrigação tributária, **a adoção de outras medidas de controle, que não o PADO e o PAF, inclusive aquelas preventivas, não afastam a necessidade de instauração do respectivo processo administrativo.** Nesse caso, **outras medidas de controle podem até mesmo influenciar a aplicação da pena,** como é o caso da previsão de circunstância atenuante atinente ao cumprimento do Plano de Ação, **mas isso não significa o seu afastamento após o curso do respectivo processo sancionador.** (grifos nossos)

121. Esse entendimento, inclusive, foi objeto de expressa concordância da área técnica no Informe nº 1/2016/SEI/COQL7/COQL/SCO (documento SEI nº 0916283), *verbis*:

"3.11.1. Sobre os aspectos acima pontuados, os comentários da PFE-Anatel estão em linha com o entendimento desta área técnica, que procedeu aos ajustes na redação do art. 32 a fim de que reste clara a premissa de que, ainda que sejam impostas outras medidas de controle, uma vez identificados indícios de infração, subsiste a necessidade de instauração de procedimento sancionador, para apuração da infração e aplicação da sanção cabível. Tal premissa tem como base a Lei Geral de Telecomunicações, art. 173. (...)."

122. A Procuradoria também seguiu essa linha de entendimento no Parecer nº 173/2015/PFE-ANATEL/PGF/AGU e no Parecer nº 268/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU, o que demonstra que, há anos, este é o entendimento adotado pela Procuradoria, manifestado em diversas oportunidades.

123. Quanto ao necessário sancionamento na hipótese de prática de uma infração administrativa, confirmam-se os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (*in Manual de Direito Administrativo*. 25. Ed., rev. ampl. e atual. até a Lei n. 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8), *verbis*:

A fiscalização apresenta duplo aspecto: um preventivo, através do qual os agentes da Administração procuram impedir um dano social, e um repressivo, que, em face da transgressão da norma de polícia, redundará na aplicação de uma sanção. Neste último caso, é inevitável que a Administração, deparando a conduta ilegal do administrado, imponha-lhe alguma obrigação de fazer ou de não fazer.

124. Ademais, vale mencionar que, especificamente para o descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade, o art. 82 da LGT prevê que deve ser aplicada sanção de multa, caducidade ou decretação de intervenção. Veja-se o dispositivo:

Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

125. O art. 45 da proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória, por sua vez, prevê:

Art. 45. A regularização da conduta acarretará o arquivamento do processo de acompanhamento, sem a adoção de Medidas de Controle previstas neste Regulamento.

126. Esse dispositivo preceitua que a regularização da conduta acarretará o arquivamento do processo de acompanhamento, sem que haja um processo punitivo (enquadrado como Medida de Controle na proposta de regulamento) no qual se verifique a prática da infração e aplique a sanção administrativa correspondente.

127. O Informe nº 93/2019/PRRE/SPR (SEI 4320280), ao tratar desse tema faz referência a *"estudo aprofundado dos impactos da implementação de um modelo regulatório responsivo na Agência, com regulação apoiada em incentivos"*, elaborado no contexto de Termo de Execução Descentralizada (TED) firmado pela Anatel com a Universidade de Brasília (UnB).

128. A Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação apoiada em Incentivos na Fiscalização Regulatória de Telecomunicações teve como Meta 7 a elaboração do *"Estudo sobre correspondência entre modelos regulatórios apoiados em incentivos, em especial a regulação responsiva, e os princípios jurídico-constitucionais e a fiscalização regulatória da ANATEL"* (disponível no SEI 5040024).

129. Quanto à necessidade de instauração de PADO, nas situações em que o agente regulado toma medidas para corrigir o descumprimento, o estudo apresenta a seguinte análise:

"Trata-se provavelmente de questão para a qual confluem todas as reflexões da regulação responsiva, assim como todas as considerações expostas no presente relatório. Se o objetivo da regulação é assegurar o comportamento virtuoso e os resultados adequados, se o ilícito foi pontual e não decorreu de defeito de organização -- e, exatamente por isso, pode ser resolvido rapidamente -- ou se o ilícito resultou de defeito de organização que já foi corrigido inclusive estruturalmente, de modo a evitar, dentro do possível, novos descumprimentos, deixa de haver, como regra, a motivação racional para a aplicação da sanção. Obviamente que tal conclusão não se aplica a casos graves, como dolo -- incluindo a violação legal calculada --, reincidência, falhas inaceitáveis no monitoramento dos sistemas de *compliance* e governança, dentre outros. Em casos assim, a aplicação da sanção poderia se justificar mesmo após a solução do problema. Todavia, desde que o descumprimento não comprometa a relação de cooperação e confiança que se estabeleceu entre regulador e regulado e desde que atingidos, por outros meios, os resultados esperados, há boas

razões para se afastar a sanção, ainda que por meio de uma solução negociada, tal como já se ressaltou anteriormente."

130. Pela leitura dessa análise, observa-se que a premissa adotada no estudo é a de que há discricionariedade quanto à instauração de processo punitivo pela Anatel. A perspectiva adotada é a avaliação, com base no caso concreto e no histórico do infrator, quanto aos motivos existentes para instaurar ou deixar de instaurar um processo punitivo. Se, da análise desses aspectos, a Anatel concluir que a solução do infrator para o problema afasta a necessidade do exercício do poder punitivo, em tese, seria admissível que o processo punitivo deixasse de ser instaurado.

131. Com a devida vênia, o raciocínio adotado não considera o texto dos dispositivos legais em que o legislador endereçou a competência punitiva da agência reguladora. Em que pese a coerência apontada no modelo abstrato de regulação responsiva, a legislação vigente aplicável concretamente à Anatel não parece caminhar nesse mesmo sentido, quanto a esse aspecto da regulação responsiva. Conforme apresentado acima, e sem um juízo de valor a respeito do seu teor, o art. 173 da LGT prevê que, diante da ocorrência de uma infração, há um dever (e não uma faculdade) de a Agência apurar e punir a infração. Não cabe à Agência avaliar se a instauração de um processo punitivo é ou não uma boa medida, mas sim instaurar o processo e, uma vez confirmada a ocorrência da infração, aplicar a sanção suficiente e adequada para reprimir a infração, conforme sua reprovabilidade, que inclusive pode se restringir a uma advertência. Também é importante consignar que a regulação responsiva não se resume à simples possibilidade de não abertura de processo sancionador quando constatada uma infração.

132. A configuração da infração tem como elemento central o descumprimento de um dever, o qual é suficiente para que um determinado fato configure uma infração administrativa e, por conseguinte, implique o dever da Anatel de apurar e punir a infração.

133. Aspectos como a dimensão do dano ao serviço e aos usuários, a subsistência desse dano no tempo (o que envolve a regularização da conduta infratora), a gravidade da infração, o histórico do infrator (reincidência e agravantes) não foram elencados pelo legislador como motivos para justificar a não instauração do processo punitivo.

134. Pelo contrário, ao delimitar a competência sancionadora da Anatel o legislador previu que a Agência deve avaliar esses aspectos das infrações, "*na aplicação das sanções*" (art. 176 da LGT), o que pressupõe, naturalmente, que antes desse momento tenha havido fiscalização, instauração de processo punitivo, apresentação de defesa e de alegações finais. Veja-se o art. 176 da LGT, *in verbis*:

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

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

135. Observa-se, assim, que os aspectos indicados no estudo que seriam relevantes para a instauração ou não do PADO foram enquadrados pelo legislador ordinário como aspectos relevantes para a escolha da sanção adequada para a infração, após ter sido confirmada a prática da infração em processo que tenha assegurado a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa.

136. Não se desconhece a existência de setores regulados em que a competência sancionadora foi moldada de forma a possibilitar um juízo discricionário quanto à instauração do processo sancionador. A título de exemplo, veja-se o § 4º do art. 9º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, com a redação dada pela Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017:

Art 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá: (Redação dada pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001) (...)

§ 4º Na apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, a Comissão priorizará as infrações de natureza grave, cuja apenação proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado, e poderá deixar de instaurar o processo administrativo sancionador, consideradas a pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos. (Redação dada pela Lei nº 13.506, de 2017)

137. Conforme se pode ver, a redação do § 4º do art. 9º, apresentada acima, foi dada pela Lei nº 13.506, de 2017. Antes da edição desse diploma legal, esse dispositivo previa a seguinte redação:

Art 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2o do art. 15, poderá: (Redação dada pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001)

§ 4º Na apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, a Comissão deverá dar prioridade às infrações de natureza grave, cuja apenação proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado. (Parágrafo incluído pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001)

138. A partir da comparação da redação atual com a redação anterior, fica clara qual foi a modificação promovida pelo legislador em 2017. Antes da edição da Lei nº 13.506, de 2017, já havia a diretriz, prevista na legislação ordinária, desde a edição do Decreto nº 3.995, de 31.10.2001, para que, em relação à apuração das infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, a Comissão de Valores Mobiliários desse "*prioridade às infrações de natureza grave, cuja apenação proporcione maior*

efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado”.

139. Vale dizer: mesmo diante da diretriz da legislação ordinária para priorizar a apuração das infrações de natureza grave (que já existia na redação anterior à Lei nº 13.506, de 2017), para que a Comissão de Valores Mobiliários - CVM pudesse ter discricionariedade suficiente para “*deixar de instaurar o processo administrativo sancionador, consideradas a pouca relevância da conduta, a baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado e a utilização de outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos*”, entendeu-se necessária a alteração legislativa para conferir expressamente essa discricionariedade à CVM.

140. Ainda que fosse possível, em tese, argumentar que a diretriz de priorizar a apuração das infrações graves representasse fundamento jurídico suficiente para deixar de instaurar processos administrativos sancionadores para apurar infrações de baixa expressividade da lesão ao bem jurídico tutelado ou relativas a condutas pouco relevantes, entendeu-se necessária a edição de lei ordinária para conferir à Comissão de Valores Mobiliários a discricionariedade para não instaurar processos nesses casos, de modo que se conclui que sequer a diretriz de priorização de apuração de infrações mais graves era tida como suficiente para justificar a não instauração do processo punitivo para as infrações menos relevantes.

141. A Lei nº 13.506, de 2017, além de ter realizado a ampliação da discricionariedade da Comissão de Valores Mobiliários quanto à apuração de infrações administrativas, também ampliou a discricionariedade do Banco Central do Brasil nessa matéria, conforme arts. 11 e 19 da referida Lei:

Art. 11. O Banco Central do Brasil, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o processo administrativo destinado à apuração de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a, cumulativamente:

I - cessar a prática sob investigação ou os seus efeitos lesivos;

II - corrigir as irregularidades apontadas e indenizar os prejuízos;

III - cumprir as demais condições que forem acordadas no caso concreto, com obrigatório recolhimento de contribuição pecuniária, observado o disposto no art. 10 desta Lei.

§ 1º A apresentação de proposta de termo de compromisso não suspende o andamento do processo administrativo

§ 2º Na hipótese de processo administrativo já instaurado, a suspensão dar-se-á somente em relação ao acusado que firmou o termo de compromisso.

§ 3º A decisão do Banco Central do Brasil sobre a assinatura do termo de compromisso, nos termos deste artigo, será tomada por órgão colegiado previsto em seu regimento interno.

§ 4º O Banco Central do Brasil não firmará termo de compromisso nas hipóteses de que trata o art. 4º desta Lei.

Art. 19. O processo administrativo sancionador será instaurado nos casos em que se verificarem indícios da ocorrência de infração prevista neste Capítulo ou nas demais normas legais e regulamentares cujo cumprimento seja fiscalizado pelo Banco Central do Brasil.

§ 1º O Banco Central do Brasil poderá deixar de instaurar processo administrativo sancionador se considerada baixa a lesão ao bem jurídico tutelado, devendo utilizar outros instrumentos e medidas de supervisão que julgar mais efetivos, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da eficiência.

§ 2º A instauração do processo administrativo sancionador ocorrerá por meio de citação.

§ 3º Os atos e os termos processuais poderão ser formalizados, comunicados e transmitidos em meio eletrônico, observado o disposto nesta Lei, em regulamentação editada pelo Banco Central do Brasil e na legislação específica.

§ 4º As pessoas físicas e jurídicas sujeitas ao disposto nesta Lei deverão manter atualizados no Banco Central do Brasil seu endereço, seu telefone e seu endereço eletrônico, e também os de seu procurador, quando houver, e acompanhar o andamento do processo.

§ 5º O Banco Central do Brasil estabelecerá diretrizes, em regulamentação, para a aplicação do disposto no § 1º deste artigo.

142. Nota-se, assim, que também para o Banco Central do Brasil, a possibilidade de deixar de instaurar processo administrativo punitivo dependeu de alteração da legislação ordinária para contemplar expressamente essa possibilidade no exercício de sua competência sancionadora.

143. Ademais, é importante mencionar que os aspectos que o legislador indicou para ensejar a possibilidade de o processo deixar de ser instaurado pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil dizem respeito à baixa lesão ao bem jurídico tutelado.

144. No âmbito da LGT, a avaliação quanto ao dano praticado pela infração é uma análise que se faz no momento da aplicação da sanção (art. 176 da LGT), ou seja, a realização dessa análise pressupõe um processo administrativo instaurado no qual já houve oportunidade de prazo para o infrator apresentar sua defesa administrativa. Assim, diferentemente do que ocorre com a Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Banco Central do Brasil, o art. 176 da LGT impossibilita que a análise quanto ao dano da infração justifique a não instauração de um processo administrativo sancionador.

145. Observa-se que essas alterações promovidas quanto ao exercício da competência sancionadora da Comissão de Valores Mobiliários ou do Banco Central do Brasil tiveram por objetivo aspectos relativos a aumentar a eficiência da Administração Pública na condução de processos administrativos sancionadores.

146. O princípio da eficiência foi incluído expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição por

meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, e, conforme apresentado acima, o detalhamento das competências sancionadoras de agências reguladoras quanto à obrigatoriedade ou à facultatividade na instauração de processos administrativos sancionadores corresponde a matéria tratada na legislação ordinária.

147. Nesse sentido, é oportuno destacar que o Congresso Nacional, depois de ter editado a Lei nº 13.506, de 2017, por meio da qual permitiu a não instauração de processos administrativos sancionadores, por entender que essa regra seria importante para concretizar o princípio da eficiência para aquelas autarquias, já revisitou a LGT em três oportunidades (Lei nº 13.673, de 5 de junho de 2018, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 e Lei n. 13.879, de 3 de outubro de 2019) e em nenhuma dessas oportunidades realizou modificações nos dispositivos que tratam da competência sancionadora da Anatel, seja visando a uma condução mais eficiente de processos administrativos ou outro objetivo. Nesse contexto, afigura-se recomendável que a Agência inclusive avalie a pertinência de iniciar tratativas junto às instâncias pertinentes para que a LGT também passe a incorporar, nos moldes do que foi feita pela Lei nº 13.506, de 2017, a expressa discricionariedade quanto à instauração ou não do processo punitivo.

148. Nesse contexto, a invocação de que o princípio da eficiência justificaria o afastamento da regra dos arts. 82 e 173 da LGT se mostra temerária, haja vista que o Congresso Nacional tem competência para delimitar a discricionariedade da Anatel e os arts. 82 e 173 da LGT, ao realizarem essa delimitação, não se apresentam como dispositivos que violam o princípio constitucional da eficiência, que, justamente por se tratar de um princípio, pode receber conformações diferentes no ordenamento jurídico, a depender do setor regulado, sem que haja inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação ordinária que realizam essa conformação.

149. Assim, entende-se que a ampliação da discricionariedade da Agência quanto a deixar de instaurar processos sancionadores deve ocorrer mediante alteração dos arts. 82 e 173 da LGT, na linha das alterações promovidas na legislação afeta à Comissão de Valores Mobiliários e ao Banco Central do Brasil. Em eventual proposta de alteração desses dispositivos, caberia a avaliação também quanto ao §2º do art. 8º da Lei nº 5.070, de 1966, que exige a instauração de processo administrativo sancionador no caso de não pagamento de Taxa de Fiscalização de Funcionamento. Esse dispositivo, na matéria de que trata, também representa um limitador da discricionariedade quanto à instauração de processo administrativo punitivo, tal como o §2º do art. 8º do Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000, o qual trata da necessidade de instauração de PADO, no caso de não pagamento da Contribuição para o Fundo de Universalização de Telecomunicações - FUST.

150. Nesse sentido, sugere-se que a Agência avalie a conveniência e oportunidade de envidar esforços junto aos órgãos competentes no sentido de que seja apresentado projeto de lei que amplie a discricionariedade da Agência quanto à instauração de processos sancionadores (mediante alteração do art. 173 da LGT e revogação do art. 82 da LGT e §2º do art. 8º da Lei n. 5.070, de 1966) e no sentido de que seja revogado o §2º do art. 8º do Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000.

151. Em que pese a cessação da conduta infratora não possibilite que a Agência deixe de instaurar PADO, cabe salientar, todavia, que a definição de incentivos para estimular a cessação da conduta infratora com a maior brevidade possível, seja por meio do estabelecimento de atenuantes, agravantes, ou metodologias de cálculo de multa que consideram o período de duração da infração, não encontra óbice jurídico.

152. Os estímulos à cessação da conduta infratora consistiram num dos alicerces do Regulamento de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, na medida em que o Regulamento previu três atenuantes para a situação de o infrator cessar o descumprimento ou tomar medidas para atenuá-lo, as quais variam conforme a brevidade da atuação do infrator (incisos I, II e III do art. 20).

153. Vale acrescentar, ainda, que o Regulamento dedicou um Capítulo inteiro (Capítulo XV - arts. 25 a 30) para estabelecer um procedimento sumário para infrações de simples apuração, que apenas seria aplicável para os casos em que há cessação da conduta infratora até o prazo da defesa, e ressaltou a possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (art. 5º), o qual veio a ser disciplinado com a edição da Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, que aprovou o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC).

154. Observa-se, assim, que o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas contempla, em grande medida, mecanismos de incentivo à cessação da conduta infratora, e não se vislumbra óbice jurídico algum para os incentivos estabelecidos no Regulamento, na medida em que nenhum destes incentivos, na forma em que foram desenhados, contraria o disposto no art. 173 da LGT, uma vez que os descumprimentos ocorridos, mesmo após terem sido cessados, persistem como objeto de punição por meio de sanções administrativas. No tópico seguinte, esta Procuradoria apresentará algumas sugestões que envolvem esses incentivos.

155. Em que pese não haja óbice quanto à Agência estabelecer, por meio de regulamentação, incentivos para estimular a cessação da conduta infratora, o art. 173 da LGT não autoriza que a cessação de um descumprimento afaste a aplicação de sanção administrativa para o respectivo descumprimento, tampouco a apuração da infração em processo administrativo punitivo.

156. Cumpre salientar que a LGT não veda que o modelo sancionador da Agência (i) contemple o diálogo como ferramenta relevante para a resolução da situação causada pelo descumprimento e para a situação de que se originou o descumprimento e (ii) escalone medidas e sanções, conforme a gravidade da infração, o histórico de atuação do infrator, inclusive global, e a resposta do infrator, no caso concreto, quanto aos problemas causados pelo descumprimento e os fatos de que se originou.

157. Esses aspectos, inerentes à própria inteligência sancionadora, não encontram óbice na LGT, a qual prevê que diversos aspectos devem ser considerados na aplicação de sanções pela Agência e no cálculo de multa, entre os quais os danos para o serviço e para os usuários, o histórico do infrator

(reincidência e antecedentes), a ocorrência de má-fé por parte de administradores e a gravidade da infração, conforme arts. 176 a 179 da LGT, *in verbis*:

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

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

Art. 177. Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também serão punidos com a sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido de má-fé.

Art. 178. A existência de sanção anterior será considerada como agravante na aplicação de outra sanção.

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

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

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

158. Ocorre, entretanto, que, com base na legislação vigente, há patamares mínimos a serem observados no exercício da discricionariedade pela Anatel.

159. No caso de descumprimento de obrigações relacionadas à universalização e à continuidade, o patamar mínimo de atuação da Agência é a imposição de multa administrativa (art. 82 da LGT).

160. Para as demais infrações, ressalvadas aquelas para as quais a legislação determina a aplicação de um tipo específico de sanção, o patamar mínimo de atuação da Agência é a aplicação de advertência, devendo aplicar sanções mais gravosas para as situações em que se apresentem como as sanções suficientes e adequadas para reprimir a infração (art. 173 da LGT).

161. Dessa forma, o art. 45 da proposta de regulamento de fiscalização regulatória encontra óbice no art. 173 da LGT, de modo geral, e em relação ao descumprimento de obrigações de universalização e de continuidade, há empecilho adicional no art. 82 do mesmo diploma legal.

162. Para o caso de a Agência entender pela relevância de prever o arquivamento de processos de acompanhamento, nos casos em que foi constatado apenas risco de configuração de infração administrativa, o qual, posteriormente foi afastado por alteração de conduta da prestadora, sem que chegasse a configurar infração administrativa, entende-se que não há óbice jurídico quanto a essa previsão, sendo que a redação proposta pela Procuradoria para o inciso IV do art. 14 se mostra suficiente para endereçar o tema, conforme será explanado no tópico que trata do art.14.

163. A exclusão do art. 45 não inviabiliza os institutos previstos na proposta de Regulamento com o objetivo de incentivar a cessação da conduta infratora. Com efeito, ainda que se exclua o art. 45 da proposta de Regulamento, não haverá qualquer óbice para a incidência das atenuantes previstas no art. 20 no que diz respeito às situações em que a cessação da conduta infratora decorrente de alguma medida prevista no art. 14 atenda aos requisitos de algum dos incisos do art. 20. Essa lógica inclusive foi incorporada no parágrafo único do art. 48 da proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória:

Art. 48. No decorrer do processo de Acompanhamento, a Anatel poderá adotar a Notificação para Regularização, determinando prazo razoável para a correção de conduta do administrado, e considerando a proporcionalidade entre as ações específicas e as irregularidades identificadas.

Parágrafo único. Os resultados da Notificação para Regularização deverão ser considerados na avaliação de incidência dos atenuantes, bem como dos agravantes nos casos de não conformidade, previstos nos arts. 19 e 20 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.

164. Ademais, vale apresentar outras preocupações da Procuradoria quanto à atuação fiscalizatória da Agência que envolvem a aplicação do art. 45 e como ele se relaciona com outras normas objeto da proposta de Resolução ora analisada.

165. Com o Termo de Notificação (artigo 30), a entidade infratora terá a primeira oportunidade de cumprir a obrigação que já deveria ter cumprido sem sofrer qualquer reprimenda por isso, à luz do parágrafo 3º deste mesmo artigo. O art. 30 prevê:

Art. 30. As atividades ocorridas durante a Ação de Fiscalização devem ser registradas em relatório, descrevendo os procedimentos aplicados, as análises efetuadas e os resultados obtidos, do qual se fará Termo de Notificação (TN).

§ 1º. O Termo de Notificação será, emitido, preferencialmente, por meio eletrônico, pela Gerência responsável pelo tema, e deverá conter:

I - nome, endereço e qualificação da notificada;

II - descrição dos fatos levantados, em Sumário do Relatório de Fiscalização;

III - indicação de não conformidade;

IV - identificação do representante do órgão fiscalizador, com seu cargo, função, número da credencial e assinatura;

V - local e data da lavratura.

§2º Nos casos em que não seja possível o envio por meio eletrônico, o Termo de Notificação

será emitido em 2 (duas) vias , sendo uma entregue ou encaminhada ao representante legal da notificada ou ao seu procurador habilitado, para conhecimento e manifestação, se for o caso, sempre acompanhada, se existir, do respectivo Relatório de Fiscalização.

§3º Salvo nos casos de simples coleta de dados e informações, a área competente deverá, imediatamente após a conclusão do Relatório de Fiscalização, notificar o Administrado para, facultativamente e dentro do prazo consignado, manifestar-se sobre o objeto do Termo de Notificação, apresentando as medidas que foram ou serão adotadas para correção das condutas em desacordo com a legislação e a regulamentação.

§4º Quando da análise da manifestação do Administrado, a área competente para tratar o tema poderá solicitar outras informações julgadas necessárias ao melhor esclarecimento dos fatos relatados.

166. Caso não corrija sua conduta, a proposta de Regulamento ainda possibilita que a Anatel conceda à infratora várias outras oportunidades para cumprir suas obrigações inadimplidas sem qualquer punição ou constrangimento, na forma da observância às medidas preventivas ou reparatórias previstas no artigo 43, combinado com o artigo 45.

167. Vale registrar, desde logo, que a norma não veda a imposição de mais de uma medida preventiva ou reparatória de forma sucessiva, isto é, que estas sejam aplicadas após eventual descumprimento da anterior, possibilitando que a concessão de sucessivas oportunidades venha a representar enfraquecimento do poder estatal. Registre-se que voltaremos a tratar deste tema em tópico próprio deste opinativo.

168. Assim, por exemplo, uma segunda chance para que uma entidade infratora deixe de sofrer qualquer reprimenda em face de uma infração cometida poderia exsurgir em caso de recebimento de uma Notificação para Regularização (art. 43, III).

169. Ainda neste hipotético exemplo, caso permaneça sem regularizar sua conduta, esta entidade poderia ter uma terceira chance para evitar qualquer sancionamento, qual seja, apresentar um Plano de Conformidade (Art. 43, IV).

170. Caso cumpra seu Plano de Conformidade e, enfim, regularize sua conduta, evidentemente com a observância aos ditames dos artigos 49 e 50 que o regulam, o processo de acompanhamento será arquivado, sem a adoção de qualquer medida de controle, nos termos do artigo 45, dentre elas a instauração do PADO.

171. Caso, porém, a entidade continue descumprindo as obrigações e não regularize a sua conduta, ainda poderá ter uma quarta chance para evitar alguma sanção, qual seja, o recebimento de alguma medida de controle diversa da instauração do PADO, como a divulgação de informações (art. 53, I) ou medida cautelar (art. 52, II).

172. Veja-se que toda esta situação hipotética, embora extrema, estaria amparada no novo modelo de RFR ora em análise, daí porque a preocupação deste órgão jurídico com o enfraquecimento do poder regulador, sancionador e fiscalizatório da ANATEL.

173. Ou seja, em vez de prever estímulos para o cumprimento da regulamentação por parte das entidades atuantes no setor, vislumbra-se o risco de a proposta de Regulamento em análise vir a ensejar, em determinadas situações, um incentivo ao protelamento para o cumprimento de uma obrigação por um ente atuante no setor de telecomunicações, o que evidentemente está em descompasso com a maior premissa da regulação responsiva.

174. Se não bastasse tudo o que dito até o momento, o novo modelo de fiscalização regulatória também carece de aperfeiçoamento pelo que se dirá a seguir.

175. Com efeito, uma das principais razões para a adoção da regulação responsiva no âmbito da Anatel seria uma suposta baixa efetividade do modelo atualmente existente, de comando e controle, notadamente o pequeno índice de retorno das multas aplicadas no bojo de processos punitivos de longa duração na esfera administrativa que, após essa fase, ainda são objeto de discussão judicial. Confira-se o seguinte trecho do estudo elaborado pela Universidade de Brasília:

“Ocorre que tal estratégia regulatória não tem apresentado resultados compatíveis com os custos de se manter a estrutura reguladora necessária para a implementação de seus mecanismos sancionadores. Há um baixo índice de retorno na arrecadação das multas em conjunto com um alto grau de judicialização dos PADOs. Vejam-se, então, algumas evidências empíricas disponíveis sobre o tema.

(...)

Percebe-se, pois, que o insucesso do atual modelo regulatório não possui índole meramente teórica: desde 2009, o valor de multas constituídas é superior ao de multas arrecadadas pela Agência. Além disso, percebe-se que, do montante das multas não arrecadadas, 82,64% dos valores devidos estão suspensos judicialmente ou ainda inscritos no CADIN/Divida Ativa.

A estratégia adotada atualmente pela ANATEL demonstra justamente a ineficiência de um modelo baseado unicamente em sanções. Isso, porque, no bojo de tal agência, (i) as sanções são dispendiosas, recorrendo desperdiçando recursos financeiros em litigância, bem como tempo e pessoal no desenrolar dos procedimentos que envolvem a apuração e a aplicação dessas sanções. Demais disso, (ii) esses constrangimentos de natureza punitiva criam um jogo regulatório, em que as empresas buscam incessantemente formas de fugir à regulação e o Estado cria mais e mais normas para tentar colmatar as lacunas e brechas por elas achadas.

Extraí-se, portanto, que o problema de ineficiência do atual modelo se apresenta de forma concreta, não sendo mero recurso teórico. É que os recursos da agência, que já possuem natureza escassa, são drenados sem, contudo, apresentar os resultados esperados em contrapartida. Não por outro motivo, a ANATEL vem angariando esforços para alterar o seu

176. Entretanto, a minuta em análise mantém como conseqüência mais danosa para a inobservância das normas setoriais, isto é, como última medida a ser adotada pelo órgão regulador, exatamente a instauração de PADO e aplicação de multa, com uma pequena possibilidade de agravamento de seu *quantum* (até 40%, nos termos da proposta de inclusão do inciso IV ao artigo 19 do RASA), tudo isso depois de conceder duas ou três chances para as empresas efetivamente cumprirem com suas obrigações que já deveriam ter sido cumpridas.

177. Evidentemente, a depender da quantidade de chances conferidas ao autuado e considerando a necessidade de a Anatel, por tantas vezes, ter que fiscalizar se houve a efetiva cessação da conduta infratora, a duração do processo administrativo sancionador pode vir a ser alongada, na medida em que, entre infração e aplicação de sanção, foram criadas diversas etapas de tentativas de cessação da conduta infratora.

178. Ou seja, ao mesmo tempo em que utiliza como argumento a baixa efetividade da aplicação da sanção de multa para o cumprimento das normas setoriais, a minuta em análise prevê exatamente a aplicação de multa, ao lado da caducidade (por vezes restrita a hipóteses específicas), como derradeira medida para o descumprimento destas mesmas normas, após a superação de todas as etapas possíveis previstas no novo RFR.

179. Ora, como a possibilidade de judicialização desta eventual sanção de multa permanecerá ao alcance das empresas e, com isso, poderá ser mantido um dos supostos problemas do modelo de comando e controle atualmente existentes, resta justificada a preocupação deste órgão jurídico, acima exposta, no sentido de que, no fundo, é importante que os estímulos à cessação da conduta infratora sejam balanceados com ameaças críveis de incidência de sanções administrativas suficientes e adequadas para desestimular o descumprimento da medida preventiva ou reparatória e o descumprimento da legislação e da regulamentação.

180. É salutar que haja estímulos à breve cessação da conduta infratora, assim como é salutar que haja sancionamento ágil e efetivo para aqueles que tiveram a oportunidade de cessar a conduta infratora num prazo razoável e, mesmo assim, não o fizeram.

181. Assim, entende-se relevante que a Agência avalie se o modelo apresentado contempla ameaças críveis suficientes para que a ampla gama de oportunidades de cessação da conduta infratora não represente estímulo a (i) infratores passarem a deixar para cumprir a regulamentação apenas após alguma atuação da Anatel, (ii) autuados, em vez de cessarem a conduta infratora no primeiro momento que poderiam, adiem a cessação da conduta infratora, confiando nas múltiplas oportunidades de cessação da conduta infratora que o Regulamento prevê, (iii) infratores utilizarem as oportunidades concedidas em medidas preventivas ou reparatórias, com o objetivo de protelar a incidência de sanção administrativa, em vez de efetivamente adequar-se à disciplina do setor.

182. Por fim, considera-se oportuno registrar que muitos dos problemas acima apontados não estavam presentes na minuta de texto normativo anterior (documento SEI nº 3647195), a qual, após aprovação pelo Conselho Diretor, foi submetida à Consulta Pública nº 53/2018.

183. E mesmo o já citado estudo realizado pela UnB não trouxe referência ao estabelecimento de sucessivas oportunidades para cumprimento tardio das obrigações setoriais por uma entidade atuante no setor, de forma a afastar qualquer espécie de reprimenda em face dela.

184. Pelo contrário, verifica-se que o mencionado estudo deu especial destaque à previsão da aplicação de sanções mais brandas em caso de cumprimento de medidas preventivas ou reparatórias pelo administrado, como a ampliação do alcance da sanção de advertência e o estabelecimento de fatores de redução para as eventuais sanções de multas, isso tudo, frise-se, diante do cumprimento da obrigação setorial, ainda que tardio.

185. Confirmam-se os seguintes trechos do mencionado Estudo da UnB que abordam essa questão, *verbis*: (pp 84-87 - g.n)

“No que diz respeito aos outros dois Regulamentos - RFR e RASA - a Agência disponibilizou a minuta com as alterações pretendidas, por meio da Consulta Pública nº 53, de 26 de dezembro de 2018.

Quanto ao RFR, seu artigo 5º apresenta 7 (sete) premissas que nortearão a fiscalização regulatória da Agência. Para os fins do presente relatório, no entanto, destacam-se os seguintes incisos:

(a) inciso II (“prioriza a atuação, baseada em regulação por evidências e gestão de riscos, com foco e orientação por resultado”);

(b) inciso IV (“atuação de forma responsiva, com a adoção de regimes proporcionais ao risco identificado e à postura dos Administrados”);

(c) inciso VI (“previsão de mecanismos de transparência, de retroalimentação e de autorregulação”);

Em sentido convergente estão a redação do art. 60 do Regulamento e o parágrafo único incluído ao art. 9º do RFR, in verbis:

Art. 60. *Serão estabelecidos em regulamentação específica, os incentivos a serem adotados pela Anatel, no âmbito da Fiscalização Regulatória, para fomentar o cumprimento frequente e eficaz de obrigações pelas prestadoras de serviços de telecomunicações.*

Art. 9º Parágrafo único. *Deverão ser considerados pela Agência, na aplicação da sanção de multa, os seguintes critérios:*

1. A proporção entre o descumprimento das medidas preventivas ou reparatórias, a gravidade do descumprimento e o impacto para o serviço e consumidores.

2. A situação econômica e financeira do infrator, em especial sua penetração no mercado,

geração de receita e patrimônio.

3. O vulto da vantagem auferida, direta ou indiretamente, pelo infrator.

Nesses dispositivos, tem-se a incorporação de importantes vetores de responsividade regulatória. A ideia é a de que o Estado deve lançar mão da persuasão e de incentivos, primeiro, deixando a seara punitiva para um segundo plano. Conforme aduz a teoria da regulação responsiva, parte-se do pressuposto de que quanto menos evidente e poderosa for a técnica de controle utilizada para alcance da conformidade com as disposições normativas aplicável, será mais provável que ocorra a internalização da norma no comportamento do regulado. Dessa maneira, medidas de dissuasão ou incapacitação devem ser usadas apenas quando essa internalização deixar de ocorrer. Cuida-se da incorporação do princípio do mínimo suficiente em sede da ANATEL. Por meio desse, o Regulador deve ir somente até o ponto da pirâmide regulatória que seja suficientemente capaz de estabelecer o comportamento desejado, por parte do agente privado. Caso contrário, cada avanço para além do necessário diminui os efeitos benéficos da proposta responsiva.

No tocante ao RASA, a partir das inovações trazidas pelo art. 4º da minuta apresentada, **2 (dois) pontos podem ser destacados no que diz respeito à internalização de pressupostos da regulação responsiva. Primeiro, a alteração da redação do art. 9º do RASA, em conjunto com a inserção do art. 9º-A, bem como a nova redação do art. 12 desse regulamento.**

Art. 9º. A Agência aplicará a sanção de multa quando:

I - Não for cabível a aplicação da sanção de advertência;

II - o infrator tenha descumprido as medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas; ou

III - nos casos de:

a) risco à vida;

b) desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação, que cause interferências prejudiciais a outras estações regularmente autorizadas.

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

I - leve;

II - média; e

III - grave.

§ 1º A infração deve ser considerada leve quando não tenha o infrator auferido vantagem em decorrência do ilícito administrativo.

§ 2º A infração deve ser considerada média quando houver o agente causado dano potencial ao serviço com prejuízo efetivo, mas restrito à atividade específica ou a grupo limitado de usuários.

§ 3º A infração deve ser considerada grave quando houver:

a) dano direto com prejuízo efetivo e significativo ao serviço e aos usuários; ou,

b) má-fé; ou,

c) caracterização de óbice à atividade regulatória; ou

d) risco à vida.

Art. 12. A Agência aplicará a sanção de advertência, quando:

I - não justifique a imposição de pena mais grave ao infrator; ou

II - o fato constitutivo da infração for de conduta escusável; ou

III - as consequências da conduta forem de baixa ofensividade; ou

IV - o infrator tenha cumprido as medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas.

Com isso, a sanção de advertência passa a ocupar maior espaço na atuação regulatória da ANATEL, privilegiando-se a possibilidade de soluções negociais e dialógicas, especialmente nos casos em que o infrator tenha cumprido as medidas preventivas ou reparatórias vistas como necessárias (art. 12, IV). Por conseguinte, a sanção de multa passa a ser a última ratio (art. 9º, I) sendo, ainda, escalonada de acordo com a gravidade da infração cometida - leve, média ou grave (art. 9º-A).

Segundo, também é de suma importância a alteração da redação dos artigos 20 e 27 do RASA, verbis:

Art. 20. O valor da multa será reduzido, nos percentuais abaixo, caso incidam as seguintes circunstâncias atenuantes:

I - 90% (noventa por cento), nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, antes da intimação da instauração do Pado;

II - 70% (setenta por cento) nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, dentro do prazo estipulado pela Agência;

III - 50% (cinquenta por cento), nos casos de comprovação de cessação da infração até a apresentação de alegações finais e reparação total ao usuário, quando cabível;

III - 20% (vinte por cento), nos casos de adoção de medidas, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida e reparação total ao usuário, quando cabível, até as alegações finais;

IV - 10% nos casos de confissão do infrator até a apresentação da defesa, a qual será realizada mediante formulário próprio a ser definido pela Anatel;

Art. 27. Caso o infrator cumpra todas as condições estabelecidas nos incisos abaixo, considerada cada infração isoladamente, terá direito ao fator de redução de 70% (setenta por cento) do valor da multa que trata o art. 25 deste Regulamento:

[...]

II - apresentar prova inequívoca de que cessou a infração e, quando cabível, de que reparou totalmente o dano ao usuário; e,

III - renunciar expressamente ao direito de litigar administrativamente em relação à infração.

Por meio dessas novas disposições normativas, busca-se estabelecer soluções dialógicas, bem como utilizar o aparato coercitivo da Agência de acordo com o comportamento dos regulados, em especial no que diz respeito ao grau de compliance desses para com as obrigações assumidas com os consumidores, dotadas de cogência pelo Poder Público.

Desse modo, as multas são apaziguadas, caso o infrator renuncie seu direito de litigar (art. 27, II), em vista dos custos financeiros gerados; repare totalmente o dano ao usuário, em tempo hábil (art. 20, I e II), pois não há mais razão em punilo, haja vista a reestruturação da qualidade do serviço prestado ao consumidor; e assim em diante.

É patente, pois, a incorporação dos pressupostos da Regulação Responsiva, por parte da ANATEL, buscando-se conferir (i) maior racionalidade na aplicação e na alocação dos recursos (econômicos e humanos) da agência e (ii) a implementação de uma regulação mais efetiva, focada na entrega de bons resultados aos consumidores dos serviços de telecomunicações e no diálogo com os agentes do mercado regulado.

186. Nesse aspecto, tendo em vista que o próprio estudo da UnB entendeu que a responsividade seria incorporada pela alteração ou inclusão de normas relativas a (i) cabimento de sanção de advertência e de multa e (ii) incidência de atenuantes, mostra-se necessário que a Agência motive a opção de o regulamento contemplar tantas oportunidades para a cessação da conduta infratora. Quanto aos arts. 13, 14, 42, 43 e 44, estes foram citados neste tópico com o objetivo de apresentar o alcance do art. 45, cuja análise jurídica se apresentou neste tópico. A análise jurídica desses outros dispositivos será apresentada em outros tópicos deste Parecer.

3.4 DAS POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÕES REGULAMENTARES EM MATÉRIA SANCIONADORA ALINHADAS AOS OBJETIVOS DA AGÊNCIA

187. No tópico anterior, o tema central foi a análise jurídica do art. 45 da proposta de regulamento de fiscalização regulatória à luz dos arts. 173 e 82 da Lei Geral de Telecomunicações, os quais se apresentam como normas que, em alguma medida, limitam as possibilidades de atuação da Agência em matéria sancionadora (delimitação da discricionariedade administrativa).

188. O objetivo principal deste tópico do Parecer é apresentar sugestões – muitas delas já ventiladas por meio de assessoramento jurídico em diversas oportunidades – que se situam no âmbito de discricionariedade que a LGT conferiu à Anatel em matéria sancionadora, valendo-se das diversas possibilidades de regulamentação infralegal que não encontram óbice jurídico em norma de hierarquia superior.

189. Vale dizer: a Agência não está obrigada a adotar nenhuma das sugestões apresentadas neste tópico, todavia, esta Procuradoria entendeu que seria interessante indicar caminhos que, ao mesmo tempo, estão alinhadas aos objetivos buscados pela Anatel e que não encontram óbices na legislação ordinária.

190. Nesse sentido, para que as sugestões se mostrem alinhadas à perspectiva da Agência quanto à sua atuação sancionadora e aos objetivos buscados na alteração regulamentar, mostra-se relevante retomar a perspectiva da Agência sobre sua atuação sancionadora e as características que devem ser contempladas no novo modelo sancionador.

191. Conforme explanado acima, em linhas gerais, as principais críticas que a Agência faz quanto à sua atuação sancionadora são as seguintes: a) o processo administrativo sancionador é ineficiente; b) demanda altos custos; c) sua longa duração, aliada ao fato de as multas comumente serem discutidas no Poder Judiciário, retarda a execução da decisão proferida pela Agência; e d) a aplicação de multas pela Anatel não tem alcançado o propósito de alterar, de fato, o comportamento das prestadoras infratoras.

192. Com o objetivo de resolver os aspectos críticos de sua atuação sancionadora, a Anatel trabalha num novo modelo sancionador que apresente as seguintes características: a) alinhamento do modelo com a teoria da regulação responsiva (aplicação de sanções precedida de diálogo, escalada de sanções da mais leve para a mais grave, conforme as ações do atuado diante do problema); b) ampliação da discricionariedade, a partir de uma atuação da Administração mais flexível e adaptativa; c) redução do custo regulatório, a partir de um modelo embasado em gestão de riscos; e d) que o modelo contemple possibilidades de atuação da Administração que sejam proporcionais aos riscos identificados e à postura dos administrados.

193. Dessa forma, serão apresentadas sugestões alinhadas com o objetivo de a Anatel ter uma atuação em matéria sancionadora mais eficiente, de modo a reduzir seus custos administrativos em infrações de menor relevância e concentrar seus esforços em temas que podem repercutir numa melhoria dos serviços prestados aos usuários.

194. Em outras palavras, as sugestões apresentadas adiante se guiam pelo princípio de que a atuação sancionadora deve moldar-se conforme a relevância e a reprovabilidade das infrações constatadas, de modo que a utilização dos recursos finitos no tocante à fiscalização e à condução de processos administrativos priorize temas relevantes para o usuário final dos serviços, na medida em que a finalidade última do processo sancionador é a melhoria do serviço prestado ao usuário final.

195. Nessa perspectiva, para que sejam compatíveis com a leitura que a Agência faz de sua atuação sancionadora, mostra-se relevante que as sugestões apresentadas possibilitem, ao menos, redução do estoque regulatório, diminuição do contencioso administrativo em temas de menor relevância, estímulos à cessação da conduta infratora, conforme a brevidade da cessação da conduta.

196. As possibilidades de regulamentação da Agência nessa matéria podem ser divididas em dois grandes tipos: a) alterações regulamentares relativas a descumprimentos de normas editadas pela Anatel, entre as quais se destaca a infração de obstrução à atividade fiscalizatória (para a qual foi dedicado tópico próprio) e b) alterações regulamentares referentes a qualquer norma editada para o setor de telecomunicações.

3.4.1 POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÕES REGULAMENTARES RELATIVAS A DESCUMPRIMENTOS DE NORMAS EDITADAS PELA ANATEL.

197. De acordo com o art. 173 da LGT, todo descumprimento de norma do setor de telecomunicações deve ser objeto de apuração e, uma vez confirmado o descumprimento após a observância da ampla defesa e do contraditório, deve ser aplicada sanção administrativa para o descumprimento.

198. Tendo em vista que no setor de telecomunicações há normas que constam de leis editadas pelo Congresso Nacional, outras que decorrem de decretos do Presidente da República e, por fim, normas editadas pela própria Anatel, fica claro que, nesse amplo universo de normas que disciplinam o setor, o conjunto das normas editadas pela Agência corresponde à parte em que o próprio ente regulador tem mais alternativas para enfrentar alguns dos aspectos do modelo atual que são objeto de crítica da Agência.

199. Explica-se: para o universo de normas que constam de leis editadas pelo Congresso Nacional e decretos do Presidente da República, a Agência tem o dever de apurar os descumprimentos dessas normas considerando o texto da norma tal como editado pelo Congresso Nacional ou pelo Presidente da República, conforme o caso.

200. Por exemplo, se há uma obrigação prevista em decreto do Presidente da República para uma prestadora implantar uma determinada infraestrutura até o dia 01/01/2021, se no dia 02/01/2021 não tiver ocorrido a implantação da infraestrutura, houve o descumprimento da norma e surge o dever da Agência de apurar a infração e aplicar a sanção administrativa correspondente.

201. Se a Agência admitisse que a implantação da infraestrutura sessenta ou noventa dias depois da data prevista no decreto possibilitaria a não instauração do processo punitivo, na prática a Agência estaria modificando o prazo de cumprimento de uma política pública de competência do Poder Executivo, ou seja, a Anatel, nesse caso, estaria a atuar além do âmbito de discricionariedade que a LGT conferiu à Agência e estaria invadindo o âmbito de discricionariedade que a LGT dedicou ao Poder Executivo.

202. A Agência não pode, em sua regulamentação infralegal, criar margens de tolerância para descumprimentos de obrigações impostas em políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, tampouco criar instrumentos que visem a deixar de exercer sua competência punitiva quanto a descumprimentos dessas obrigações que chegaram a ocorrer e depois foram cessados, o que não a impede, todavia, de criar incentivos à cessação da conduta infratora relacionados à escolha da sanção cabível ou à dosimetria da sanção. Observe-se que a margem de tolerância aqui referida difere de margem de erro de medições, como ocorre em relação às que mediam as distâncias geodésicas entre os TUPs.

203. Ao elaborar a LGT, o Congresso Nacional delimitou o papel que cabe à Agência e ao Poder Executivo, sem abdicar de sua competência de eventualmente tratar de temas relacionados a telecomunicações, por meio da legislação ordinária.

204. Nesse sentido, a LGT expressamente previu que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo estabelecer as políticas de telecomunicações e que compete à Anatel implementar a política de telecomunicações, nos termos estabelecidos pelos Poderes Executivo e Legislativo. O tema se mostra tão central para a regulação que se encontra endereçado no art. 1º da LGT e no primeiro inciso do art. 19, que trata das competências da Anatel. Vejam-se os dispositivos:

Art. 1º Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações.

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

I - implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações; (...)
XXVIII - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento da política do setor definida nos termos do artigo anterior;

205. Nesse aspecto, vale destacar que a LGT prevê algumas competências da Anatel no tocante a participar da elaboração de alguns desses Decretos em sua fase inicial, ou seja, antes da atuação do Ministério das Comunicações. Vejam-se os dispositivos:

Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto:
I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado;

II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público;

III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;

IV - autorizar a participação de empresa brasileira em organizações ou consórcios intergovernamentais destinados ao provimento de meios ou à prestação de serviços de telecomunicações.

Parágrafo único. O Poder Executivo, levando em conta os interesses do País no contexto de

suas relações com os demais países, poderá estabelecer limites à participação estrangeira no capital de prestadora de serviços de telecomunicações.

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

III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III;

(...)

206. Grosso modo, o procedimento para elaboração desses específicos Decretos envolve, portanto, a atuação da Anatel, do Ministério das Comunicações Inovações e Comunicações e do Presidente da República, exatamente nessa ordem.

207. Dessa forma, o espaço dedicado à Anatel para flexibilizar uma obrigação imposta em Decreto do Presidente da República é justamente, na revisão desses Decretos, exercer sua competência propositiva perante o Ministério das Comunicações, de modo a demonstrar para o Ministério a necessidade de flexibilização, para que o Presidente da República exerça sua competência decisória e, assim, flexibilize as obrigações impostas no Decreto.

208. Vale repetir: a Anatel, por meio de sua regulamentação infralegal, em cujo processo de elaboração não há participação do Presidente da República, flexibilizar as obrigações impostas num Decreto do Presidente da República implica atuação fora do âmbito de competência dedicada à Agência pelo legislador, quando da edição da LGT.

209. É oportuno mencionar que, ao tratar do modelo sancionador da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, que restou aprovado pela edição da Resolução nº 472, de 6 de junho de 2018, da Diretoria da ANAC, a Procuradoria Federal Especializada junto à ANAC, por meio do Parecer nº 5/2018/PROT/PFEANAC/PGF/AGU, manifestou sua preocupação quanto à impossibilidade de os critérios para utilização de medidas preventivas e sancionatórias colidirem com as disposições das Leis nº 7.565/1986 ("CBA") e nº 11.182/2005 ("Lei da ANAC"). Vejam-se trechos do mencionado Parecer:

O modelo de Portaria que se encontra no documento SEI! 1386514 trouxe algumas situações em que serão adotadas medidas preventivas ou sancionatórias. Entretanto, o alcance da recomendação da procuradoria é bem maior, parecendo estar mais em linha com o trabalho que, segundo informado, vem sendo desenvolvido nas unidades organizacionais, razão pela qual permanece a recomendação de que os detalhamentos dos critérios para definir a atuação do administrador, relativamente à aplicação ou não de medidas preventivas, sancionatórias ou acatelasórias sejam expedidos conjuntamente com esta nova resolução.

É prudente reiterar que tais critérios não podem colidir com as disposições das Leis n.º 7.565/86 ("CBA"), nº 11.182/2005 ("Lei da ANAC") e demais normas legais atinentes à espécie.

210. Assim, em se tratando de normas que constam de leis editadas pelo Congresso Nacional e decretos do Presidente da República, a instauração do processo punitivo fica vinculada aos descumprimentos dessas normas, sendo que a ocorrência de um maior ou menor número de descumprimentos e, por conseguinte, de um maior ou menor número de processos punitivos, depende, sobretudo, do conteúdo das obrigações impostas nesses atos, tanto em seu aspecto principal (providência que se exige), quanto em seus aspectos secundários (prazos, formas de cumprimento, dentre outros). No âmbito da Anatel, de qualquer forma, ainda cabe precipuamente à inteligência sancionatória, por meio de incentivos relacionados à dosimetria de sanções (de competência da Agência), cumprir o relevante papel de também induzir a redução dos descumprimentos.

211. Por outro lado, em relação às normas editadas pela Anatel, há um âmbito de discricionariedade muito maior para a Agência atuar de modo a buscar menor custo regulatório e maior eficiência no exercício de sua competência sancionadora.

212. As diversas questões com as quais a Agência hoje se depara em matéria sancionadora não decorrem de apenas uma norma ou de algum tipo de infração. Assim, a nosso ver, há grande dificuldade para que as soluções para os problemas apontados pela Agência sejam embasadas numa única alteração regulamentar. De fato, a migração da atuação da Agência para um modelo pleno de regulação responsiva parece passar mais pela reformulação de suas normas de modo a formatá-las já num formato responsivo. Nesse contexto, passa-se a apresentar algumas possibilidades de alterações regulamentares vislumbradas por esta Procuradoria, valendo advertir que as sugestões apresentadas podem ser aplicáveis para alguns tipos de infração e não aplicáveis para outras.

213. Para as normas editadas pela Anatel, as obrigações impostas aos administrados são delimitadas, tanto em seu aspecto principal (providência que se exige), quanto em seus aspectos secundários (prazos, formas de cumprimento, dentre outros) pela própria Anatel, o que possibilita que a Agência, em sua atuação sancionadora, ao identificar um tema que esteja demandando esforços desproporcionais à sua relevância, avalie se a norma rotineiramente descumprida está adequada ou se ela comportaria uma alteração de conteúdo, em seus aspectos principal ou secundários, capaz de reduzir o número de processos punitivos instaurados por descumprimento da norma.

214. Nesse sentido, a primeira possibilidade de atuação em relação às normas editadas pela Anatel, obviamente, é a **revogação de obrigações que hoje já não se mostram relevantes**. Essa possibilidade dispensa explicação detalhada de seu funcionamento, e inclusive já vem sendo adotada pela Anatel em várias frentes. De fato, se a Agência deixa de exigir determinada conduta (tida pela Agência como conduta que hoje já não é mais relevante) das prestadoras, a partir da revogação da

norma que a exigia, não serão instaurados processos punitivos para apurar situações posteriores à revogação da norma.

215. Essa possibilidade está alinhada com os objetivos buscados pela Agência no bojo do Processo Administrativo nº 53500.012180/2019-16, que trata da revogação de diversos atos administrativos pela Anatel (guilhotina regulatória). Nesse sentido, vejam-se trechos do Informe nº 184/2019/PRRE/SPR (SEI nº 4920745), disponível no referido processo administrativo:

3.15. Note que o número médio de Resoluções publicadas tem decrescido ao longo do tempo, ao passo que já existe um esforço de revogação de Resoluções disfuncionais, o que implica que a quantidade de Resoluções vigentes inclusive caiu, chegando no nível de 2004. É claro que isso não implica que o estoque regulatório tenha caído, uma vez que a magnitude do fardo regulatório varia entre as Resoluções aprovadas.

3.16. Em continuidade aos esforços acima citados, a Agenda Regulatória da Anatel previu, para o biênio 2019-2020, iniciativa normativa com foco na avaliação a respeito da necessidade ou não de diversos normativos que foram historicamente editados pela Anatel por razões legítimas e justificadas à época, mas que talvez não se justifiquem mais no momento atual.

3.17. Esta denominação – guilhotina regulatória – é usualmente utilizada quando se pretende referir a iniciativas de gestão do estoque regulatório, alinhadas às boas práticas regulatórias internacionais. A título de exemplo, recentemente a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e a Câmara de Comércio Exterior – CAMEX, vinculada ao Ministério de Economia, avançaram em iniciativas também por eles denominadas como guilhotina regulatória. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE também faz referências ao termo (*regulatory guillotine*) em diversos de seus documentos referentes a boas práticas regulatórias.

3.18. Mais uma vez, cumpre destacar que não se trata da revogação de normas de maneira indistinta, mas um aprimoramento da estratégia normativa, revogando-se regras obsoletas, que perderam a razão de existir ao longo do tempo, focando a regulamentação em temas de maior relevância e que se comunicam melhor com as maiores demandas da sociedade no que diz respeito do setor de telecomunicações. Ao longo dos últimos anos, a Anatel tem recebido, por intermédio de sua Superintendência de Planejamento e Regulamentação – SPR, diversas solicitações de revogações de regras deste tipo, motivo pelo qual foi inserida a presente iniciativa na Agenda Regulatória da Agência. (grifos nossos)

216. Um exemplo recente do exercício dessa possibilidade pela própria Agência é o da edição da Resolução nº 702, de 10 de fevereiro de 2020, da Anatel, que entre outras providências, aprova o Regulamento Geral de Outorgas.

217. A regulamentação da Agência prevê, em diversos dispositivos que se encontram em Regulamentos específicos de serviços de telecomunicações, a obrigação de as prestadoras, no prazo de sessenta dias, informarem à Agência de alterações societárias, para as quais não há exigência de anuência prévia da Anatel. O art. 35 do Regulamento de Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013, é um exemplo de norma que contempla essa exigência.

Art. 35. Os casos de transferência de controle que não se enquadrarem no artigo anterior, as modificações da denominação social, do endereço da sede e dos acordos de sócios que regulam as transferências de quotas e ações, bem como o exercício de direito a voto, das Prestadoras de SCM e de suas sócias diretas e indiretas devem ser comunicadas à Agência, no prazo de sessenta dias, após o registro dos atos no órgão competente.

Parágrafo único. As comunicações de que trata o caput devem ser instruídas com a documentação a que se refere o art. 3º do Anexo III deste Regulamento.

218. Os descumprimentos dos dispositivos que contemplam essa exigência são muito comuns e há muitos PADOs instaurados para apurar esses descumprimentos, os quais, na perspectiva da Agência, mostram como infrações de baixa relevância que, num juízo focado exclusivamente na eficiência, não justificariam a instauração de um processo punitivo.

219. A Resolução nº 702, de 10 de fevereiro de 2020, da Anatel, tão logo entre em vigor, revogará diversos dispositivos que contemplam essa obrigação, sendo que, ao tratar desse tema, adaptou essa exigência de modo que o envio intempestivo da comunicação à Anatel não configurasse infração administrativa. No caso do Serviço de Comunicação Multimídia, a revogação do art. 35 do Regulamento desse serviço, foi objeto do inciso IX do art. 32 da mencionada Resolução:

Resolução nº 702, de 10 de fevereiro de 2020

Art. 32. Revogam-se:

IX – os arts. [11](#), [12](#), [13](#), [14](#), [15](#), [16](#), [30](#), [31](#), [32](#), [33](#), [34](#) e [35](#) e os Anexos I, II e III, todos do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução nº 614, de 28 de maio de 2013;

Regulamento Geral de Outorgas, aprovado pela Resolução nº 702, de 10 de fevereiro de 2020

Art. 23. Os casos de transferência de controle que não se enquadrarem nos arts. [17](#) e [18](#), os acordos de sócios que regulam as transferências de quotas e ações, bem como o exercício de direito a voto das prestadoras de serviços de telecomunicações e de suas sócias diretas e indiretas, devem ser comunicados à Agência, após o registro dos atos no órgão competente.

§ 1º As comunicações de que trata o **caput** devem ser instruídas com a íntegra do ato registrado no órgão competente, acompanhadas da cópia do último contrato social consolidado, no caso de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, ou cópia do livro de ações, no caso de sociedade por ações.

§ 2º A Anatel certificará o registro dos atos encaminhados pelas prestadoras em decorrência das obrigações estabelecidas no **caput** deste artigo, quando obedecerem às restrições, aos limites ou aos condicionamentos estabelecidos nas disposições legais, regulamentares, editais ou contratuais.

220. A técnica utilizada para a resolução desse problema de eficiência no exercício da competência sancionadora foi adequada. Grosso modo, se, na perspectiva da Agência, a obrigação não tem utilidade, revoga-se a obrigação (ou modifica-se a obrigação) e, assim, evita-se que haja descumprimentos que demandem a Agência a exercer seu dever de instaurar processos punitivos.

221. Para obrigações que, na perspectiva da Agência, não se apresentem com relevância para justificar a instauração de PADOs para apurar os descumprimentos dessas obrigações, um outro caminho que poderia ser adotado pela Agência é o de **editar uma nova norma que apenas estimule a realização da conduta** (que hoje é uma obrigação) por meio de algum incentivo (a exemplo de incidência de atenuantes em PADOs do mesmo tema), sem que haja propriamente a imposição de uma obrigação ao regulado.

222. Embora mais comuns, as normas editadas pela Anatel não precisam se restringir à imposição de obrigações para as prestadoras. As normas da Anatel que impõem obrigações, quando descumpridas, geram processos sancionadores. Quanto às normas que prevêm incentivos, quando a conduta tida por adequada (suporte fático) não é realizada, a norma simplesmente não incide, e o agente deixa de auferir o benefício (a consequência jurídica da norma – no caso, o benefício – deixa de ser concedido ao agente). Abandona-se a lógica do “dever-ser” para, no ponto, adotar-se uma lógica de incentivos sem obrigações propriamente ditas.

223. Nesse sentido, vejam-se as lições de Marcos Bernardes de Mello (*in* Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15ª Ed. –ver São Paulo: Saraiva, 2008. Pp72-73), *verbis*:

O preceito (também denominado disposição) constitui a parte da norma jurídica em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos. Representa, assim, a disposição normativa sobre a eficácia jurídica.

Embora estejamos acostumados a relacionar a eficácia jurídica somente a direitos -> deveres, pretensões -> obrigações, ações e exceções, na verdade toda e qualquer consequência jurídica que se atribua a um fato constitui eficácia jurídica, objeto, portanto, de um preceito. Assim, a pena por um crime, como a sanção pelo ilícito civil ou uma simples qualificação pessoal – como ser capaz, ser pessoa – são espécies de eficácia jurídica.

Na definição do fato jurídico estima-se a relevância dos fatos da vida para o relacionamento social e, com base nela, lhe são imputadas as consequências que constituem a sua eficácia jurídica. Porque nessa definição do fato e de sua eficácia a comunidade atua segundo os valores que a inspiram em determinado momento histórico, tem ela um caráter relativo, no tempo e no espaço social, o que explica por que um mesmo fato da vida pode ser tratado diferentemente em grupos sociais diversos e também por que, no mesmo grupo social, pode variar, no tempo, o tratamento que lhe é dado.

A gama de efeitos imputáveis aos fatos jurídicos é, praticamente, ilimitada, porque, sendo imputação, é criação humana, assim sujeita apenas, aos modelos criados pela inteligência, estimulada e orientada pela experiência, com a finalidade de atender as necessidades da convivência social.

Apesar dessa liberdade na definição da eficácia jurídica, a experiência milenar da humanidade criou certas categorias eficaciais, que poderíamos dizer universais, uma vez que são encontradas em todos os sistemas jurídicos. Direito, dever, pretensão, obrigação, ação, exceção, sanção constituem exemplos dessas categorias. Desde a mais remota antiguidade até hoje, às vezes rotuladas com denominações diferentes, essas categorias eficaciais estão sempre presentes no direito de todos os povos. Esse fenômeno de universalidade resulta, parece-nos, da circunstância de serem comuns aos homens, independentemente de raça, credo, convicções políticas e tempo histórico, as carências decorrentes das relações sociais. Variam, é claro, os conteúdos dessas categorias, sendo mais ou menos intensos os poderes, os ônus e as penalidades atribuídos, e mesmo diferentes as instituições em si. As categorias, no entanto, em sua essência, são constantes.

Isso, porém, não limita, nem inibe, a criação de outras espécies de efeitos jurídicos. Nada impede que certo sistema jurídico institua um tipo de categoria eficaz que não exista em qualquer outro sistema, ou deixe de adotar um que seja comum a todos. O essencial é que tal categoria sirva e seja necessária aos fins do direito em cada comunidade. Pode parecer, assim, que a liberdade na definição da eficácia jurídica seja absoluta, sem limites. O positivismo, o relativismo e o normativismo jurídicos costumam ver no poder da comunidade jurídica, mais propriamente dos órgãos encarregados de revelar o direito, esse caráter absoluto. Larenz, Pontes de Miranda, Von Tuhr, por exemplo, entre outros, afirmam que há, na escolha da eficácia jurídica, da parte do legislador, uma certa arbitrariedade. Parece-nos, no entanto, que a liberdade na prescrição dos efeitos jurídicos encontra limites irremovíveis: (a) nos valores culturais da comunidade, que, por sua vez, têm sua relatividade vinculada, (b) aos valores absolutos da juridicidade, tais como justiça, paz, verdade, ordem, segurança, bem comum, e (c) também à natureza das coisas, especialmente naquilo que respeita à dignidade do ser humano.

224. Um exemplo de norma do setor de telecomunicações editada na perspectiva de criar um incentivo para a realização de determinada conduta pelas concessionárias e autorizadas de Serviço Telefônico Fixo Comutado foi o art. 10 do primeiro Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 2 abril de 1998, revogado pelo Decreto nº 6.654, de 20 de novembro de 2008.

Art 10. A partir de 31 de dezembro de 2001, deixará de existir qualquer limite ao número de prestadores do serviço a que se refere o art. 1º, ressalvado o disposto nos arts. 68 e 136 da Lei nº 9.472, de 1997.

§ 1º A prestação do serviço, a que se refere o art. 1º, objeto de novas autorizações, por titular de autorização conferida em atendimento ao art. 9º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2002 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se a autorizada houver cumprido integralmente as obrigações de expansão e atendimento que, segundo o compromisso assumido em decorrência da licitação, deveria cumprir até 31 de dezembro de 2002.

§ 2º A prestação de serviços de telecomunicações em geral, objeto de novas autorizações, por titular de concessão de que trata o art. 6º, bem como por sua controladora, controlada ou coligada, somente será possível a partir de 31 de dezembro de 2003 ou, antes disso, a partir de 31 de dezembro de 2001, se todas as concessionárias da sua Região houverem cumprido integralmente as obrigações de universalização e expansão que, segundo seus contratos de concessão, deveriam cumprir até 31 de dezembro de 2003.

225. De acordo com esses dispositivos, no caso de cumprimento antecipado das obrigações de universalização, expansão e atendimento em prazo mais curto do que o estabelecido em sua obrigação, seria possível, em prazo mais curto que o original, a exploração do STFC em outras Regiões do Plano Geral de Outorgas.

226. Uma outra possibilidade de atuação consiste na edição de regulamentação com **margens de tolerância**, de modo que haja um nível de desempenho tido como ótimo (para o qual pode inclusive ser previsto algum tipo de incentivo), um nível de desempenho regular (margem de tolerância, na qual não há infração nem há incentivo específico) e um nível de desempenho crítico (tratado, portanto, como descumprimento da norma).

227. Uma quarta técnica da qual a Agência pode valer-se para diminuir o custo regulatório da atuação sancionadora da Anatel é a substituição, mediante edição de resoluções, de obrigações que hoje só permitem uma forma de cumprimento por obrigações que admitem mais de uma forma de cumprimento (**obrigações alternativas ou sucessivas**, a depender do caso).

228. No âmbito do setor de telecomunicações, a proposta de regulamento de qualidade apresentada no Informe nº 97/2019/COQL/SCO (SEI 3928158 - Processo nº 53500.006207/2015-16) consistia num exemplo que combinava a técnica de margem de tolerância com a técnica de admitir que uma obrigação seja cumprida de outro modo (a própria regulamentação estabelece, conforme a natureza específica daquela obrigação, uma providência que seja equiparada à outra, exigida pela regulamentação).

229. De acordo com essa proposta, o desempenho da prestadora seria apurado a partir de diversos indicadores e classificado em determinados níveis (selos "A", "B", "C", "D" e "E"). Para os desempenhos nos dois melhores níveis (selos "A" e "B"), a proposta previa o direito à incidência de atenuantes. Para o selo intermediário (selo "C") a proposta não previa consequências positivas ou negativas (em outras palavras, esse estágio representava uma margem de tolerância). Por fim, para os dois piores níveis (selos "D" e "E"), o mau desempenho da prestadora implicava o dever de a prestadora compensar financeiramente os usuários.

230. Observa-se, portanto, que o desempenho da prestadora foi classificado de forma a olhar para sua atuação não mais sob uma perspectiva de identificar suas falhas pontuais, mas sim sob o enfoque de avaliar a conduta social global da empresa. Nesse modelo, as falhas pontuais se diluem no meio de seus resultados positivos e, assim, no plano jurídico, com base na regra desenhada, as falhas pontuais não implicam necessariamente infrações administrativas (tal como ocorrem com a maioria das obrigações estabelecidas na regulamentação da Agência). Daí a importância da própria formatação das regras para o modelo de regulação responsiva, que não pode ser resumido à oportunidade de chances para regularizar condutas irregulares segundo as normas vigentes.

231. Um outro aspecto desse modelo que contribui para reduzir os custos inerentes à atuação sancionadora, é a **possibilidade de o desempenho insatisfatório, em vez de configurar uma infração administrativa, gerar uma outra obrigação**, como, eventualmente, a de compensar financeiramente os usuários prejudicados com desempenho insatisfatório, devendo o processo punitivo ser instaurado apenas se a prestadora cumular mau desempenho com descumprimento da obrigação de compensar financeiramente.

232. Grosso modo, é uma técnica na qual a norma regulatória admite, em última análise, um comportamento valoroso num segundo momento como equivalente à conduta esperada com a edição da norma (com muitas semelhanças com um modelo de imposição de obrigações alternativas), o que possibilita que, a depender da resposta da prestadora, a Agência deixe de instaurar o processo punitivo, incorporando, assim, a lógica da responsividade ao próprio regulamento.

233. Essa perspectiva, de analisar as obrigações que geram intenso contencioso administrativo, para redesenhá-las de modo que o contencioso administrativo da Agência se volte para condutas de maior relevância para o setor de telecomunicações (gestão de riscos), criando regimes jurídicos estruturados e diferenciados em que a responsividade integra a própria nova regra, foi adotada no Voto do Presidente da Anatel, Conselheiro Leonardo Euler de Moraes, proferido no bojo deste processo, antes da edição da Resolução nº 717, de 23 de dezembro de 2019, que aprovou o Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações - RQUAL:

6.14. Por fim, a terceira possibilidade (C) equivaleria à constituição do RFR como uma “plataforma” que possibilitaria o estabelecimento de normas específicas, na regulamentação expedida pela Agência, que estabeleçam regimes proporcionais às posturas dos administrados e aos riscos identificados para os usuários e os serviços. Com isso, por exemplo, seria possível o estabelecimento de fases prévias de tolerância para determinadas obrigações em que tal margem se mostre cabível para adoção de ações de correção ou de compensação aos usuários.

6.15. Entende-se que tal possibilidade, a despeito de não apresentar solução de curto prazo, oferece maior segurança jurídico-regulatória e efetividade, na medida em que os regimes de resposta deverão ser construídos no âmbito de cada regulação temática. Ou seja, a revisão e a criação de novas obrigações regulatórias deverão necessariamente refletir a instrumentalização dos incentivos para seu cumprimento e as respostas para seu descumprimento.

6.16. Pelas razões expostas, vislumbra-se como melhor opção a possibilidade C que, além de romper com o *enforcement* linear, permite, com segurança jurídica, a previsão de regimes regulatórios específicos e estruturados.

6.17. Frisa-se que a premissa de atuação regulatória responsiva estruturada já foi expressamente endossada por este Colegiado nos autos nº 53500.006207/2015-16 (novo Regulamento de Qualidade - RQUAL). Daquela feita, a razoabilidade e as vantagens de tal atuação foram reconhecidas no que tange à gestão da qualidade dos serviços.

6.18. A presente deliberação, contudo, amplia tal reconhecimento. Conforme se depreende tanto da manifestação do Relator, na Análise nº 97/2018/SEI/AD (SEI 2659033), quanto das razões do presente Voto, há elementos que apontam para a necessidade de que a atuação do Regulador leve em consideração a responsividade em relação às obrigações das mais variadas temáticas. O que se está a dizer é que **a atuação responsiva não deve funcionar apenas como camada superposta às exigências regulamentares. Com efeito, ela deve integrar sua construção - tal como se deu na elaboração da proposta de novo RQUAL.**

6.19. Com isso, **ao se elaborar ou rever um determinado normativo, faz-se importante que se sopesem quais os mecanismos de responsividade poderão ser oportunos para que se atinjam suas finalidades** (que podem variar em matérias desde um melhor atendimento aos consumidores à adesão de padrões técnicos de referência).

6.20. Essa modalidade de atuação dispensa a aprovação do Regulamento de Fiscalização Regulatória. **Desde já as áreas técnicas da Agência, sob coordenação da SPR, dadas suas competências regimentais, devem realizar uma “análise de responsividade” em suas futuras construções ou revisões normativas.** Frise-se que isto não constituirá nova etapa no rito normativo, uma exigência incontornável ou sequer um novo tipo de documento autônomo nos autos.

6.21. Esse tipo de análise se faz relevante, sobretudo, na revisão da regulamentação sobre direitos dos consumidores, tema no qual a atuação das prestadoras deve se dar em horizonte dinâmico de constante aprimoramento.

6.22. Assim, **a proposta de determinação contida na conclusão deste Voto destina-se a fazer com que o juízo de revisão ou elaboração de normativos pelas áreas técnicas, e especialmente pela SPR, passe a contemplar necessariamente a instrumentalização da atuação regulatória responsiva.**

234. Nessa linha, vale mencionar que o art. 53 da proposta de regulamento, em especial o seu § 3º, endereça essa possibilidade de a regulação responsiva ser incorporada na atuação sancionadora da Anatel a partir da construção de regimes jurídicos diferenciados conforme o tema que se pretende regular, de modo que a própria norma, criada para disciplinar algum tema afeto a telecomunicações, preveja margens de tolerância e distintas consequências de controle em relação a obrigações. Veja-se o dispositivo:

Art. 53. O processo de Controle é efetuado, dentre outras, pela adoção das seguintes medidas:

I - divulgação de informações;

II - imposição ao Administrado de Medida Cautelar;

III - instauração de Pado;

§ 1º As medidas de Controle podem ser adotadas em conjunto ou separadamente, devendo ser avaliada, para cada situação, a mais adequada.

§ 2º A regulamentação específica poderá apontar os requisitos mínimos para a constatação de indícios de infração em relação a obrigações.

§ 3º **A regulamentação específica poderá estabelecer regimes diferenciados a partir das posturas dos Administrados, margens de tolerância e distintas consequências de controle em relação a obrigações.**

§ 4º As medidas previstas neste artigo seguem o rito previsto no Regimento Interno da Anatel ou em regulamentação específica. (grifo nosso)

235. Registre-se, nesse aspecto, que a última versão da Minuta de Resolução ora em exame traz em seu bojo, essencialmente, a proposta de realização de modificações pontuais no RASA exposta e fundamentada, de modo inaugural, no Voto nº 127/2018/SEI/PR, considerada pelo Conselho Diretor da Anatel, nos termos do Acórdão nº 738, de 26/12/2018, mais diretamente associada aos objetivos da Fiscalização Regulatória.

236. A necessidade de alteração parcial do RASA ora vigente no contexto da implantação de uma novel fiscalização regulatória, voltada à operacionalização de uma atuação mais responsiva por parte da Agência, foi assim justificada no referido Voto nº 127/2018/SEI/PR, in verbis: (documento SEI nº 3631816)

9. DAS ALTERAÇÕES PONTUAIS AO RASA/12

9.1. Historicamente, **as normas que disciplinam a execução das atividades de fiscalização da Anatel são baseadas em mecanismos punitivos**. Existe uma lógica por trás disso: **quando se estabelece um dispositivo e se cria uma punição para o seu não cumprimento, espera-se que os regulados busquem cumpri-lo de forma a evitar tal punição**. Trata-se de abordagem bastante tradicional da teoria regulatória, conhecida como "estratégia do Comando e Controle".

9.2. Ocorre que o caráter exclusivamente punitivo da atual Regulamentação da Anatel acaba pressionando negativamente o processo e a eficácia dos instrumentos de fiscalização.

9.3. Portanto, para além das melhorias na parte processual do processo punitivo, **é inevitável que a Agência empreenda esforços na alteração da sua própria regulamentação. Afinal**, embora os problemas da regulação sejam potencializados pelo *enforcement* punitivo (e vice-versa), toda a **teoria regulatória apresentada demonstra que as normas devem ter na origem um viés de atendimento de conformidade e de melhoria dos serviços**, conforme já se expôs.

9.3. Dentro dessa premissa, mostra-se necessário alterar pontualmente alguns dispositivos do RASA/12, sem prejuízo da eventual revisão do instrumento normativo, como um todo, futuramente. (grifos nossos)

237. A manifestação acima transcrita é precisa em apontar que, de fato, a atividade exercida pela Anatel de regulação estatal é, até o presente momento, estruturalmente baseada na ideia da dissuasão e na lógica do "comando-controle", em que as normas regulatórias, além de preestabelecerem, pormenorizadamente, as condutas a serem observadas pelos particulares no desempenho das atividades reguladas, fixam as respectivas punições pelo descumprimento desses comandos na prestação do serviço de telecomunicações.

238. Esse modelo de tipificação direta das condutas ou resultados esperados e tipificação indireta das condutas infracionais encontra-se fortemente alicerçado na Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que enuncia, dentre outras disposições de semelhante teor (cf., p.ex., arts. 19, VI, IX e XI, 82, 137 e 140 da LGT), que a infração à referida legislação federal ou às demais normas referentes ao setor, bem como a inobservância dos deveres previstos nos contratos de concessão, atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, traz como consequência o dever de aplicação, por parte da Agência, das sanções administrativas previstas no art. 173 da LGT ou no art. 68 da Lei nº 9.784, de 1999.

239. Veja-se que a estratégia adotada pelo legislador infraconstitucional, ao traçar as diretrizes a serem observadas pela Agência Nacional de Telecomunicações no desempenho de sua atividade regulatória, foi a de buscar inibir o indesejado descumprimento das obrigações regulatórias incutindo, naqueles que forem atuar na atividade setorial, o temor de sofrer todas as consequências negativas advindas da imposição da punição estatal.

240. Prosseguindo, o trecho do Voto nº 127/2018/SEI/PR acima colacionado também chama a atenção para a necessidade de que a Anatel – caso pretenda avançar para além do modelo clássico de regulação, centrado na força da autoridade estatal e na aplicação dos instrumentos tradicionais de coerção, – inicie um processo de alteração de sua própria regulamentação, de índole excessivamente punitiva, de modo que as novas normas a serem editadas priorizem os objetivos regulatórios efetivamente almejados, dando um maior peso ao atendimento de conformidades e à melhoria dos serviços prestados.

241. Esse relevante diagnóstico, quanto à indispensabilidade de a Anatel modificar as características de seu arcabouço normativo para poder aderir plenamente à regulação responsiva, encontra respaldo nos próprios fundamentos teóricos dessa modalidade regulatória, desenvolvidos por Ian Ayres e John Braithwaite, conforme ficou evidenciado no parecer jurídico juntado aos autos, de autoria do Professor Floriano de Azevedo Marques Neto (documento SEI nº 4126292).

242. Na referida manifestação consultiva, a regulação responsiva é definida como uma atividade regulatória menos custosa, focada em resultados e capaz de produzir os efeitos desejados independentemente da aplicação de sanções, visto que indutora do cumprimento espontâneo das normas por seus destinatários num ambiente de *compliance* regulatório e com a utilização de outros instrumentos de regulação que não apenas aqueles fundados no poder punitivo do Estado.

243. Além disso, o parecer mencionado expõe que uma das principais premissas em que a teoria da regulação responsiva está fundamentada é a de que as funções regulatórias devem ser exercidas conjuntamente pelo Estado e pelos atores privados, ou seja, a regulação responsiva pressupõe *"que os agentes regulados detenham um mínimo de liberdade na autodeterminação de suas condutas, de modo a conformá-las com os padrões e objetivos regulatórios definidos pelo Estado"*.

244. Assevera que, em decorrência dessa necessidade de concessão de um espaço mais livre de atuação aos agentes regulados na consecução dos objetivos regulatórios anteriormente traçados, *"as normas regulatórias editadas pelo aparato estatal serão consequentemente mais abertas e flexíveis, de modo a permitir a que a eficiência do mercado atue em prol da promoção dos interesses regulados"* (grifos nossos). Após afirmar que essa primeira premissa em que está ancorada a teoria da regulação responsiva afeta, portanto, o conteúdo da regulação em si, enquanto norma jurídica, conclui:

Na lógica de uma regulação baseada em "comando-controle", o exercício da

potestade estatal pressupõe a tipificação de condutas: é contra uma infração previamente tipificada que o Estado irá exercer seu poder punitivo. Como consequência, **a regulação estatal deve ser o mais abrangente e detalhista possível, de modo a antever todas as condutas que se pretende evitar.**

Já no caso de uma regulação estatal mais colaborativa, em que regulador, regulado e sociedade civil constroem, juntos, o conteúdo da regulação, o Estado assume um papel mais indutor, de direcionamento dos agentes às finalidades que se pretende alcançar. Isso exige do regulador um profundo conhecimento do mercado regulado, que será essencial na definição dos objetivos almejados com a regulação. **A atuação estatal, sob esta ótica, será muito mais principiológica, de indução e conformação de condutas, do que tipificação.** Como ressaltam AMIR e LOBEL:

Behavioral insights about social norms and motivation indicate that adversarialism reduces the willingness of companies and individuals to share information and to engage in mutually beneficial problem solving. [FN89] **In order to allow for such continuous improvement through the self-monitoring of corporations, government regulations can be phrased as standards and norms rather than rigid rules and commands.** In fact, regulations are often deliberately ambiguous and open to multiple interpretations. **Instead of regulating the details of behavior, agencies increasingly use broad policy goals such as "risk management" and allow the regulated industries to implement and interpret these mandates.*** (grifos nossos)

*Tradução livre: As percepções comportamentais sobre normas sociais e motivação indicam que o adversarismo reduz a disposição de empresas e indivíduos de compartilhar informações e se engajar na solução de problemas mutuamente benéficos. [FN89] **Para permitir essa melhoria contínua por meio do automonitoramento das empresas, os regulamentos governamentais podem ser formulados como padrões e normas, em vez de regras e comandos rígidos.** De fato, **os regulamentos geralmente são deliberadamente ambíguos e abertos a múltiplas interpretações. Em vez de regular os detalhes do comportamento, as agências usam cada vez mais objetivos políticos amplos, como "gerenciamento de riscos", e permitem que os setores regulamentados implementem e interpretem esses mandatos.** (Lobel e Amir, 2009, *Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy*, disponível em <https://ssrn.com/abstract=1327077>)

245. Portanto, a adesão integral à regulação responsiva depende, como visto, de uma mudança de comportamento normativo por parte da Anatel. Para o alcance desse propósito, a descrição ampla e minudenciada das obrigações regulatórias, com o consequente estabelecimento direto ou indireto da tipificação das condutas infracionais, deve dar lugar a normas regulatórias mais abertas, flexíveis e focadas no resultado a ser alcançado pelas empresas, com a indução e a conformação de suas condutas ao resultado desejado, ou seja, aos parâmetros regulatórios predefinidos pelo ente regulador.

246. É preciso, desse modo, atentar para o fato de que, embora hoje exista a convicção de que as normas regulatórias não precisam ser muito detalhistas, o arcabouço normativo vigente editado pela Anatel, em grande parte, ainda não está alinhado a essa concepção de estabelecer, precipuamente, padrões, objetivos ou parâmetros regulatórios a serem observados pelos regulados, preferencialmente, mediante a autodeterminação de suas condutas. Ao contrário, na maior parte do arcabouço normativo vigente constam obrigações regulatórias rígidas, abrangentes e detalhadas que, caso sejam descumpridas pelos regulados, acabam implicando, por força do disposto no art. 173 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), a aplicação de sanções administrativas.

247. Nessa linha de raciocínio, confirmam-se os ensinamentos da doutrina, in verbis:

[...] Reconhecidos o caráter instrumental e o papel atribuído à sanção administrativa, cabe ao Poder Público definir modelos de *enforcement* que sejam responsivos. Que tomem em consideração as motivações dos agentes regulados, do regulador e as características do ambiente institucional em que inseridos (restrições, pressões, riscos e oportunidades). Isso pressupõe como primeiro passo o mapeamento dessas peculiaridades e a definição do que seja relevante. Em seguida, a construção de um modelo que, tanto quanto possível, incorpore estratégias ecléticas, dinâmicas e criativas, com arranjos próprios, capazes de combinar ferramentas coercitivas e não coercitivas a serem manejadas de forma motivada e transparente pelo regulador em cada caso."

(VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 177)

248. A proposta de Resolução ora apresentada consubstancia um caminho para que a Agência inicie formalmente um processo mais robusto de adesão à regulação responsiva, não pela reestruturação paulatina das normas de cunho material em que estabelecidas as obrigações que regem toda a atuação dos entes regulados na prestação dos serviços de telecomunicações, mas sim, antecipadamente, por meio da alteração de dois atos normativos eminentemente instrumentais da regulação estatal, referentes às atividades fiscalizatória (Regulamento de Fiscalização, aprovado pela Resolução nº 596/2012) e punitiva (Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589/2012).

249. Com efeito, vislumbra-se um descompasso conceitual em se ter a vigência simultânea da atual regulamentação de tipificação detalhista de condutas esperadas, ainda concebida sob a inspiração coercitiva do modelo clássico de regulação estatal, e do novo ferramental, a ser introduzido pelo Regulamento de Fiscalização Regulatória e, complementarmente, pelas alterações no RASA, moldado, segundo os fundamentos da regulação responsiva, para um ambiente dotado de normas regulatórias

abertas e flexíveis, destinadas, de modo pragmático e finalístico, ao estabelecimento de padrões, objetivos e parâmetros a serem perseguidos pelos entes regulados na prestação dos serviços de telecomunicações.

250. A coexistência, nesses termos, dos dois modelos regulatórios acima tratados não terá o condão de afastar o engessamento comportamental dos agentes regulados, visto que as condutas a serem por eles praticadas no desempenho das atividades setoriais permanecerão rigidamente predefinidas nas respectivas normas regulatórias vigentes. Não haverá, portanto, conforme pressupõe a regulação responsiva, a liberdade supervisionada dos particulares na escolha dos procedimentos e condutas necessários para o alcance dos fins regulatórios.

251. Além disso, há uma outra importante decorrência dessa inserção de novas ferramentas da regulação responsiva nas atividades fiscalizatória e punitiva da Agência quando ainda inalterado o seu complexo normativo essencialmente estruturado, especialmente (i) na imposição de obrigações regulatórias mais abrangentes e detalhistas e (ii) na previsão legal de aplicação de sanções administrativas em caso de descumprimento desses mesmos comandos.

252. Trata-se da impossibilidade de se implantar, com toda a efetividade, um mecanismo de intervenção estatal crescente ou escalonada, em que a aplicação de sanções administrativas por parte da Agência pudesse estar posicionada, como medida mais drástica, no topo da pirâmide regulatória responsiva e destinada, em regra, para situações mais graves, em que não há por parte do ente regulado qualquer predisposição em aderir a um processo de conformação de sua conduta aos padrões regulatórios.

253. Conforme já explanado, o art. 173 da LGT impõe a sanção de advertência como o patamar mínimo de atuação estatal para os descumprimentos de normas do setor de telecomunicações, sendo que, para os descumprimentos de obrigações de universalização e de continuidade, o patamar mínimo de atuação é a sanção de multa (art. 82 da LGT). A edição de norma infralegal não tem o condão de afastar a aplicabilidade dos arts. 173 e 82 da LGT.

254. Com efeito, **mantido intacto o atual perfil das normas regulatórias materiais, de índole fortemente descritiva das condutas que devem ser observadas na prestação dos serviços de telecomunicações, continuará cabendo à Anatel, por expressa imposição legal, o dever de punir o agente regulado em toda e qualquer situação em que a infração administrativa, grave ou não, já se encontre efetivamente praticada.**

255. Assim, ainda que a Agência, paralelamente, possa se valer de outros instrumentos objetivando a correção de irregularidades detectadas na conduta do particular e o estímulo ao cumprimento continuado, para o futuro, das normas setoriais, a sanção administrativa deverá continuar sendo imposta, via de regra, nas situações de descumprimento das obrigações regulatórias constantes das normas.

256. Nesse sentido, confirmam-se as lições de Alexandre Santos de Aragão (*in* Direito dos Serviços Públicos. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 567), *verbis*:

O conceito de sanção administrativa, tal como tradicionalmente construído pela doutrina, significa um prejuízo jurídico infligido pela Administração Pública ao administrado em razão da prática de uma conduta ilegal, podendo traduzir-se no pagamento de multas ou na privação de bens e direitos. Em direito regulatório o conceito de sanção possui ainda maior amplitude, abarcando as denominadas medidas corretivas, intervencionistas e rescisórias próprias dessa classe de atividade. [...]

O que tradicionalmente caracteriza a sanção é a previsão de um ato antijurídico na hipótese de incidência da norma que a institui e a consequência jurídica deletéria caso ele seja concretamente praticado. A sanção pode, também, em tese, alcançar atos em geral que acarretem distorções no modelo econômico que as atividades reguladora e regulada visam, de acordo com a lei, a preservar. Mas deve, naturalmente, haver previsão, ainda que genérica, da aplicação das sanções em razão do descumprimento desses objetivos e *standards* legais.

257. Portanto, esta Procuradoria Especializada recomenda que a Agência avalie se a substancial remodelagem de seus instrumentos para o desempenho das atividades de fiscalização (Regulamento de Fiscalização) e de aplicação de penas (RASA), de acordo com os princípios e diretrizes da teoria da regulação responsiva, não deveria, por coerência, ser precedida ou, ao menos, executada concomitantemente a uma reestruturação do perfil dos principais normativos regulatórios que regem atualmente o setor de telecomunicações, de modo que, em alinhamento aos pressupostos do referido modelo de regulação estatal, deixem de estabelecer (tipificar) condutas a serem detalhada e rigidamente observadas pelos agentes regulados e passem a prever, de forma mais aberta e flexível, os padrões, objetivos e parâmetros regulatórios que deverão ser observados pelos particulares na prestação dos serviços.

258. Essa coordenação temporal evitaria, conforme já exposto, a impropriedade de se ter a vigência simultânea de normas de fiscalização e de aplicação de sanções e normas regulatórias materiais sintonizadas a modelos regulatórios de matrizes extremamente distintas, circunstância dotada de grande potencial de mitigação ou mesmo de neutralização da plena eficácia dos sistemas de regulação estatal envolvidos, na medida em que o art. 173 da LGT ao limitar a discricionariedade da Agência, exige que mesmo os descumprimentos de baixa relevância sejam objeto de sanção administrativa, o que dificulta a efetividade de um modelo em que se tolera descumprimentos de menor reprovabilidade.

259. Um exemplo de redesenho da obrigação de modo a evitar a instauração de PADOs para infrações de menor relevância é o da infração de óbice à fiscalização, o qual será analisado em subtópico próprio.

3.4.2 ÓBICE À FISCALIZAÇÃO

260. Conforme explanado acima, em relação às obrigações decorrentes de normas editadas pela Anatel há possibilidade de a regulação responsiva ser incorporada na atuação sancionadora da Agência a partir da construção de regimes jurídicos diferenciados conforme o tema que se pretende regular, de forma que a própria norma, criada para disciplinar algum tema afeto a telecomunicações, seja construída de modo a não haver infrações em situações de reprovabilidade mínima.

261. Um bom exemplo para esse tipo de redesenho da obrigação é o modelo apresentado na proposta do regulamento de fiscalização regulatória para a infração de obstrução à atividade fiscalizatória. Este se encontra disciplinado na Seção IV da proposta de regulamento:

Seção IV

Da Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória

Art. 37. Havendo dificuldade para a atividade de acompanhamento ou ainda impossibilidade de conclusão de ação da Fiscalização, por responsabilidade do Administrado em atender solicitações de informações, devem ser reiterados os pedidos ou adotadas novas medidas com o objetivo de concluir a atividade obstruída.

Art. 38. Somente a partir da adoção de nova medida, ou de reiteração das solicitações originais, descritos no art. 37, poderá ser caracterizada a Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória.

Art. 39. Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória é todo ato, comissivo ou omissivo, direto ou indireto, do Administrado ou de seus prepostos, que impeça, dificulte ou embarace a atividade de acompanhamento exercida pela Anatel mediante:

I - oferecimento de entrave à atuação dos servidores e recusa no atendimento; ou,

II - não envio ou envio intempestivo de quaisquer dados e informações pertinentes à obrigação do Administrado; ou

III - o envio de informações inverídicas ou que possam levar a uma interpretação equivocada dos dados.

Art. 40. O impedimento de acesso físico às instalações, por parte do Administrado, será caracterizado como Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória independentemente da adoção das medidas descritas no art. 37.

Art. 41. Caracterizada a Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória devem ser adotadas medidas de controle pela autoridade competente, além daquelas necessárias com o objetivo de concluir a atividade obstruída.

262. Da leitura desses dispositivos, em especial os arts. 37 e 38, fica claro que houve uma preocupação quanto a evitar que todo atraso ou envio incompleto de informações solicitadas pela Anatel configure um descumprimento a ser apurado em PADO.

263. Em se tratando de uma obrigação imposta pela própria Anatel, não se vislumbra impedimento para que a Anatel redesenhe a obrigação de modo a evitar a instauração de PADOs para apurar descumprimentos de baixa reprovabilidade, a exemplo do que se propôs nesses dispositivos.

264. Vale lembrar, contudo, que o descumprimento de uma obrigação imposta implica o dever de apurar o descumprimento, conforme art. 173 da LGT. Dessa forma, a sugestão desta Procuradoria para a disciplina do tema é tão somente deixar claro que haveria dois tipos de solicitação de informações, sendo que, para apenas um dos tipos, o descumprimento da solicitação configuraria infração administrativa (no exemplo de redação sugerida por esta Procuradoria a solicitação cujo descumprimento configuraria infração seria a requisição).

265. Nessa perspectiva, propõe-se a seguinte redação para os arts. 37 e 38 da proposta de regulamento de fiscalização regulatória:

Sugestão da PFE

Seção IV

Da Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória

Art. 37. Havendo dificuldade para a atividade de acompanhamento ou ainda impossibilidade de conclusão de ação da Fiscalização, por responsabilidade do Administrado em atender solicitações de informações, **a Agência deve requisitar do administrado as informações** ~~devem ser reiterados os pedidos ou adotadas novas medidas com o objetivo de concluir a atividade obstruída.~~

Art. 38. Somente a partir da adoção de nova medida, ou de reiteração das solicitações originais, descritos no art. 37, poderá ser caracterizada a **O descumprimento da requisição de informações caracterizará** Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória.

266. Para deixar claro em quais casos a inobservância das solicitações de informações configurará Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória, a redação apresentada acima prevê a solicitação de informações (não cogente, ou seja, não impõe uma obrigação) e a requisição de informações (cogente, impõe uma obrigação que, se descumprida, implica o dever de apurar a infração administrativa), sendo que a requisição de informações, com base no art. 37, deve ser precedida de, pelo menos, uma solicitação de informações.

267. Desse modo, só ocorrerá a infração de Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória, se o administrado deixar de responder a solicitação de informações (podendo eventualmente ocorrer até mais de uma solicitação de informações) e a requisição de informações, evitando assim a instauração de PADOs para apurar descumprimentos de baixa reprovabilidade, a exemplo de atraso de um dia na resposta do administrado para a primeira solicitação de informações.

3.4.3 POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÕES REGULAMENTARES RELATIVAS A D ESCUMPRIMENTOS DE NORMAS EDITADAS PELA ANATEL, PELO PODER EXECUTIVO OU PELO CONGRESSO NACIONAL.

268. Conforme explanado acima, há um dever para a Anatel de apurar e punir o descumprimento de normas editadas pelo Poder Executivo ou pelo Congresso Nacional, tendo em vista o teor dos arts. 82 e 173 da LGT:

Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

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

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V - declaração de inidoneidade.

269. Dessa forma, para as obrigações estabelecidas pelo Poder Executivo ou pelo Congresso Nacional, a LGT não conferiu à Anatel discricionariedade suficiente para deixar de instaurar processos punitivos nem para remodelar as obrigações de modo que os descumprimentos só ocorram em situações de gravidade que justifique, a critério da Anatel, a instauração do processo punitivo.

270. Cabe salientar, todavia, que, mesmo com a discricionariedade em menor amplitude, há possibilidades de atuação da Anatel que contribuam para reduzir seus custos administrativos em infrações de menor relevância e concentrar seus esforços em temas que podem repercutir de fato numa melhoria dos serviços prestados aos usuários, além de criar métricas que contribuam para estimular a efetiva alteração de condutas tidas por inadequadas (infração), à luz da regulamentação.

271. A primeira diz respeito à **ampliação da aplicabilidade da sanção de advertência**. Pois bem. Na perspectiva de redução dos custos administrativos com contencioso administrativo em temas de menor relevância, cumpre destacar que, no âmbito da Anatel, grande parte do contencioso administrativo envolve discussões relativas a metodologias de cálculos de multas, sendo que esse contencioso existe tanto em relação a infrações de temas relevantes quanto para descumprimentos de obrigações de menor relevância.

272. O art. 12 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, do Conselho Diretor da Anatel, prevê:

Art. 12. A critério da Agência, nas infrações classificadas como leves, e quando não houver reincidência específica, pode ser aplicada a sanção de advertência ao infrator.

273. O inciso VIII do art. 2º conceitua a reincidência específica e o § 1º do art. 9º trata dos casos das infrações classificadas como leves:

Art. 2º Para fins deste Regulamento aplicam-se as seguintes definições: (...)

VIII - reincidência específica: repetição de falta de igual natureza, no período de 5 (cinco) anos contado do trânsito em julgado administrativo do Pado, até a data do cometimento da nova infração;

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

I - leve;

II - média; e

III - grave.

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

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

I - violação a direitos dos usuários;

II - violação a normas de proteção à competição;

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

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

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

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

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

III - quando atingido número significativo de usuários;

IV - quando seus efeitos representarem risco à vida;

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

fundamentação regulamentar;

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

VII - descumprimento de obrigações de universalização.

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

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

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

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

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

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

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

274. Pela leitura desses dispositivos, observa-se que a sanção de advertência somente pode ser aplicada se o infrator não for reincidente e se a infração não se enquadrar em nenhum dos quatro incisos do § 2º do art. 9º e dos quatorze incisos do § 3º do art. 9º. Observa-se que o âmbito de incidência desse tipo de sanção é bastante restrito em decorrência da regulamentação adotada pela própria Agência.

275. Tendo em vista que a dinâmica do setor de telecomunicações envolve empresas que prestam serviços a milhões de usuários, ao afastar a sanção de advertência dos casos em que há reincidência, a regulamentação restringe significativamente a aplicação da sanção de advertência, por mais que se trate de um descumprimento a uma obrigação de menor relevância.

276. A aplicação da sanção de advertência para casos de infrações de baixa reprovabilidade possibilita, além de uma medida sancionadora adequada para esse tipo de infração, uma tramitação mais célere dos processos punitivos, haja vista que (a) parte das horas de trabalho dos servidores da Agência que atuam em PADOs são dedicadas a questões afetas a metodologias de cálculo de multa e (b) em se tratando da sanção mais leve das previstas em lei e a possibilidade de agravamento de sanção na esfera recursal, a aplicação de sanção de advertência pode desestimular, em alguma medida, a litigiosidade administrativa (defesa e recurso administrativo) nos PADOs que se destinam a aplicar sanções de advertência, bem como a litigiosidade judicial.

277. A ampliação da aplicabilidade da sanção de advertência é uma espécie de medida que pode ser realizada mediante alteração regulamentar. A proposta de resolução contempla alterações quanto à aplicabilidade da sanção de advertência que serão analisados em tópico específico deste Parecer.

278. Cabe salientar, todavia, que a aplicabilidade da sanção de advertência não pode ser ampliada a ponto de abranger descumprimentos de obrigações de universalização e de continuidade, haja vista o art. 82 da LGT, que exige, para esses casos, a multa como o patamar mínimo de atuação estatal. Veja-se o dispositivo:

Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

279. A análise da efetividade dos modos pelos quais se exerce a competência sancionadora passa necessariamente pela verificação quanto à alteração de comportamentos adotados pelos regulados, no sentido de o desempenho que implicou descumprimentos ser aprimorado em direção à conformidade da conduta à obrigação imposta pela regulamentação.

280. Em outras palavras, a inteligência sancionadora deve ter por enfoque a utilização da sanção, em suas mais variadas intensidades, como o instrumento que estimula o cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação e pela legislação.

281. Nessa perspectiva, é interessante que as normas que tratam da aplicação de sanções (i) prevejam sanções suficientes e adequadas para estimular o cumprimento das obrigações e (ii) estimulem, a depender do tipo de obrigação descumprida, que o infrator corrija seu comportamento e repare os danos que eventualmente tenha causado. Assim, (i) busca-se evitar que novas infrações sejam cometidas e, (ii) para as cometidas, há uma tentativa de cessação da conduta irregular e minoração dos danos causados.

282. Ao analisar o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, sob um olhar estritamente normativo, nota-se que os incisos I, II e III do art. 20 do Regulamento contempla três tipos diferentes de estímulos à cessação da conduta infratora e os parágrafos 1º a 4º do dispositivo apresentam aspectos relativos à incidência dessas

atenuantes.

Art. 20. O valor da multa será reduzido, nos percentuais abaixo, caso incidam as seguintes circunstâncias atenuantes:

I - 90% (noventa por cento), nos casos de cessação espontânea da infração e reparação total do dano ao serviço e ao usuário, previamente à ação da Agência;

II - 50% (cinquenta por cento), nos casos de cessação da infração e reparação total do dano ao serviço e ao usuário, imediatamente ou em prazo consignado pela Anatel, após a ação da Agência;

III - 5% (cinco por cento), nos casos de adoção de medidas, por livre iniciativa do infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida;

IV - 10% (dez por cento), nos casos de confissão do infrator perante a Anatel, apresentada após a ação da Agência e até a apresentação da defesa.

§ 1º A reparação dos danos causados ao serviço e ao usuário deve ser comprovada à Agência previamente à prolação da decisão de primeira instância pela autoridade competente.

§ 2º A cessação da infração por ação da Anatel, e não do infrator, obsta a incidência da atenuante prevista no inciso II.

§ 3º Cabe ao infrator o ônus de comprovar perante a Anatel o cumprimento dos requisitos previstos neste artigo.

§ 4º Para efeito de incidência da atenuante prevista no inciso II, a Anatel só consignará prazo para cessação da infração quando, por motivos técnicos ou fáticos, não for possível a cessação imediata.

§ 5º A retratação da confissão torna prejudicada a incidência da atenuante prevista no inciso IV.

283. Ademais, o Capítulo XV do Regulamento, que trata da decisão sumária de arquivamento, prevê um procedimento que seria aplicável às infrações de simples apuração definidas em Portaria do Conselho Diretor.

284. Esse procedimento estabelece uma redução de 70% do valor da multa, desde que o autuado cumpra as condições previstas nos incisos I a IV do art. 27, entre as quais a apresentação de prova inequívoca de que cessou a infração e, quando cabível, de que reparou totalmente o dano ao usuário. Vejam-se os art. 25 e 27 do Regulamento:

Art. 25. Para infrações de simples apuração definidas em Portaria do Conselho Diretor, o processo poderá ser decidido sumariamente com o conseqüente arquivamento, nos termos deste Capítulo.

§ 1º A Portaria prevista no **caput** estabelecerá valores fixos de multa para cada infração que definir.

§ 2º Os valores de multa resultantes da aplicação do fator de redução previsto no **caput** do [art. 27](#) deste Regulamento deverão ser suficientes para desestimular o cometimento da infração.

§ 3º O descumprimento cometido por infrator reincidente tramitará sob o rito ordinário previsto no Regimento Interno da Anatel.

Art. 27. Caso o infrator cumpra todas as condições estabelecidas nos incisos abaixo, considerada cada infração isoladamente, terá direito ao fator de redução de 70% (setenta por cento) do valor da multa que trata o [art. 25](#) deste Regulamento:

I - reconhecer a materialidade e confessar a autoria da infração;

II - apresentar prova inequívoca de que cessou a infração e, quando cabível, de que reparou totalmente o dano ao usuário;

III - renunciar expressamente ao direito de litigar administrativamente em relação à infração; e

IV - recolher o valor da multa considerado o fator de redução indicado no **caput** deste artigo.

§ 1º O disposto nos incisos deste artigo deverá ser comprovado perante a Anatel dentro do prazo de apresentação de defesa, para cada infração.

§ 2º Caso a autoridade competente considere que as condições necessárias ao arquivamento não foram cumpridas pelo infrator, ela determinará a devolução do valor da multa paga pelo infrator e o intimará novamente, para, querendo, apresentar defesa, caso ainda não a tenha apresentado.

§ 3º Sobre o resultado da aplicação do fator de redução previsto no **caput** não incidirão as circunstâncias agravantes ou atenuantes e nem o fator de redução previsto no § 5º do [art. 33](#).

285. Numa perspectiva estritamente normativa, a regulamentação, desde 2012, contempla quatro regras que incentivam a correção do comportamento infrator, porém em termos de efetiva aplicabilidade das regras, há nuances que merecem ser analisadas.

286. Vale mais uma vez mencionar que esta Procuradoria entende que compete à Agência a avaliação quanto ao desempenho do seu modelo sancionador atual, não cabendo a esta Procuradoria avaliar o modelo atual como bom ou ruim, entretanto, no contexto de revisão da regulamentação, cumpre indicar em que aspectos a norma atual não teve a aplicabilidade correspondente à que se imaginava à época da edição do Regulamento, em 2012.

287. Quanto às **infrações de simples apuração** (Capítulo XV do Regulamento de Sanções Administrativas), o procedimento desenhado adotava premissa diferente da utilizada ordinariamente pela Anatel em sua atuação sancionadora: a pré-fixação de multas para infrações administrativas.

288. Em suma, a realização desse procedimento, na prática, dependeria, entre outros aspectos, de (i) Portaria do Conselho Diretor definindo as infrações de simples apuração e suas respectivas multas; (ii) adaptação de rotinas para que o próprio agente de fiscalização adotasse os procedimentos necessários para que o devedor já pudesse efetuar o pagamento da multa, poucos dias após ser autuado; e (iii) alterações de sistema de gestão de créditos, para contemplar a possibilidade de incidência desse desconto para as infrações objeto da Portaria.

289. Embora não houvesse impedimento de natureza jurídica para a implementação desse novo procedimento, por razões diversas, nunca houve a delimitação, pelo Conselho Diretor, das infrações que se submeteriam a esse novo procedimento, de modo que toda a detalhada sistemática prevista nos arts. 25 a 30 do Regulamento de Sanções Administrativas não chegou sequer a ser aplicada. As alterações propostas pela área técnica quanto a esse procedimento serão objeto de tópico específico.

290. Acerca dos **incisos I, II e III do art. 20 do RASA**, o inciso I que se apresenta é uma norma que prevê grande estímulo para a cessação da conduta infratora, porém é claramente uma norma que apresenta um suporte fático com elementos que dificultam uma aplicação mais corriqueira do dispositivo.

291. A exigência de cessação espontânea da conduta infratora e reparação total do dano ao serviço e ao usuário, previamente à ação da Agência, delimita de forma bastante restritiva o universo de situações para as quais a atenuante se aplica.

292. Cumpre esclarecer que, nesse aspecto, não se está a criticar a norma. O objetivo da norma era o de incentivar que a prestadora infratora corrigisse sua conduta antes mesmo de haver alguma ação da Anatel e o incentivo dedicado para esse tipo de situação foi o de a multa ser reduzida em 90% (noventa por cento).

293. Em outras palavras, estabeleceu-se incentivo de grande proporção para um comportamento quase equivalente ao pleno cumprimento da obrigação (cessação da conduta infratora antes da ação da Agência) e o incentivo era (e deveria ser) superior aos outros incentivos para a cessação da conduta infratora nos quais a conduta infratora persiste por mais tempo e demanda mais atuação da Agência.

294. Ocorre, todavia, que é natural que essa delimitação da aplicabilidade do inciso I do art. 20 faça com que esse dispositivo não seja tão aplicado na prática, tampouco represente o principal estímulo à cessação da conduta infratora, uma vez que a existência de qualquer ação da Anatel em relação à infração é suficiente para afastar a incidência dessa atenuante.

295. O **inciso II do art. 20**, por outro lado, refere-se à possibilidade de cessação da conduta infratora, após a ação da Agência, em prazo consignado pela Anatel. Se o autuado regulariza a sua conduta nesse prazo, tem direito à aplicação da atenuante de 50% (cinquenta por cento).

296. A aplicação desse dispositivo, na prática, sempre dependeu da consignação desses prazos de cessação da conduta infratora, seja por meio de ato do agente de fiscalização ou da adoção de entendimentos administrativos que considerassem o que deveria ser entendido como prazo razoável de cessação da conduta infratora que justificasse a incidência da atenuante.

297. Recentemente, o Conselho Diretor passou a entender que deveria ser considerado o prazo de noventa dias, contado da fiscalização da Anatel, como o prazo que justificaria a incidência dessa atenuante (inciso II do art. 20) para casos de descumprimento de obrigação de implantação de Telefone de Uso Público. Como exemplo, cite-se o Acórdão nº 135, de 26 de março de 2019. Veja-se a Ementa do Acórdão:

ACÓRDÃO Nº 135, DE 26 DE MARÇO DE 2019

Processo nº 53587.000223/2011-51

Recorrente/Interessado: TELEMAR NORTE LESTE S.A.

CNPJ/MF nº 33.000.118/0008-45

Conselheiro Relator: Moisés Queiroz Moreira

Fórum Deliberativo: Reunião nº 867, de 21 de março de 2019

EMENTA

RECURSO ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES (PADO). ARTS. 4º, I, E 8º DO PLANO GERAL DE METAS DE UNIVERSALIZAÇÃO (PGMU II). PETIÇÃO EXTEMPORÂNEA. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA Nº 21/2017. INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS ANTES DA DECISÃO. INAPLICABILIDADE. ACOMPANHAMENTO DO DESENVOLVIMENTO POPULACIONAL. OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS PARA CORROBORAR CONCLUSÕES DOS FISCAIS. DESNECESSIDADE. PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO APROVADO POR PORTARIA DO SUPERINTENDENTE NÃO POSSUI CARÁTER NORMATIVO. AUSÊNCIA DE CROQUI. VALIDADE DA AÇÃO DE FISCALIZAÇÃO. CORREÇÃO DE IRREGULARIDADES NÃO AFASTA SEU COMETIMENTO. INFRAÇÕES DE UNIVERSALIZAÇÃO SÃO GRAVES. INCIDÊNCIA DO ART. 20, II E III, DO RASA. REDUÇÃO DA MULTA. RECURSO ADMINISTRATIVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. (...)

6. A regularização da conduta em momento posterior à constatação da infração pela Anatel não afasta sua materialidade, porém pode implicar na incidência da circunstância atenuante prevista no art. 20, II e III, do RASA. As irregularidades foram corrigidas pela Prestadora dentro do prazo de 90 (noventa) dias, considerado adequado para configurar o imediatismo previsto no inciso II. Uma das ocorrências de infração inscrita no art. 4º, I, do PGMU II foi corrigida em prazo superior a 90 (noventa) dias, sendo tal regularização considerada como adoção de medidas (art. 20, III, do RASA).

7. O art. 9º, § 3º, VII, do RASA é taxativo em graduar as infrações decorrentes de

descumprimento de obrigações de universalização como graves, não deixando margem para flexibilização diante de características de caso concreto. A gradação das infrações deu-se em conformidade com o disposto no RASA.

8. Recurso Administrativo conhecido e parcialmente provido. (grifos nossos)

298. Observa-se, assim, que, desde a edição do RASA, por muitos anos, a aplicação desse dispositivo, na prática, restou dificultada quanto à possibilidade de cessação no prazo consignado pela Agência, porque, no âmbito administrativo, não havia entendimentos dos órgãos da Agência que possibilitariam a aplicação da atenuante. De fato, os fiscais da Agência, na base da pirâmide de atuação fiscalizatória e sancionatória, por vezes dependiam dessa prefixação de prazos para determinadas infrações de modo que pudessem consigná-los aos autuados com segurança.

299. Cabe salientar, todavia, que, em processos sancionadores relativos a descumprimentos de compromisso de abrangência relativos a Serviço Móvel Pessoal - SMP que foram objeto de Parecer desta Procuradoria nos últimos meses, já se percebe uma aplicação com maior frequência dessas atenuantes de 90% ou 50%.

300. Dos doze processos instaurados para apurar descumprimentos de compromisso de abrangência que foram analisados por esta Procuradoria nos últimos meses, em dez houve proposta de aplicação de, pelo menos alguma, das atenuantes previstas nos incisos I e II do art. 20 do RASA. Na oportunidade, vale destacar a importância desse tipo de descumprimento que foi regularizado em alguns desses casos, antes da ação da Agência e, em outros casos, em até noventa dias da ação da Agência. A regularização dessas situações, em grande medida, implica o acesso por parte da população (i) a um dos serviços de telecomunicações de maior importância no contexto atual, (ii) a uma opção para a prestação desse serviço (nos casos em que o serviço já existia, mas não era prestado pela empresa responsável pelo compromisso de abrangência), e (iii) a um serviço de qualidade melhor (nas situações em que o compromisso exige a disponibilização de uma tecnologia que não havia na região objeto do compromisso de abrangência).

301. Nos Processos nºs 53500.023220/2018, 53500.023062/2018, 53500.023023/2018, 53500.054971/2017, 53500.078538/2017, 53500.023655/2018, 53500.039515/2018, 53500.022258/2018, 53500.029217/2019 e 53500.023444/2018, houve proposta de aplicação de alguma das atenuantes previstas nos incisos I e II e nos Processos Administrativos nº 53500.009634/2013 e nº 53500.023275/2018, não houve proposta de aplicação de alguma dessas duas atenuantes.

302. Cumpre ressaltar que não se pretende defender que uma situação ocorrida em dez processos administrativos sancionadores seja suficientemente representativa para concluir que o processo sancionador da Anatel alcança o objetivo de forçar o infrator a regularizar suas condutas inadequadas.

303. Ocorre, todavia, que a aplicabilidade da atenuante restou por muito tempo impossibilitada, na prática, pela ausência de definição de uma rotina de designação de prazos ou de um entendimento que fixasse qual prazo para a cessação da conduta infratora seria exigido, para efeito de aplicação da atenuante, e, no contexto atual em que vem sendo adotados alguns entendimentos quanto a prazo de cessação, já é possível identificar casos em que a aplicação da atenuante tem servido para estimular a cessação da conduta infratora pelo autuado. Na prática, entende-se que tais prazos podem ser prefixados por ato de Superintendente ou do próprio Conselho Diretor.

304. A aplicação da atenuante em dez casos (num universo de doze) de descumprimentos de compromisso de abrangência representa, ao menos, um indicativo de que a aplicação de uma atenuante de proporção significativa para a cessação da conduta infratora num prazo que seja factível pode representar estímulo a que, em parte dos casos, o infrator regularize sua conduta com agilidade suficiente para justificar a aplicação da atenuante.

305. Em relação à atenuante prevista no **inciso III do art. 20 do RASA**, esta nunca dependeu da adoção de algum entendimento administrativo para ser aplicada e sua aplicação se mostra bastante comum nos PADOS que são encaminhados para a análise da Procuradoria, o que indica que é relativamente comum, até o momento da aplicação da sanção administrativa, a adoção pelo autuado de *“medidas, por livre iniciativa do infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida”*, ainda que a aplicação dessa atenuante apenas reduza a multa aplicada numa proporção de 5% (cinco por cento), o que representa metade da redução da multa, em decorrência da confissão (inciso IV do art. 20 do RASA) e menos da metade do fator de redução previsto no § 5º do art. 33, que trata da renúncia expressa ao direito de recorrer.

306. Feitos esses comentários pontuais acerca dos incentivos à regularização da conduta do autuado, é possível realizar uma análise mais geral desses incentivos. Dos quatro incentivos (art. 27 do RASA e incisos I, II e III do art. 20 do RASA), apenas dois estiveram efetivamente disponíveis para serem aplicados nos PADOS que tramitaram na Anatel durante esses oito anos de edição do RASA, os incisos I e III do art. 20 do RASA.

307. O inciso I do art. 20 traz a hipótese de a cessação da conduta irregular ocorrer antes da ação da agência e, portanto, tem uma aplicação prática naturalmente restrita.

308. O inciso III do art. 20 concede um benefício mínimo (redução na proporção de 5%) ao infrator que, até a aplicação da sanção, adota medidas para minimizar os efeitos decorrentes da infração.

309. Os incentivos para a plena regularização da conduta, após a ação da Agência, embora estivessem previstos no inciso II do art. 20 e no art. 27 do RASA, não puderam ser aplicados em praticamente todo esse período em que a Agência acabou formando sua convicção quanto à incapacidade de seu processo administrativo sancionador ser efetivo a ponto de modificar as condutas irregulares praticadas pelos infratores.

310. Diante desse contexto, uma possibilidade de atuação da Agência no sentido de dar maior efetividade a seu processo administrativo sancionador, com vistas a estimular que as prestadoras

cumpram a regulamentação da Agência e, ao falharem, corrijam rapidamente suas falhas, seria revisar as regras aplicáveis aos incentivos previstos no RASA, aprimorando-as, e inclusive dando-lhes plenas condições de serem aplicadas nos casos concretos, sobretudo clareza suficiente para que os administrados não tenham tantas dúvidas sobre as situações em que têm ou não direito à aplicação de uma atenuante ou de um fator de redução.

311. A preocupação quanto à clareza dos incentivos também se mostra presente no Informe nº 93/2019/PRRE/SPR:

3.45.2.3. Assim, em situações em que o sancionamento por irregularidade for inescapável, é imprescindível, para o sucesso do processo de fiscalização regulatória, que haja clareza das circunstâncias em que as atenuantes serão aplicadas, tornando explícitas as vantagens para a prestadora em solucionar os problemas previamente ao processo sancionador.

312. Ademais, considerando a primeira possibilidade sugerida neste tópico (ampliação da aplicabilidade da sanção de advertência) e essa segunda possibilidade (aprimorar regras de incentivo à regularização da conduta infratora), inclusive seria possível, para determinadas infrações de menor gravidade, estipular a aplicabilidade da advertência (em vez da sanção de multa), nas situações em que o infrator regulariza sua conduta, em momento especificado na regulamentação.

313. Cumpre salientar, que essa última possibilidade, entretanto, não poderia vir a ser dedicada para descumprimentos das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade, haja vista o teor do art. 82 da LGT (transcrito acima).

4. MÉRITO: ANÁLISE DA PROPOSTA DE RESOLUÇÃO. ALTERAÇÕES NO REGULAMENTO DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS - RASA.

314. Passa-se a examinar, neste tópico, a proposta de alteração do RASA contida na Minuta de Resolução em que apresentada, nos autos deste Procedimento Administrativo de Planejamento e Execução do Projeto "Evolução do Modelo de Acompanhamento, Fiscalização e Controle", a proposta mais recente de Regulamento de Fiscalização Regulatória (documento SEI nº 4479570).

315. Esse exame parte das premissas já apresentadas anteriormente neste Parecer, entre as quais se destaca a ausência de discricionariedade quanto ao dever de apurar e punir descumprimentos de obrigações.

316. Também vale mencionar a dificuldade de adesão plena a um modelo responsivo, no exercício da competência sancionadora, quando o arcabouço normativo vigente, em grande parte, foi formulado na perspectiva de preestabelecer pormenorizadamente as condutas a serem observadas pelos particulares no desempenho das atividades reguladas.

317. Conforme já explanado acima, há um descompasso conceitual em se ter a vigência simultânea da atual regulamentação de tipificação detalhista de condutas esperadas, ainda concebida sob a inspiração coercitiva do modelo clássico de regulação estatal, e do novo ferramental, a ser introduzido pelo Regulamento de Fiscalização Regulatória e, complementarmente, pelas alterações no RASA, moldado, segundo os fundamentos da regulação responsiva, para um ambiente dotado de normas regulatórias abertas e flexíveis, destinadas, de modo pragmático e finalístico, ao estabelecimento de padrões, objetivos e parâmetros a serem perseguidos pelos entes regulados na prestação dos serviços de telecomunicações.

318. Retomadas brevemente essas premissas, cumpre analisar as alterações ao RASA trazidas pela Minuta de Resolução em que proposta, nos autos deste Procedimento Administrativo de Planejamento e Execução, a versão mais recente de Regulamento de Fiscalização Regulatória (documento SEI nº 4479570).

4.1 CLASSIFICAÇÃO DAS INFRAÇÕES QUANTO À SUA NATUREZA E GRAVIDADE (LEVE, MÉDIA E GRAVE) - ART. 9º DO RASA

319. A primeira alteração proposta na Minuta de Resolução ora em análise objetiva redefinir a classificação das infrações administrativas segundo a sua gravidade.

320. Nos termos do Voto nº 127/2018/SEI/PR, a definição da gravidade de uma infração como leve, média ou grave apenas com base no tema em que está inserida limitaria *"uma análise mais apurada quanto ao grau de reprovabilidade da [conduta]"*. O que se pretende, conclui, é que o sancionamento não fique atrelado a um condicionamento temático.

321. Na mesma linha, assevera o Informe nº 93/2019/PRRE/SPR que a proposta seria deixar de preestabelecer no RASA a classificação de cada tipo de infração, de modo que a gradação em leve, média e grave somente ocorra *"por questões relativas à conduta do agente ou o resultado de sua ação, sendo necessário analisar o caso concreto para se determinar a classificação da infração"*.

322. De fato, o critério temático encontra-se hoje presente na predefinição, como médias, das infrações por violação aos **direitos dos usuários** e às normas de proteção da **competição** e dos **bens reversíveis** (art. 9º, § 2º, I, II e III, do RASA). O Regulamento de Sanções, também em razão do tema, predefine como graves as infrações por **óbice** à ação de fiscalização ou à execução de decisão, por descumprimento de obrigações de **universalização**, por **uso não autorizado de radiofrequências**, por **uso irregular de radiofrequências** diversas da autorizada ou que tenham causado interferência em sistemas de radiocomunicação autorizados, por **uso não autorizado ou irregular de radiofrequências** reservadas para órgãos de segurança pública ou serviços de emergência e salvamento, destinadas a fins exclusivamente militares ou atribuídas aos serviços de radionavegação, radiolocalização, radioastronomia e pesquisa espacial e por **comercialização de produtos nos Mercados Relevantes de Atacado** sem registro da operação na Base de Dados de Atacado e sem a utilização do Sistema de Negociação de Ofertas de Atacado – SNOA (art. 9º, § 3º, VI a XIV, do RASA).

323. Registre-se que esta Procuradoria entende não haver qualquer impedimento jurídico a que o Conselho Diretor da Anatel, compreendendo que determinadas condutas infracionais atingem sobremodo a normalidade da prestação de serviços de telecomunicações ou da realização de outras atividades referentes ao setor, considerados, por sua natureza, extremamente sensíveis e indispensáveis ao interesse público, predefina, excepcionalmente, um patamar mais alto de gravidade quanto à prática dessas irregularidades.

324. Trata-se, obviamente, de medida excepcional que deve ser tomada, no exercício do poder discricionário do órgão máximo da Agência, com moderação e seletividade, a fim de não banalizar o escalonamento proposto no estabelecimento da gravidade das infrações.

325. Além disso, é preciso ter em conta que os conceitos de gravidade e reprovabilidade, embora possam ser correlacionados, são claramente distintos. Mesmo que uma infração específica seja, de antemão, considerada grave pela Agência, é possível, na dosimetria da sanção a ser aplicada, aferir o grau de reprovabilidade da conduta efetivamente praticada pelo agente infrator no caso concreto.

326. Portanto, parece necessário verificar se a fixação de uma nova diretriz – segundo a qual toda e qualquer infração às normas de regulação do setor de telecomunicações, **seja qual for a matéria ou a temática afetada**, poderá ser classificada como leve, média ou grave, a depender do grau de reprovabilidade da conduta – não dificultaria a previsibilidade dos prestadores de serviços de telecomunicações, quanto à gravidade das infrações praticadas. Conforme já ressaltado, os elementos que definem a gravidade de uma infração não se confundem necessariamente com os fatores que aferem, no caso concreto, o grau de reprovabilidade da conduta do infrator.

327. Observa-se, ademais, que a fundamentação apresentada para se propor a alteração da classificação das infrações segundo a sua gravidade, calcada no entendimento de que uma conduta infrativa não deve ser aprioristicamente definida como leve, média ou grave a depender do tema ao qual esteja relacionada, somente é válida para uma parte das hipóteses hoje estabelecidas para a realização dessa classificação.

328. Com efeito, há outros critérios previstos na atual regulamentação, que não o temático, para a aferição da gravidade infracional.

329. Veja-se que o RASA, seja qual for a matéria regulada envolvida, define como média a infração em que o agente, ao cometê-la, tenha auferido **vantagem indireta** (art. 9º, § 2º, IV, do RASA). Além disso, o Regulamento de Sanções, independentemente do campo temático, rotula como graves as condutas irregulares em que o infrator tenha agido com **má-fé** ou auferido **vantagem direta** ou, ainda, que as irregularidades praticadas tenham atingido **número significativo de usuários**, representado **risco à vida** ou causado **impedimento à utilização de serviço** de telecomunicações por usuários efetivos ou potenciais (art. 9º, § 3º, I a V, do RASA).

330. Observa-se que a Minuta de Resolução ora em exame, nas modificações que sugere ao art. 9º do RASA, mantém, desse universo de critérios de gradação da infração apontado no parágrafo anterior, apenas a existência de **má-fé** ou de **risco à vida** (art. 9º, § 3º, b e c). Nada obsta, evidentemente, que a Agência, em juízo de conveniência e oportunidade, demonstre formalmente que não há mais razão para que os demais critérios citados subsistam, como parece ser a intenção, de acordo com o Voto nº 127/2018/SEI/PR, com relação à previsão de classificação, como grave, de toda e qualquer infração que atinja um número significativo de usuários. Contudo, como este último conjunto de hipóteses, previsto no art. 9º, § 2º, IV, e § 3º, II, III e V, do atual RASA, não guarda relação com o critério temático, acima tratado, que leva em conta o tipo de infração para preestabelecer a sua gravidade, a fundamentação exposta nos autos não se aplica a esse rol.

331. Portanto, mostra-se necessário que a Agência ainda apresente nos autos os fundamentos que justificariam a decisão pela supressão de cada um dos critérios objetivos de definição da gravidade de infrações constantes do art. 9º, § 2º, IV, e § 3º, II, III e V, do RASA.

332. Prosseguindo, a Minuta de Resolução sob exame propõe a seguinte redação ao art. 9º do RASA (documento SEI nº 4479570):

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

I - leve;

II - média; e

III - grave.

§ 1º A infração deve ser considerada **leve** quando **não tenha** o infrator **auferido vantagem** em decorrência do ilícito administrativo.

§ 2º A infração deve ser considerada **média** quando houver o agente causado **dano potencial** ao serviço **com prejuízo efetivo**, mas restrito à atividade específica ou a grupo limitado de usuários.

§ 3º A infração deve ser considerada **grave** quando da ocorrência de uma das seguintes alternativas:

a) **dano direto com prejuízo efetivo** e significativo ao serviço e aos usuários;

b) **má-fé**;

c) **risco à vida**. (grifos nossos)

333. A redação proposta abandona, ao menos explicitamente, o critério residual hoje previsto no art. 9º, § 1º, do RASA, segundo o qual a infração administrativa é classificada como leve caso não possa ser enquadrada em nenhum dos critérios previstos para a sua caracterização como média ou grave. Assim, a infração passa a ser considerada leve, de acordo com a referida Minuta, caso inexistente qualquer vantagem em razão de sua prática.

334. Não se vislumbra, a princípio, óbice jurídico à definição da infração leve como aquela em que o agente regulado não tenha obtido qualquer proveito com a sua prática, tratando-se, inclusive, de critério semelhante ao que existia no RASA aprovado pela Resolução nº 344/2003, que, em seu art. 8º, § 2º, classificava como leve a infração *“decorrente de condutas involuntárias ou escusáveis do infrator e*

da qual não se beneficia” (grifo nosso).

335. A Minuta busca, em seguida, distinguir a infração média da grave associando aquela primeira à ocorrência de **dano potencial com prejuízo efetivo** ao serviço e esta última à ocorrência de **dano direto com prejuízo efetivo** e significativo ao serviço e aos usuários.

336. Todavia, verifica-se não haver nos autos um maior esclarecimento a respeito do que distinguiria, **num mesmo cenário de prejuízo efetivo**, o *dano potencial* do *dano direto*.

337. Veja-se que o RASA vigente, na hipótese prevista no art. 9º, § 3º, V, diferencia os **usuários potenciais** dos **usuários efetivos**, contrapondo os usuários do serviço em relação às pessoas que, ainda não sendo, poderão se tornar usuárias. Além disso, conforme comentado acima, a atual redação do RASA se vale dos conceitos antagônicos de **vantagem direta** e **vantagem indireta** para classificar a infração, respectivamente, como grave ou média.

338. Já na proposta ora em exame, associa-se, primeiramente, o conceito de dano potencial ao serviço – ou seja, aquele que, sendo latente, ainda não ocorreu de fato – a um quadro de prejuízo efetivo, o que já não é facilmente assimilável.

339. Com efeito, é possível antever dificuldades na tarefa da Agência de verificar se o dano meramente potencial a um serviço, gerado pela prática de uma determinada infração, teria ou não causado algum prejuízo efetivo. Como o prejuízo é decorrência do dano causado, imagina-se que o dano potencial, a princípio, gere prejuízos igualmente potenciais, o que pode indicar uma aparente contradição do dispositivo tal qual proposto.

340. Além disso, o **dano potencial** ao serviço com prejuízo efetivo é contraposto, na Minuta, ao **dano direto** ao serviço com prejuízo efetivo, o que nos leva a supor que o termo “direto”, aqui, tenha o significado de “efetivo”. Sendo correta essa hipótese, a dificuldade seria imaginar, diante do princípio de que a lei não deve conter palavras inúteis, um dano efetivo ao serviço que não gere prejuízo igualmente efetivo.

341. Observe-se, outrossim, que o dano potencial com prejuízo efetivo ao serviço, de acordo com a Minuta, somente caracteriza a infração como média quando estiver restrito a uma atividade específica ou a um grupo limitado de usuários (art. 9º, § 2º). Todavia, como apenas o dano direto, segundo a mesma proposta, qualifica a infração como grave (art. 9º, § 3º, a), o dano potencial com prejuízo efetivo ao serviço que alcançasse várias atividades ou um universo mais amplo de usuários não poderia definir a infração praticada nem como média nem como grave.

342. Portanto, esta Procuradoria recomenda a realização de ajustes na redação proposta ao art. 9º do RASA que melhor esclareçam (i) quais seriam, nas infrações médias, os prejuízos efetivos decorrentes dos danos potenciais ao serviço, (ii) o que diferiria o *dano potencial* com prejuízo efetivo ao serviço do *dano direto* com prejuízo efetivo ao serviço e (iii) qual gradação receberia uma infração que tenha causado dano potencial com prejuízo efetivo ao serviço, mas **não** apenas restrito à atividade específica ou a grupo limitado de usuários.

343. Além disso, outro ponto a ser avaliado pela Agência, relativamente à nova proposta de classificação das infrações, diz respeito ao risco de uma subjetividade excessiva a ser exigida do julgador, no momento de aplicar a sanção cabível pela prática de uma infração. Ao ter que avaliar se a conduta ilícita causou dano potencial ou direto ao serviço, com prejuízo efetivo ou não, a classificação proposta pode exigir da autoridade julgadora a realização de ilações que, no caso concreto, podem não ser tão compreensíveis para o administrado infrator.

344. Assim, é salutar que o conteúdo normativo quanto à classificação das infrações contenha o menor grau de subjetividade possível a ser esperada do órgão aplicador da sanção, a fim de haver, para o administrado, previsibilidade quanto à possível penalidade a lhe ser aplicada em decorrência da prática de um ato ilícito e isonomia com relação às penas anteriormente aplicadas pela Agência em razão da prática da mesma conduta infrativa.

345. Nesse sentido, confirmam-se os ensinamentos da doutrina, *in verbis*:

Para o Direito Administrativo Sancionador, um dos aspectos acima elencados deve ser especialmente considerado neste estudo: a previsibilidade dos comportamentos e ações dos indivíduos em razão mesmo de sua essencialidade no próprio conceito de Direito.

Em outros termos: **é direito fundamental dos administrados que as normas que fixem infrações e respectivas sanções administrativas permitam uma aferição objetiva de previsibilidade de modo que possa orientar as suas condutas e comportamentos.** Fora desta compreensão, portanto, estarão quaisquer normas que apenem ações e omissões de terceiros que não apresentem um grau mínimo de previsibilidade.

Na lição de Fábio Medina Osório, mesmo a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados na estruturação de tipos sancionadores, apesar de possível, não pode invadir esferas privativas dos indivíduos ao criar uma ambiência de intolerável incerteza e inadmissível imprevisibilidade conceitual do tipo sancionador.

É inadmissível que prevaleçam incertezas quanto às imposições punitivas estatais, devendo as normas administrativas sancionadoras precisarem com extremo cuidado e elevado grau de objetividade as condutas indesejáveis e as sanções aplicáveis para cada situação.

Portanto, quando a lei, por sua generalidade e abstração, não determinar com precisão a categoria de condutas proibidas, deve o Poder Executivo — ou, a depender da hipótese, a entidade reguladora — restringir e delimitar os parâmetros de aplicação das sanções administrativas, de modo a assegurar aos administrados o direito básico e elementar de saber o que é proibido, obrigatório ou facultado.

(...)

A ausência de parâmetros objetivos pode acarretar aplicações distorcidas, provocando uma indesejável e aguda insegurança nas empresas. A norma

sancionadora deve ser dotada de um grau de detalhamento que permita assegurar o mínimo de previsibilidade de comportamento por parte dos agentes econômicos.

A consequência concreta quando isso não ocorre é a impossibilidade de o administrado provisionar recursos, quando sofrer uma autuação.” (grifos nossos)

(MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43 out./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=98862>>. Acesso em: 11 maio 2020)

346. Por fim, cumpre a esta Procuradoria tratar de um aspecto da classificação das infrações que envolve o âmbito de aplicação dos dispositivos que tratam da classificação das infrações em leve, média e grave. Os critérios indicados na proposta de alteração do RASA para essa classificação não adotam um parâmetro único de gradação que atua numa mesma escala, o que ocorreria, por exemplo, se as infrações leves fossem as que afetassem abaixo de determinado número de usuários, as graves aquelas que afetassem acima de um número específico de usuários, e as médias seriam as que afetam mais usuários que o limite máximo para configuração da infração leve e menos usuários que o patamar mínimo de configuração da infração grave. Nesse exemplo, há claramente três conjuntos de situações (leve, média e grave), sem intersecções entre eles.

347. Na proposta de alteração do RASA, porém, adotam-se conceitos que permeiam em diversos aspectos as infrações administrativas leves, médias e graves. Quando se combina a existência ou não de dano, o tipo de dano causado, a existência ou não de vantagem auferida, o tipo de vantagem, a existência ou não de risco à vida, pode haver situações que ao mesmo tempo se classifiquem como infração de mais de um nível de gravidade. Há intersecções entre os conjuntos de infrações leves, médias ou graves.

348. Uma forma de mitigar essa dificuldade é a de prever a ordem pela qual o aplicador da norma avaliará o enquadramento da situação, se primeiro verificará os critérios das infrações graves, depois médias e, por último, as leves, ou se o caminho será o inverso.

349. Trata-se de uma técnica que preestabelece qual classificação de infração prevalece sobre a outra, quando uma situação preenche concomitantemente os requisitos da classificação de duas gravidades. O RASA atual a contemplou nos parágrafos 1º e 2º do art. 9º:

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

I - leve;

II - média; e

III - grave.

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

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

350. O critério do RASA atual, portanto, embora preveja critérios que se permeiam nas infrações administrativas, indicou o caminho para que uma infração não seja classificável, ao mesmo tempo, como grave e média (por exemplo). Em primeiro lugar, avalia se a infração é grave, em seguida se é média. Se não for grave, nem média, será leve.

351. Sugere-se assim que as propostas de alteração do RASA prevejam a ordem pela qual será avaliada a configuração das infrações em leve, média e grave, de modo a dar clareza sobre como funcionará a regulamentação quanto aos casos de infrações que atendem critérios de mais de um nível de gravidade de infração.

4.2 SANÇÃO DE ADVERTÊNCIA - ART. 12 DO RASA

352. A atual redação do art. 12 do Regulamento de Sanções possui o seguinte teor:

DA APLICAÇÃO DE ADVERTÊNCIA

Art. 12. A critério da Agência, nas infrações classificadas como leves, e quando não houver reincidência específica, pode ser aplicada a sanção de advertência ao infrator.

353. Nos termos do referido dispositivo, a aplicação da sanção de advertência pela Agência possui dois requisitos: a infração classificada como leve e a inexistência de reincidência específica.

354. O Voto nº 127/2018/SEI/PR, ao tratar da proposta de modificação do comando regulamentar em tela, salienta que as empresas do setor de telecomunicações que prestam serviços a milhões de usuários tendem a ser naturalmente reincidentes. Afirma que essas repetidas infrações nem sempre afetam *“de maneira profunda a prestação do serviço ou seus usuários”*.

355. Conclui, nessa linha, que o RASA, ao obstar a aplicação da advertência aos casos em que há reincidência específica, estaria, na prática, impedindo que as prestadoras de médio e grande porte *“sejam sancionadas com advertência, por mais que a baixa reprovabilidade justificasse a aplicação desse tipo de sanção”*.

356. Daí a proposta de que o dispositivo ora tratado, dissociando a sanção de advertência das infrações leves e da ausência de reincidência específica, passe a prever a aplicação dessa pena, de modo mais abrangente, nos casos (i) em que não se justifique a aplicação de sanção mais grave, (ii) em que o fato infracional for de conduta escusável ou (iii) em que as consequências da conduta sejam

consideradas de baixa ofensividade.

357. Prosseguindo, verifica-se que a Minuta de Resolução ora em exame, ao contrário do que previsto no art. 9º do RASA/2003 e no art. 12 do RASA/2012, deixa de indicar expressamente que a possibilidade de aplicação da pena de advertência está restrita às infrações classificadas como leves.

358. A retirada dessa menção deve ser entendida como uma autorização para que a sanção de advertência seja aplicada nas infrações médias ou graves.

359. Nesse aspecto, é importante que a Agência avalie se a ampliação das hipóteses de cabimento da sanção de advertência, não obstante seja medida até apontada como uma possibilidade de eventualmente estimular o cumprimento das obrigações, também garantiria, para infrações médias e graves, conforme a proposta regulamentar ora analisada, que as sanções sejam suficientes para desestimular a prática de condutas infratoras, e se há proporcionalidade na métrica adotada, uma vez que as sanções aplicadas devem ser proporcionais à reprovabilidade das infrações e a eleição, no regulamento, de determinadas condutas como infrações graves, significa que, para essas condutas, o juízo apriorístico da Agência já identifica uma reprovabilidade maior.

360. Além disso, é relevante, na linha do que já argumentado em linhas anteriores, que o Regulamento de Sanções contenha previsibilidade da possível sanção a ser aplicada ao infrator, contendo expressões mais objetivas. Assim, expressões como “conduta escusável” e “baixa ofensividade”, embora a primeira já tenha sido utilizada no RASA aprovado pela Resolução nº 344/2003, incute no julgador a necessidade de fazer ilações sobre a conduta do infrator, se ela foi escusável e se as consequências advindas dela eram de baixa ofensividade.

361. Assim, sugere-se, na nova redação a ser dada ao art. 12, evitar a utilização de expressões com alto grau de subjetividade e passível de várias interpretações, o que dificulta a observância do princípio da isonomia na aplicação de sanções administrativas.

362. Por outro lado, também se faz importante constar da proposta da Minuta previsão que impossibilite a aplicação de sanção de advertência pelo descumprimento de obrigações de universalização e de continuidade. Ao excluir da classificação das infrações como graves o descumprimento dessas obrigações, bem como a redação proposta para o art. 12 não excluir da sua incidência as infrações médias ou graves, é relevante que esteja expresso no Regulamento de Sanções que essas infrações não podem ser sancionadas com advertência.

363. Embora seja crível compreender que as obrigações de universalização não preencham os requisitos dos incisos II e III do art. 12 do texto proposto para a Minuta, deve-se ter em mente que o art. 82 da LGT, dispõe expressamente que essas infrações sejam punidas com “*sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção*”. Comparando esse dispositivo com o art. 173 da mesma Lei, observa-se que o legislador teve a clara intenção de punir essas condutas infrativas com mais rigor, visto que este último dispositivo prevê como sanções por descumprimento das normas e deveres previstos na Legislação correlata a aplicação de advertência, multa, suspensão temporária, caducidade e declaração de idoneidade.

364. Observa-se, conforme já dito, a supressão proposital do legislador, no art. 82 da LGT, da possibilidade de aplicação de sanção de advertência pelo descumprimento das obrigações de universalização e de continuidade.

365. Dessa forma, quanto à proposta de art. 12 do RASA, sugere-se que a Agência avalie (a) se a possibilidade de a sanção de advertência ser aplicada a infrações médias e graves garante que as sanções estejam aptas a desestimular a prática de infrações; (b) se há proporcionalidade na métrica adotada, uma vez que as sanções aplicadas devem ser proporcionais à reprovabilidade das infrações e a eleição, no regulamento, de determinadas condutas como infrações graves, significa que, para essas condutas, o juízo apriorístico da Agência já identifica uma reprovabilidade maior; e (c) se os conceitos previstos no dispositivo estão exageradamente abertos e subjetivos, o que pode causar dificuldades na aplicação do regulamento pelos diversos servidores da Agência que atuam em matéria sancionadora.

366. Acerca desse tema, esta Procuradoria opina pela impossibilidade de a sanção de advertência ser aplicada para descumprimento de obrigações de universalização e de continuidade, tendo em vista o art. 82 da LGT, razão pela qual sugere que o art. 12 excepcione expressamente esses dois tipos de infração.

4.3 SANÇÕES DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE NÃO FAZER - ART. 16 DO RASA

367. A Minuta de Resolução sob exame propõe algumas alterações nos parâmetros que devem ser necessariamente observados na aplicação das sanções de obrigação de fazer e de não fazer previstos, atualmente, nos incisos I, II e III do art. 16 do RASA.

368. A respeito da plena possibilidade de utilização, pela Anatel, dessa espécie de sanção administrativa nos Procedimentos para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pados), assim se manifestou este órgão de assessoramento, mais recentemente, no Parecer nº 882/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU, dentre outros:

15. A primeira questão importante a ser destacada é que a obrigação de fazer, enquanto espécie de sanção, não se confunde com determinações feitas em medidas cautelares, leis, regulamentos, contratos, termos, condicionantes, dentre outros, como comumente ocorre no âmbito da ANATEL. Trata-se, tão-somente, de um tipo de sanção dentre as descritas no artigo 3º, do RASA.

16. Embora não conste de forma expressa na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), em especial no artigo 173, a sanção de obrigação de fazer está prevista no artigo 68, da Lei do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99). Confira-se, *verbis*:

Art. 68. 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.

17. Por essa e outras razões, esta Procuradoria, ao analisar a proposta de Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, concluiu no Parecer nº 1413/2011 (processo nº 53500.020772/2005) que não havia qualquer óbice para inclusão desta espécie de sanção no texto normativo, bem como recomendou que a Agência não deixasse de prever essa possibilidade, a qual poderia se mostrar útil e conveniente em determinadas situações futuras.

18. Sobreveio, então, a Resolução nº 589, de 07.05.2012, que aprovou o RASA e incluiu expressamente a possibilidade de aplicação da sanção de obrigação de fazer, inclusive com os contornos, características e parâmetros sugeridos por este órgão jurídico no citado parecer. Confira-se o disposto nos artigos 2º, XI, 3º, IV, 15 e 16, todos do RASA, *verbis*:

(...)

20. Como se observa, é o interesse público que irá ensejar a aplicação da sanção de obrigação de fazer. **Caso a autoridade administrativa competente, no seu juízo discricionário, entenda conveniente, oportuno e mais adequado ao atendimento do interesse público a fixação de sanção de obrigação de fazer, ao invés de obrigação de pagar (multa), ou concomitantemente com esta, não haverá óbice para implementação desta medida, desde que apresente a devida fundamentação.**

24. Demonstrado o interesse público na aplicação da sanção de obrigação de fazer mediante entendimento devidamente fundamentado da área técnica, sobre o qual não cabe a este órgão jurídico opinar, já que inserto no mérito administrativo, resta-nos analisar se as premissas, parâmetros e a própria obrigação de fazer definidos pela área técnica estão em consonância com a legislação.

25. De início, é muito importante registrar que a opção/escolha pela obrigação de fazer, ao invés da obrigação de pagar (multa), recai exclusivamente no âmbito de discricionariedade da autoridade administrativa, não caracterizando, assim, qualquer espécie de direito, opção ou escolha por parte do administrado.

26. Assim, é irrelevante para a aplicação da obrigação de fazer a existência de eventual pedido formulado por uma entidade que responde a um processo punitivo, pois não se trata de acolher ou rejeitar a pretensão da autuada, mas, sim, de definir a espécie de sanção à luz do interesse público, conforme acima demonstrado.

27. Acrescente-se que esta circunstância decorre diretamente da compreensão de que **sanção de obrigação de fazer não é melhor ou pior do que a sanção de obrigação de pagar (multa). As duas espécies de sanção possuem - e devem possuir - a mesma envergadura, sendo certo que ambas, observadas as suas respectivas naturezas e características, devem ser aptas a atingir as funções clássicas da pena relativas à repressão e prevenção quanto ao cometimento de infrações.**

28. Frise-se: como as duas espécies de sanção em análise - obrigação de fazer e obrigação de pagar (multa) - são equivalentes, será exatamente a análise das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto que irá ensejar a aplicação de cada uma delas, seja em conjunto, seja isoladamente, conforme autorização do artigo 15, do RASA. (grifos nossos)

369. Retornando propriamente à análise da Minuta de Resolução, a primeira modificação sugerida buscou tratar, em um novo e único inciso, das atuais exigências (i) de que **a obrigação** imposta pelo ato sancionatório **deve estar estritamente relacionada com a infração** cometida (art. 16, II, do RASA) e (ii) de que **as melhorias** para o serviço atingido, a serem buscadas com a imposição da obrigação de fazer ou de não fazer, **devem alcançar, preferencialmente, a área afetada** pela conduta irregular (art. 16, III, do RASA), sendo que neste novo tratamento, há alterações significativas que serão destacadas adiante. Vejam-se a redação atual do art. 16 e a proposta de alteração apresentada pela área técnica:

Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução n. 589, de 7 de maio de 2012

Art. 16. As sanções de obrigação de fazer e de não fazer devem observar os seguintes parâmetros:

I - não podem se restringir ao mero cumprimento das obrigações já impostas ao infrator pelo arcabouço regulatório e pelos contratos ou termos celebrados;

II - devem estar estritamente relacionadas com a infração cometida, sendo vedada a determinação da prática ou abstenção de ato que não tenha qualquer relação com a conduta irregular apenada;

III - devem buscar melhorias para o serviço atingido, de preferência na área afetada, de modo a beneficiar os seus usuários.

§ 1º O ônus da prova do cumprimento da ordem mandamental imposta pela autoridade competente recairá sobre a sancionada, que, dentro do prazo fixado na decisão condenatória, deverá comprovar o cumprimento da obrigação.

§ 2º O não atendimento da ordem emanada pela autoridade administrativa implicará a conversão da sanção de obrigação de fazer ou de não fazer em multa, independentemente de responsabilização civil ou criminal, que levará em consideração o grau de cumprimento da obrigação imposta e a gravidade da infração originalmente cometida.

§ 3º As sanções de obrigação de fazer e não fazer não se confundem com a determinação para reparação dos usuários prejudicados, nem com as medidas cautelares.

Proposta de alteração apresentada pela área técnica

Art. 16. (...)

II - devem buscar melhorias para os serviços de telecomunicações prestados pelo infrator

ou por outras empresas do grupo econômico por ela integrado, de modo a beneficiar os seus usuários;

III - devem privilegiar projetos que atendam às necessidades estruturantes previstas no Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT, aprovado pela Anatel, nos termos do art. 22, IX da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; e

IV - devem guardar pertinência temática e geográfica com a infração objeto de apuração.
(...)

370. Assim, de acordo com a redação proposta, as diretrizes acima indicadas ficariam dispostas no inciso IV do art. 16 do RASA, o qual enunciaria que as obrigações de fazer ou de não fazer aplicadas em desfavor do regulado *“devem guardar **pertinência temática e geográfica com a infração objeto de apuração**”*.

371. Observa-se que a proposta apresentada, ao suprimir a expressão *“de preferência na área afetada”*, constante do atual inciso III do art. 16 do RASA, parece eliminar a possibilidade hoje existente de que a Agência, observando as peculiaridades de casos concretos, imponha a obrigação de fazer em outras regiões que não exatamente a área afetada pela infração cometida.

372. Com isso, deixaria de ser viável, por exemplo, que infrações relacionadas à ampliação de infraestrutura praticadas no centro urbano de uma capital, em que o serviço de telecomunicações afetado já é prestado muito acima dos padrões mínimos preestabelecidos, possam ser punidas mediante a fixação de obrigações de fazer que prevejam a realização de investimentos em áreas geográficas do interior do respectivo Estado, mais necessitadas e menos populosas, que, não obstante a presença do interesse social, são de baixa ou nenhuma atratividade econômica.

373. Portanto, tudo recomenda que a Agência avalie se pretende mesmo abrir mão dessa facultatividade, atualmente autorizada pelo RASA para o melhor atendimento do interesse público, de remanejamento das obrigações de fazer, em determinadas situações, para áreas geográficas distintas daquelas que foram especificamente atingidas pelas infrações apuradas.

374. Ademais, em relação ao requisito da pertinência temática, cabe à Agência avaliar se é pertinente exigir o atendimento desse requisito, na totalidade das situações em que for aplicada a sanção de obrigação de fazer, uma vez que a proposta de alteração regulamentar prevê a possibilidade de a sanção de obrigação de fazer recair inclusive sobre serviço de telecomunicações distinto daquele em que foi praticada a infração administrativa. Sendo possível recair sobre serviço de telecomunicações distinto, a exigência de pertinência temática para todas as sanções de obrigações de fazer a serem impostas pode dificultar sobremaneira a aplicação do instituto.

375. Caso não tenha sido a intenção da Agência adotar a previsão acima detalhada, mais restritiva que a atual, esta Procuradoria apresenta, a título de aprimoramento, a seguinte sugestão para o texto do inciso IV do art. 16 do RASA, proposto na Minuta de Resolução ora em exame:

Sugestão da PFE:

Art. 16. (...)

(...)

IV - devem, preferencialmente, guardar pertinência temática com a infração objeto de apuração e dirigir-se à área geográfica afetada

376. A segunda proposta de alteração, no tocante às obrigações de fazer, busca estender o alcance das melhorias almejadas com a aplicação da referida sanção, que deixariam de focar, tão somente, o serviço propriamente atingido (art. 16, III, do atual RASA) para contemplar, de forma mais abrangente, *“os serviços de telecomunicações prestados pelo infrator ou por outras empresas do grupo econômico por ela integrado, de modo a beneficiar os seus usuários”* (art. 16, II, do RASA, na redação proposta pela Minuta).

377. A possibilidade de realização, por parte do agente infrator, de determinada obrigação de fazer em prol de serviço distinto daquele que foi concretamente atingido em razão de sua conduta infracional mostra-se alinhada à atual tendência, cada vez mais consolidada, de convergência tecnológica na prestação dos múltiplos serviços de telecomunicações. A propósito desse ponto, assim consta do Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações (PERT 2019/2024 - Atualização 2020), *in verbis*:

As telecomunicações deixaram há muito de se limitar à comunicação de voz. A evolução da tecnologia analógica para a digital, principalmente com a expansão massiva da Internet, tem facilitado a conversão da voz, dados e vídeos para o formato digital. Cada vez mais, **os serviços estão sendo prestados de forma convergente, tornando mandatória a busca pela convergência das plataformas e tecnologias**, de modo que se torna urgente superar a segregação, hoje existente, de licenciamento, de outorgas e de mecanismos regulamentares, para que o acesso aos serviços seja alcançado por toda a população. **Permitir a entrega de múltiplos serviços** e reduzir custos **também passa a ser foco das ações da Anatel.** (grifos nossos)

378. Portanto, mostra-se positiva a referida ampliação da gama de serviços de telecomunicações prestados pelo agente infrator que poderão ser alvo das melhorias almejadas com a imposição da sanção de obrigação de fazer.

379. Por outro lado, a previsão de que a Agência, na aplicação da pena de obrigação de fazer, também possa buscar a promoção de melhorias nos serviços de telecomunicações prestados por outras empresas do grupo econômico integrado pela entidade infratora encontra evidente obstáculo nos limites subjetivos dos efeitos da sanção administrativa, que não podem ser suportados por outras pessoas jurídicas que não são responsáveis pela prática da infração administrativa, independentemente de

pertencerem ou não a um mesmo conglomerado empresarial.

380. Sugere-se, dessa forma, a supressão do trecho “ou por outras empresas do grupo econômico por ela integrado”, presente na redação proposta para o inciso II do art. 16 do RASA.

381. A última modificação pretendida, com relação às obrigações de fazer e de não fazer, é a inclusão, no art. 16, III, do RASA, de um novo parâmetro a ser observado para a aplicação dessa espécie de sanção, consistente no dever da Agência de “*privilegiar projetos que atendam às necessidades estruturantes previstas no Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT, aprovado pela Anatel, nos termos do art. 22, IX da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*”.

382. A respeito da proposta de inclusão dessa diretriz, assim ressaltou o Presidente do Conselho Diretor, Conselheiro Leonardo Euler de Moraes, no Voto nº 127/2018/SEI/PR, *in verbis*:

8.20. Assim, uma vez que a sanção seja materializada na forma de uma obrigação de fazer deve-se assegurar que a obrigação seja direcionada para investimentos que possibilitem benefícios significativos aos usuários e que sejam sujeitos a um controle tempestivo por parte do regulador.

8.21. Nessa toada, o atingimento do interesse público requer da Administração cada vez mais criatividade nas soluções buscadas. Dentre outras, obrigações como aquelas mencionadas pela PFE (“melhoria da infraestrutura de rede”; “troca de equipamentos obsoletos por outros de última geração”; “instalação de equipamentos ou de postos de serviço”; ou ainda de “fazer investimentos urgentes”) podem efetivamente constituir alternativas mais vantajosas para os usuários dos serviços do que a simples imposição de multa e recolhimento de valores aos cofres públicos.

8.22. Considerado o aspecto temático, seria desejável que as obrigações em tela passíveis de serem fixadas guardassem coerência com a atual proposta de Plano Estrutural das Redes de Telecomunicações (PERT) - previsto no inciso IX do art. 22 da Lei nº 9.472/1997 - Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Isto porque tal instrumento deve resultar de uma organização das informações disponíveis à Agência a respeito da infraestrutura nacional de telecomunicações, com a pretensão de tornar mais compreensíveis e acessíveis à sociedade os projetos capazes de suprir as deficiências diagnosticadas nas redes e, assim, atender ao objetivo da política setorial de ampliar o acesso à internet em banda larga.

8.23. Passada a fase de proposta - que se encontra submetida à apreciação deste Colegiado - mais forte ainda a necessidade de que tais obrigações se alinhem ao futuro PERT, de modo a garantir maior racionalização nos esforços públicos para a promoção dos serviços de telecomunicações.

8.24. Assim, a presente proposta prevê a indicação expressa no RASA quanto ao privilégio a ser dado *aos projetos que atendam às necessidades estruturantes previstas no Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT*, uma vez que se opte pela imposição de sanção de obrigação de fazer. (grifos no original)

383. Conforme explicitado acima, a proposta apresentada pretende estabelecer que a Agência, sempre que possível, direcione a aplicação das obrigações de fazer à realização de melhorias relacionadas aos projetos de investimentos apresentados, no Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações (PERT), para suprir as deficiências estruturais nas redes de transporte e de acesso indispensáveis à oferta dos serviços de banda larga.

384. Tal direcionamento, desde que observados todos os demais parâmetros de aplicação da sanção ora tratada, como o disposto no art. 16, I, do RASA, quanto à impossibilidade de se impor condutas de mero cumprimento de obrigações regulatórias e contratuais já impostas ao infrator, não encontra qualquer impedimento.

385. É possível, inclusive, para efeitos de reconhecimento da viabilidade da proposta, traçar um paralelo entre essa associação das sanções de obrigação de fazer com as necessidades estruturantes previstas no PERT e aquela estabelecida entre os compromissos adicionais a serem assumidos no âmbito nos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) e o rol de projetos considerados estratégicos pela Agência que poderiam ser executados nessa condição, preestabelecidos pelo Conselho Diretor da Anatel, inicialmente, por meio do Ato nº 50.004, de 05/01/2016. Registre-se, por oportuno, que esse rol de opções de projetos que podem ser executados como compromissos adicionais no âmbito dos TAC foi recentemente atualizado pelo órgão máximo da Agência, por meio do Ato nº 1688, de 27/03/2020, tendo passado a corresponder, exatamente, à relação de projetos de investimentos apontados pelo Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações (PERT).

386. Ante o exposto, esta Procuradoria sugere a seguinte redação para a proposta de alteração do art. 16 do RASA:

Sugestão da PFE

Art. 16. (...)

II - devem buscar melhorias para os serviços de telecomunicações prestados pelo infrator ~~ou por outras empresas do grupo econômico por ela integrado~~, de modo a beneficiar os seus usuários;

III - devem privilegiar projetos que atendam às necessidades estruturantes previstas no Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT, aprovado pela Anatel, nos termos do art. 22, IX da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; e

IV - devem, preferencialmente, guardar pertinência temática e geográfica com a infração objeto de apuração.

387. A Minuta de Resolução ora em exame propõe a inclusão do art. 17-A no capítulo do RASA relativo à aplicação de multa, com o seguinte teor:

Art. 17-A. A Agência aplicará a sanção de multa quando:

I - não for cabível a aplicação da sanção de advertência;

II - o infrator tenha descumprido as medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas; ou

III - nos casos de risco à vida.

388. O dispositivo proposto introduziria, como visto, hipóteses em que a aplicação de multa pela Agência seria obrigatória. Pela leitura desse dispositivo, a ocorrência de qualquer uma dessas hipóteses é suficiente para que a Agência seja obrigada a aplicar a sanção de multa.

389. A primeira hipótese nesse sentido seria o não cabimento, no caso concreto, da aplicação da sanção de advertência.

390. Não se vislumbra óbice jurídico quanto a essa primeira hipótese, a qual está em sintonia com o art. 2º, I, do RASA. Essa primeira hipótese representa uma hipótese mais geral de cabimento da sanção de multa, a partir de um juízo da reprovabilidade da infração.

391. A segunda condicionante para a aplicação da sanção de multa seria, de acordo com a proposta em análise, a constatação formal do descumprimento, por parte do agente infrator, das medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas pela Agência.

392. As medidas preventivas ou reparatórias, como será visto de forma detalhada mais adiante, devem, de acordo com a proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória constante da Minuta de Resolução, ser impostas aos agentes regulados nos processos de acompanhamento com o fim de *“prevenir condutas de forma tempestiva, cessar ou reduzir o impacto aos consumidores e ao setor”* (art. 42). Seriam exemplos dessas medidas a divulgação de informações, a orientação aos administrados, a notificação para regularização, o plano de conformidade e a imposição ao administrado de medida cautelar (art. 43).

393. Depreende-se, assim, pela proposta apresentada, que a aplicação de multa somente estaria autorizada pelo RASA após a concessão pela Agência de uma prévia oportunidade para que os infratores cessem as condutas infrativas praticadas e reparem os danos por ela eventualmente causados.

394. Nesse aspecto, não há óbice a que o Regulamento preveja que, para determinado universo de infrações, a cessação da conduta infratora no prazo previsto em determinada medida preventiva ou reparatória, implica a incidência de sanção de advertência, em vez da sanção de multa, como forma de incentivar a cessação da conduta infratora, ressalvados os casos de que trata o art. 82 da LGT.

395. Conforme já enfatizado por este órgão jurídico por ocasião da emissão do Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU, ainda que venham a ser impostas pela Anatel outras medidas preventivas ou de controle, *“uma vez identificados indícios de infração, não há como afastar a necessidade de instauração de procedimento sancionador, para apuração da infração e aplicação da sanção cabível. Nesse caso, não há de se falar em discricionariedade da Agência”*.

396. Desse modo, a Procuradoria, conforme explanado acima, vislumbra óbice quanto ao art. 45 da proposta, porém não vislumbra óbice ao critério indicado no inciso II do art. 17-A, desde que, no caso de cumprimento de medida preventiva ou reparatória, seja aplicada alguma das sanções previstas no art. 173 da LGT ou no art. 68 da Lei n. 9.784, de 1999, ainda que seja a sanção de advertência.

397. Por fim, o dispositivo proposto (art. 17-A) dispõe, em seu inciso III, que nas situações em que presente o risco à vida, a Agência estaria obrigada a aplicar a sanção de multa.

398. Não se vislumbra óbice jurídico quanto ao inciso III. Se a infração que envolve risco à vida já apresenta reprovabilidade suficiente para que, em relação a ela, aprioristicamente seja afastada a sanção de advertência e aplicável a de multa, nada impede que o Regulamento assim preveja.

399. Cabe salientar, por fim, que o art. 82 da LGT impossibilita a aplicação da sanção de advertência para descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade. Dessa forma, esta Procuradoria opina pela necessidade da inclusão dos descumprimentos das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade no art. 17-A do RASA como infrações para as quais se deve aplicar a pena de multa, ressalvados os casos em que se justificar a aplicação de sanção ainda mais gravosa.

400. Dessa forma, quanto à proposta de art. 17-A do RASA, esta PFE-Anatel entende necessária a inclusão desses dois tipos de infração no art. 17-A do RASA como irregularidades para as quais se deve impor multa, ressalvados os casos em que se justificar a aplicação de sanção mais grave que a de multa.

401. Por fim, cumpre a esta Procuradoria tratar de um aspecto do cabimento da sanção de multa que envolve concomitantemente o âmbito de aplicação da sanção de advertência, a exemplo do que foi apresentado quanto aos critérios de classificação das infrações em leve, média e grave.

402. Os critérios indicados na proposta de alteração do RASA para cabimento de sanção de advertência e multa não adotam um parâmetro único de gradação que atua numa mesma escala, o que ocorreria se, por exemplo a advertência fosse aplicável para infrações que afetassem abaixo de determinado número de usuários, e a sanção de multa fosse aplicável para infrações que afetassem acima desse número específico de usuários. Nesse exemplo, há claramente dois conjuntos de situações (cabimento da sanção de advertência e cabimento da sanção de multa), sem intersecções entre eles.

403. Na proposta de alteração do RASA, porém, adotam-se conceitos que permeiam em diversos aspectos as infrações administrativas. Quando se combina a avaliação se a infração é de baixa ofensividade, se a infração foi ou não escusável, se houve descumprimento de medida reparatória a existência ou não de dano, pode haver situações que ao mesmo tempo sejam enquadráveis como situações de cabimento de advertência e de multa. Há intersecções entre os conjuntos do cabimento de sanção de advertência e de multa.

404. Uma forma de mitigar essa dificuldade é a de prever a ordem pela qual o aplicador da norma avaliará o enquadramento da situação, se primeiro verificará o cabimento da sanção de

advertência ou se primeiro avaliará a aplicação da sanção de multa.

405. Trata-se de uma técnica que preestabelece qual sanção deve prevalecer sobre a outra, quando uma situação preenche concomitantemente os requisitos do cabimento das duas sanções. Conforme já explanado acima, o RASA atual a contemplou, para efeito de classificação das infrações nos §§ 1º e 2º do art. 9º:

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

I - leve;

II - média; e

III - grave.

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

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

406. O critério do RASA atual, portanto, embora preveja critérios que se permeiam nas infrações administrativas, indicou o caminho para que uma infração não seja classificável, ao mesmo tempo, como grave e média (por exemplo). Em primeiro lugar, avalia se a infração é grave, em seguida se é média. Se não for grave, nem média será leve.

407. Sugere-se assim que as propostas de alteração do RASA prevejam a ordem pela qual será avaliado o cabimento da sanção de advertência e a de multa, de modo a dar clareza sobre como funcionará a regulamentação quanto aos casos de infrações que atendem concomitantemente critérios de sanção de advertência e de multa.

408. Ademais, na análise conjunta do cabimento das sanções de advertência e de multa há um detalhe que exige maior atenção na delimitação da aplicabilidade dessas sanções. Vejam-se novamente os dispositivos:

Art. 12. A Agência aplicará a sanção de advertência, quando da ocorrência de uma das seguintes alternativas:

I - não justifique a imposição de pena mais grave ao infrator;

II - o fato constitutivo da infração for de conduta escusável;

III - as consequências da conduta forem de baixa ofensividade.

(...)

Art. 17-A. A Agência aplicará a sanção de multa quando:

I - não for cabível a aplicação da sanção de advertência;

II - o infrator tenha descumprido as medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas; ou

III - nos casos de risco à vida. (grifos nossos)

409. O art. 12 prevê que, na ocorrência de qualquer das situações previstas nos incisos desse dispositivo, deve-se aplicar a sanção de advertência, enquanto o art. 17-A, de modo semelhante, estabelece que, havendo qualquer uma das situações previstas em seus incisos, deve-se aplicar a sanção de multa. Nos dois artigos, as hipóteses descritas nos incisos são claramente alternativas (a configuração de qualquer das hipóteses previstas em algum dos incisos é suficiente para aplicação do dispositivo) e não requisitos que precisam ser atendidos concomitantemente para ensejar a aplicação de cada um dos dispositivos.

410. Os incisos I e III do art. 12 e o inciso I do art. 17-A apresentam conceitos demasiadamente abertos. A rigor, as três normas somadas se restringem a um juízo genérico quanto à reprovabilidade da infração. Se a reprovabilidade da infração é baixa, aplica-se advertência; se não, multa.

411. No âmbito de uma Superintendência em que muitos servidores são dedicados à condução de processos administrativos sancionadores, esses três incisos poderão ser aplicados de diversas formas (a depender muito do juízo pessoal do agente público), haja vista que, diante de uma dada situação, cada pessoa pode considerar, genericamente (sem nenhuma diretriz específica), essa situação como uma hipótese que justifica a aplicação de uma sanção de multa ou de advertência.

412. Não se está aqui a defender que o RASA atual é aplicado cotidianamente sem que haja dúvidas, mas as alterações propostas para o RASA nesses temas, em grande medida, retiram diretrizes do RASA atual que reduzem sobremaneira a subjetividade na aplicação da sanção.

413. Embora não haja óbice jurídico para os critérios baseados em conceitos abertos, é relevante que a Agência avalie as dificuldades práticas que esses conceitos abertos podem apresentar na aplicação do Regulamento.

4.5 INCIDÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE - ART. 20 DO RASA

414. A última versão da Minuta de Resolução ora em exame, juntada aos autos como documento SEI nº 4479570, traz em seu bojo proposta de alteração das atenuantes previstas no art. 20 do RASA.

415. A Minuta sugere, inicialmente, a modificação do **inciso I** do referido dispositivo, que prevê atualmente o desconto de 90% (noventa por cento) do valor da multa, caso o agente regulado cesse espontaneamente a infração e repare totalmente o dano ao serviço e ao usuário **previamente à ação da Agência.**

416. A redação proposta para essa primeira e mais vantajosa das atenuantes é a seguinte:

Art. 20. (...)

I - 90% (noventa por cento), nos casos de cessação espontânea da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, **antes da intimação da instauração do Pado**; (grifo nosso)

417. O §1º desse dispositivo apresenta hoje a seguinte redação:

Art. 20. (...)

§ 1º A reparação dos danos causados ao serviço e ao usuário deve ser comprovada à Agência previamente à prolação da decisão de primeira instância pela autoridade competente.

418. Observa-se, inicialmente, um aprimoramento redacional do inciso I do art. 20, que deixa mais claro que o destinatário do ato de reparação total do dano eventualmente causado pela prática da infração é o usuário do serviço de telecomunicações.

419. Quanto ao § 1º do art. 20, que não seria alterado na proposta de Resolução ora analisada, sugere-se o alinhamento dessa nova redação com o teor do inciso I do art. 20 do RASA, bem como a alteração do marco temporal em que se exige a reparação dos danos. Em vez de “previamente à prolação da decisão de primeira instância pela autoridade competente”, sugere-se “até a apresentação de alegações finais **nos autos do Pado ou o transcurso do respectivo prazo**” uma vez que (i) caberá ao infrator comprovar a reparação, (ii) as alegações finais correspondem ao momento processual anterior a prolação da decisão administrativa, no qual há oportunidade para o infrator se manifestar. De fato, permitir a comprovação até prolação da decisão de primeira instância pode conduzir a um tumulto processual, além de reduzir bastante a economia de trabalho para a Agência, já que ela pode caminhar para uma determinada análise e decisão que pode vir a ser completamente modificada pela apresentação de documentos pela prestadora um dia antes da assinatura do Despacho Decisório, por exemplo. Dessa forma, sugere-se a seguinte redação:

Sugestão da PFE:

Art. 20. (...)

§ 1º A reparação ~~dos danos causados ao serviço e~~ **total** ao usuário, **quando cabível**, deve ser comprovada à Agência **até a apresentação de alegações finais nos autos do Pado ou o transcurso do respectivo prazo** ~~previamente à prolação da decisão de primeira instância pela autoridade competente.~~

420. Em seguida, a redação proposta altera significativamente o marco temporal até o qual a cessação espontânea da infração e a reparação total ao usuário ensejam a concessão do desconto de 90% (noventa por cento) do valor da multa. Enquanto, no texto vigente, o infrator deve cessar a conduta irregular anteriormente a qualquer ação da Anatel, a redação sugerida permitiria a concessão do mencionado benefício caso descontinuada a infração até antes da intimação do interessado quanto à formal instauração do Pado em seu desfavor.

421. Esta Procuradoria, por meio do Parecer nº 964/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, já teve oportunidade de alertar nestes autos que a alteração ora analisada apresenta risco de gerar desestímulo para que a prática da infração seja interrompida pelo agente regulado antes mesmo da realização da sempre dispendiosa atividade fiscalizatória pela Agência.

422. Conforme asseverado por esta PFE-Anatel na referida manifestação opinativa, a alteração sugerida pela Minuta passa a conferir a mesmíssima vantagem (i) ao infrator que, por sua própria iniciativa, cessou definitivamente a infração antes mesmo que a Agência acionasse o seu aparato fiscalizatório e (ii) àquele que interrompeu a prática infracional, de modo igualmente espontâneo, porém somente depois da realização, por parte da Agência, de uma série de ações fiscalizatórias que, por quaisquer razões, ainda não haviam se convertido em intimação da instauração de Pado. Assim concluiu este órgão jurídico no referido Parecer, a respeito dos efeitos da possível supressão desse incentivo para evitar fiscalizações da Agência, *in verbis*:

29. Tal preocupação se revela ainda mais pertinente num contexto em que a Agência parece caminhar para a não abertura imediata dos PADOs quando detectadas irregularidades, e sim para o retardamento dessa instauração com vistas a um tratamento amplo e sistemático do acompanhamento dessas questões. Ou seja, a atenuante de 90%, da forma como proposto, poderia incidir inclusive naqueles casos em que já houve várias ações de fiscalização da Anatel, mas não a intimação da instauração do PADO.

30. Portanto, parece que a redação atual do inciso I do artigo 20 do RASA está mais consentânea com o sistema de incentivos à cessação da infração o quanto antes, e de forma que necessite de menos recursos da Agência envolvidos em fiscalização do cumprimento de obrigações regulatórias.

423. Esta Procuradoria reafirma, portanto, sua preocupação quanto à proposta de concessão da maior porcentagem hoje possível de desconto no valor da multa (noventa por cento), prevista no art. 20, I, do RASA, aos infratores que tenham cessado espontaneamente a conduta infracional até a intimação da instauração de Pado, visto que o referido marco temporal, destoando, inclusive, do ambiente de *compliance* regulatório almejado pela regulação responsiva, pode vir a desestimular a interrupção espontânea da infração pelo agente regulado antes mesmo de qualquer atuação por parte da Agência, já que acaba por igualar as duas situações.

424. Ademais, cumpre alertar que a proposta de Resolução ora analisada apresenta uma incoerência entre o art. 45 do Regulamento de Fiscalização Regulatória e a redação proposta para o inciso I do art. 20 do RASA.

425. O art. 45 da proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória prevê que a regularização da conduta implica o arquivamento do processo de acompanhamento, sem que haja abertura de um PADO.

426. O inciso I do art. 20, por outro lado, estabelece uma redução de noventa por cento do valor da multa, para os casos em que, antes da intimação da abertura do PADO, houve a cessação da infração e a reparação do dano, quando cabível.

427. Nota-se, assim que, para uma mesma situação, esses dois dispositivos dão endereçamentos diferentes (para um há inexistência de sanção administrativa, e para o outro, aplica-se uma redução de noventa por cento do valor da multa).

428. Tendo em vista que a proposta de art. 45 do Regulamento de Fiscalização Regulatória apresenta vício de legalidade por violar o disposto nos arts. 173 e 82 da LGT, conforme já explanado acima, esta Procuradoria entende que a exclusão do art. 45 é suficiente para eliminar essa incoerência com a proposta de redação para o inciso I do art. 20 do RASA.

429. Prosseguindo, a Minuta de Resolução propõe a alteração do **inciso II** do art. 20 do RASA, que concede o desconto de **50% (cinquenta por cento)** do valor da multa, caso o regulado cesse a infração e repare totalmente o dano ao serviço e ao usuário, **imediatamente** ou em prazo consignado pela Anatel, após a ação da Agência.

430. A redação sugerida na Minuta para o referido dispositivo tem o seguinte teor:

Art. 20. (...)

II - **70% (setenta por cento)** nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, **dentro do prazo estipulado pela Agência**; (grifo nosso)

431. Com relação ao aumento considerável do percentual de desconto previsto para os casos em que a cessação da infração pelo interessado ocorra no curso de um prazo estipulado pela própria Anatel, subsiste integralmente a consideração já feita por esta Procuradoria nestes autos, por meio do Parecer nº 964/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, no sentido de que *“faz-se necessário, primeiramente, melhor motivação, pela área técnica, sobre a modificação proposta, no sentido de justificar o aumento do percentual de 50% (cinquenta por cento) para 70% (setenta por cento) de desconto, inclusive à luz da efetividade do dispositivo em sua redação atual”*.

432. Com efeito, é preciso não perder de vista que, na hipótese ora tratada, a descontinuação da conduta infrativa se dá em virtude da ocorrência de algum grau de mobilização por parte da Anatel, circunstância que exige a utilização de recursos da Agência envolvidos na fiscalização ou no acompanhamento do cumprimento das obrigações regulatórias.

433. É dizer, haveria a concessão de um vultoso incentivo para a cessação da infração já num momento em que a Agência, detectando a ocorrência da irregularidade, viu-se no dever de estabelecer um prazo para que o regulado tomasse as providências necessárias para a descontinuidade da conduta praticada.

434. Considerando os outros estímulos existentes no RASA para a descontinuidade ou diminuição da litigiosidade administrativa, tais como o desconto de 10% (dez por cento) previsto no atual inciso IV do art. 20 (com proposta de alteração para ser o inciso V) para a hipótese de confissão e o fator de redução de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 33, § 5º, é importante que a Agência avalie se os incentivos à cessação da infração o quanto antes, bem como da litigiosidade administrativa, tendo em vista a atenuante proposta no patamar de 70% (setenta por cento), estão consentâneos com o objetivo de estimular a cessação da infração antes mesmo de qualquer ação da Agência.

435. A preocupação, em suma, é a de que a previsão de obtenção de um desconto tão substancial (setenta por cento do valor da multa), concedido em razão da cessação da infração somente levada a cabo após a fixação de prazo pela Agência, também provoque um total desestímulo nos agentes regulados a cessar espontaneamente a irregularidade antes de qualquer atitude tomada pela Agência.

436. A respeito da supressão, na redação proposta ao inciso II, da previsão de cessação imediata da infração, mantendo-se, apenas, a hipótese de cessação da irregularidade *“dentro do prazo estipulado pela Agência”*, teceu-se no Voto nº 127/2018/SEI/PR as seguintes considerações:

9.13. Em relação ao inciso II, **observou-se na prática que a expressão imediatamente ou em prazo consignado pela Anatel, após a ação da Agência consubstanciou um grande limitador à aplicação do inciso II** e, por conseguinte, um limitador ao estímulo à cessação da conduta infratora constatada após a ação da Agência, que representa a grande maioria dos casos.

9.14. Explica-se. Há infrações que apresentam condições materiais de serem cessadas imediatamente e outras que, naturalmente, precisariam de um prazo para serem cessadas. Em relação à Anatel, **não se observou, na praxe da maior parte das autuações, a designação de prazo para que o autuado, mediante a cessação da conduta infratora, fizesse jus à atenuante de 50% do valor da multa**, o que restringiu muito aplicação do atenuante e o estímulo à cessação da conduta infratora, objetivo último da Anatel. **Na perspectiva da fiscalização, há dificuldades de o fiscal definir por seus próprios critérios qual prazo designar em relação a cada infração.**

9.15. O fator de redução previsto no § 5º do art. 33, por exemplo, é tido como uma medida que alcançou seus objetivos, reduzindo a litigiosidade administrativa (recursos administrativos), por meio de um desconto de 25%. Na prática, a aplicação desse desconto foi muito mais efetiva do que a aplicação do inciso II do art. 20, haja vista que havia clareza e objetividade acerca dos casos nos quais seria aplicado o desconto de 25%. (grifos nossos)

437. Verifica-se que a proposta busca estimular que a Agência, em não havendo condições

materiais para que as irregularidades sejam cessadas imediatamente, estabeleça, realmente, um prazo para que o infrator cesse a infração e repare totalmente o usuário, ensejando, assim, a concessão do desconto no valor da multa. Nesse ponto, esta Procuradoria apresenta sugestões de aprimoramento redacional, com vistas a compatibilizar o inciso II com o §4º do dispositivo, o qual prevê a consignação de prazo apenas quando a cessação da infração não pode ocorrer de forma imediata.

438. Confira-se, assim, a atual redação do inciso II do art. 20 do RASA, e a que ora se propõe:

Redação atual do art. 20, II, do RASA

Art. 20. (...)

II - 50% (cinquenta por cento), nos casos de cessação da infração e reparação total do dano ao serviço e ao usuário, imediatamente ou em prazo consignado pela Anatel, após a ação da Agência;

(...)

Redação apresentada na proposta de Resolução

Art.20. (...)

II - 70% (setenta por cento) nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, dentro do prazo estipulado pela Agência;

(...)

Proposta da PFE:

Art. 20. (...)

II - 70% (setenta por cento), nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, **imediatamente após a ação da Anatel** ou dentro do prazo estipulado pela Agência;

439. Ainda a propósito do inciso II, recomenda-se, também, pequena alteração na redação do § 2º do art. 20 do RASA, para que fique mais claro que a “ação da Anatel” aludida no referido parágrafo, é a atuação da Agência, levada a cabo no exercício do poder de polícia, diretamente destinada à cessação da infração, independentemente de qualquer conduta do agente regulado. A redação do dispositivo poderia ter, assim, o seguinte teor:

Proposta da PFE

Art. 20. (...)

§ 2º A cessação da infração por ação **efetuada por ato concreto** da Anatel, e não do infrator, obsta a incidência da atenuante prevista no inciso II.

440. A Minuta de Resolução ora em estudo propõe, ainda, a inclusão, no **inciso III** do art. 20 do RASA, de uma nova hipótese de atenuante por cessação da infração, assim disposta:

Art. 20. (...)

III - 50% (cinquenta por cento), nos casos de comprovação de cessação da infração **até a apresentação de alegações finais em âmbito de Pado** e reparação total ao usuário, quando cabível; (grifo nosso)

441. Embora, como visto, tenha-se proposto nos autos a concessão de novo desconto, de 50% (cinquenta por cento) do valor da multa, em razão da cessação da infração ocorrida, no curso do Pado, até a apresentação das alegações finais, mostra-se necessário, ainda, que a Agência exponha os motivos pelos quais se deveria estabelecer que a descontinuação da irregularidade possa se dar, para efeito de aplicação de atenuante, até uma fase tão avançada do procedimento sancionatório, ou seja, até o momento em que, já encerrada toda a instrução processual, o interessado apresenta, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação, as suas alegações finais.

442. Conforme salientou esta Procuradoria no Parecer nº 964/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, “*esse alargamento de prazo para incidência dessa atenuante não parece estar coerente com o objetivo de incutir no infrator o interesse em cessar a infração no menor prazo possível*”.

443. Com efeito, imagine-se, por exemplo, um Pado em que, entre a data de notificação para a apresentação da defesa administrativa e a data de intimação para a juntada de alegações finais transcorra o prazo de dois anos, tendo ocorrido na tramitação desse processo várias diligências da Agência para a aferição do cumprimento da obrigação regulatória. Nesse tipo de situação, por exemplo, a redução da multa pode estar desproporcional ao interesse público atendido pela tardia cessação da infração.

444. Não obstante a preocupação ora externada, quanto à aparente desproporção entre redução de 50% (cinquenta por cento) no valor da multa para situações de cessação da infração tardias, sugere-se, a fim de mero aprimoramento, a seguinte redação para o dispositivo proposto pela Minuta de Resolução:

Proposta da PFE:

Art. 20. (...)

III - 50% (cinquenta por cento), nos casos de comprovação de cessação da infração **e reparação total ao usuário, quando cabível**, até a apresentação de alegações finais **nos autos do Pado ou o transcurso do respectivo prazo**; ~~em âmbito de Pado e reparação total ao usuário, quando cabível;~~

445. A Minuta de Resolução propõe, em seguida, o aumento, de cinco para vinte por cento, do desconto previsto no art. 20, III, do RASA, concedido atualmente para os casos em que o infrator, por sua livre iniciativa, adota medidas para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida. Esta é a nova redação proposta para o referido dispositivo regulamentar, realocado, pela Minuta, como **inciso IV** do art. 20 do RASA:

Art. 20. (...)

IV - **20% (vinte por cento)**, nos casos de adoção de medidas, **pelo infrator**, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida e **reparação total ao usuário, quando cabível, até as alegações finais**; (grifos nossos)

446. Além de quadruplicar o desconto para hipótese em que o infrator sequer promove a cessação da infração, mas, apenas e tão somente, reduz os efeitos provocados pela prática da conduta infrativa, a proposta apresentada ainda (i) retira a menção expressa **à livre iniciativa** do infrator na adoção das medidas tomadas para a redução dos efeitos da infração, (ii) acrescenta a necessidade de reparação total dos danos eventualmente causados aos usuários e (iii) estabelece, como limite temporal para a tomada de medidas e a reparação total aos usuários, a apresentação das alegações finais.

447. Registre-se, inicialmente, também haver aqui a necessidade de exposição dos fundamentos de cada uma dessas significativas alterações. O mero entendimento de que o desconto de 5% (cinco por cento) do valor da multa seria quase insignificante não é suficiente para justificar um aumento tão expressivo na concessão do desconto ora em exame.

448. Ora, é preciso ponderar se a concessão do benefício proposto em razão da tomada, até a apresentação de alegações finais, de medidas que apenas abrandariam os efeitos da infração já praticada, não estaria em contrariedade com o interesse público por premiar demasiadamente o infrator que sequer cessou a prática da irregularidade antes ou após a atuação da Agência.

449. Por fim, sugere-se aprimoramento redacional na parte final do dispositivo:

IV - 20% (vinte por cento), nos casos de adoção de medidas, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida e reparação total ao usuário, quando cabível, até as **a apresentação de** alegações finais **nos autos do Pado ou o transcurso do respectivo prazo**;

450. Ainda no que se refere às atenuantes de cessação da infração, hipóteses dos incisos I, II e III da proposta, e de adoção, pelo infrator, de medidas para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida, prevista no inciso IV, esta Procuradoria reforça o seu entendimento há muito defendido no sentido de que essas atenuantes somente têm aplicabilidade para as infrações permanentes, e não para as instantâneas. Com efeito, para essas últimas, em que a sua concretização ocorre com a mera ocorrência do resultado, e nada do que o infrator fizer poderá impedir sua materialização, esse tipo de atenuante se torna incompatível com esse tipo de infração.

451. Por outro lado, as infrações permanentes continuam a produzir seus efeitos enquanto o infrator assim quiser, ou nada fizer para cessá-las.

452. Confira-se abaixo trecho do Parecer nº 876/2009/PGF/PFE-Anatel, prolatado por este órgão jurídico por ocasião da consulta pública que originou o RASA/2012, *in verbis*:

360. Desta forma, existiriam duas situações possíveis a serem consideradas como atenuantes. No primeiro caso, a atenuante seria a cessação espontânea da infração. Seria o caso de quando a prestadora, apesar de já praticado a infração, cessa sua prática antes do conhecimento da Anatel.

361. Importante apenas registrar que essa atenuante só pode ser aplicada às infrações continuadas ou permanentes, tendo em vista que as demais infrações se esgotam com a ocorrência do resultado, ou seja, uma vez praticadas nada mais poderá ser feito para impedir sua ocorrência, ao contrário das infrações permanentes ou continuadas que poderão cessar quando o infrator quiser.

362. A outra atenuante seria a cessação imediata da infração. In casu, importa esclarecer que a expressão "imediata" está relacionada à notificação ou fiscalização da Anatel. Isto é, essa atenuante apenas deve incidir quando o infrator cessa a prática da infração imediatamente após a Anatel lhe informar que tem conhecimento desta, seja por auto de infração ou por notificação. Mostra-se conveniente que a nova regulamentação deixe explícita essa distinção, com a finalidade de evitar interpretações equivocadas.

363. Pelo mesmo motivo da situação anterior, esta atenuante só pode ser aplicada para as infrações continuadas ou permanentes. Impende, ainda, ressaltar que a primeira conduta (cessação espontânea) é mais louvável que a segunda (cessação imediata), uma vez que o infrator cessa a prática da infração ainda antes da Anatel ter conhecimento.

453. Assim, como exemplo de infrações instantâneas, as infrações de óbice à fiscalização ou aquelas por descumprimento das obrigações que estipulem determinado prazo em dias para atendimento, como é o caso das obrigações de universalização que estabelecem a instalação, pela prestadora, de acessos individuais de STFC em até 7 dias. Praticada a infração, nada poderá ser feito pela prestadora para impedir o seu resultado, pois ele já estará consumado.

454. Diferentemente das infrações permanentes, em que, enquanto não houver uma conduta da infratora, a infração continua sendo praticada. Como exemplo, citem-se as obrigações relativas a compromissos de abrangência previstos nos editais de licitação de outorga do direito de uso de radiofrequência. Vencido o prazo para o seu cumprimento, e enquanto a prestadora não adimplir esses compromissos, ela permanece na prática da infração, estando em sua esfera de domínio a data em que

cessará a conduta ilícita.

455. Vale registrar que, para algumas infrações instantâneas, a exemplo da infração citada acima, de descumprimento de obrigações de universalização que estipulam a instalação pela prestadora de acessos individuais de STFC em até 7 dias, a metodologia de cálculo de multa prevê em sua fórmula variável que considera o tempo de atraso. Assim, embora não seja possível, no entendimento desta Procuradoria, a concessão de atenuante referente à cessação dessa infração, não há óbice jurídico quanto à fórmula de cálculo da multa correspondente considerar que, quanto maior o atraso de atendimento da solicitação de instalação de acesso do STFC, maior será o valor da multa. Nesse aspecto, a obrigação prevê um determinado prazo para seu cumprimento (sete dias), e a infração consiste exatamente no atraso, sendo claro que, nesse caso, quanto maior o atraso, maior o dano (critério elencado no art. 176 da LGT para aplicação de sanções) sofrido pelos consumidores.

456. Diante disso, esta Procuradoria sugere o acréscimo de um parágrafo ao artigo 20, podendo ser o § 5º, e com a renumeração do atual, com a seguinte redação:

Proposta da PFE

Art. 20 (...)

§ 5º As atenuantes previstas nos incisos I a IV somente incidem para as infrações permanentes.

457. A Minuta de Resolução apresenta, por fim, nova redação ao inciso IV do art. 20 do RASA, que prevê a concessão de 10% (dez por cento) de desconto pela confissão do infrator perante a Anatel, levada a efeito após a ação da Agência e até a apresentação da defesa. Segundo a proposta apresentada, a referida atenuante seria assim estabelecida no **inciso V** do art. 20 do RASA:

Art. 20. (...)

V - 10% nos casos de confissão do infrator até a apresentação da defesa, a qual será realizada mediante formulário próprio a ser definido pela Anatel;

458. Conforme se observa, a proposta deixa de indicar, por evidente desnecessidade, a ação da Anatel como o termo *a quo* para a apresentação da confissão pelo infrator e impõe nova formalidade para a sua materialização, consubstanciada no preenchimento de formulário específico para esse fim, ainda a ser definido e divulgado pela Agência.

459. Depreende-se que a proposta de imposição do dever de preenchimento de um documento específico para que a confissão seja considerada formalizada tem o propósito de afastar, de uma vez por todas, as dificuldades na interpretação da vontade do infrator, quanto à existência ou não de confissão.

460. Com efeito, a redação sugerida teria o condão de eliminar as dúvidas sempre recorrentes a respeito da possibilidade ou não de aceitação de determinadas afirmações contidas nas peças de defesa que, segundo determinada ótica, poderiam ser supostamente recebidas como confissões "tácitas" ou "indiretas".

461. Conforme entendimento sedimentado desta Procuradoria, a confissão caracteriza-se pelo reconhecimento da veracidade de um fato contrário aos interesses daquele que confessa, o qual será necessariamente responsabilizado pelo cometimento do ilícito. Vale dizer, a confissão pressupõe um ato comissivo do agente que seja apto a evidenciar o seu intuito de admitir a prática de uma conduta irregular para, com isso, obter direito à redução de sua sanção. A confissão não se confunde, portanto, com o simples fato de a parte interessada não ter negado o fato em suas peças de defesa ou, ainda, com a circunstância de, indiretamente, ter admitido o cometimento da infração, mas apresentando teses defensivas que buscam eximi-la de qualquer ilegalidade ou sancionamento pelo ilícito praticado, afastando a sua responsabilização.

462. Assim, pela proposta apresentada, a confissão, tal como o ato de renúncia ao direito de recorrer da decisão de primeira instância, previsto no art. 33, § 5º, do RASA, deverá ser sempre expressa.

463. Todavia, pondera-se se é realmente necessário exigir o preenchimento de um formulário específico e definido pela Anatel toda vez que o regulado tiver a intenção de confessar a prática do fato infracional e, assim, fazer jus ao desconto de 10% (dez por cento) previsto no art. 20 do RASA. O receio é de que a burocratização dessa manifestação traga dificuldades tanto para a Agência como para os administrados.

464. Ademais, ainda que não haja óbice jurídico a que a Agência defina um formulário para essa finalidade, os casos de clara realização da confissão em documento diverso do formulário seriam enquadráveis como confissão, na medida em que o processo administrativo é regido pelo princípio da instrumentalidade das formas (art. 2º, VIII e IX, da Lei nº 9.784/1999).

465. Uma alternativa seria acrescentar ao inciso proposto todos os elementos essenciais para que a declaração redigida pelo próprio interessado seja formalmente considerada um ato de confissão. Outra opção seria a inserção de um novo parágrafo ao art. 20 do RASA, em que a Agência definisse categoricamente o que deve ser considerado um ato de confissão.

466. Sugere-se, por fim, quanto ao disposto no § 5º do art. 20 do RASA, sua renumeração como sugerido acima, e a atualização da referência ao inciso, do mesmo dispositivo, em que tratada a atenuante de confissão. Recomenda-se, ademais, a inclusão da expressão "em qualquer instância recursal", a fim de ficar claro que a retratação da confissão, em qualquer momento do processo punitivo antes do trânsito em julgado, torna prejudicada a incidência da respectiva atenuante.

Proposta da PFE

Art. 20 (...)

§ 6º A retratação da confissão, **em qualquer instância recursal**, torna prejudicada a

incidência da atenuante prevista no inciso **V**.

467. Neste tópico, a Procuradoria levantou diversas preocupações quanto aos incentivos à cessação da infração administrativa. Cumpre destacar que a definição da proporção de cada um desses incentivos se encontra no exercício da discricionariedade administrativa, cabendo à Agência definir em que proporção cada atenuante deve incidir, sem que isso implique óbice jurídico.

468. Nessa definição, é importante que (i) os incentivos sejam aptos aos fins a que se destinam, a saber, desestimular a prática de infrações e, quando ocorridas, incentivar efetivamente a cessação da conduta infratora com a maior brevidade possível; (ii) os incentivos devem ser coerentes entre si e com todo o modelo apresentado, de modo que, para cada incentivo, haja proporção entre a intensidade do incentivo e o valor da conduta almejada; (iii) os incentivos sejam devidamente motivados no processo de elaboração da norma.

469. Quanto à motivação para remodelagem dos critérios e dos percentuais das atenuantes, vale mencionar exemplos de avaliações pela Agência, que seriam relevantes para motivar as alterações no art. 20 do RASA.

470. A proposta de redação do art. 20 do RASA contempla alterações estruturais no modelo adotado no art. 20 do RASA atual. Dessa forma, a título de exemplo, a motivação das alterações do art. 20 poderia (a) identificar pontualmente as deficiências de cada inciso ou parágrafo que está sendo alterado (os problemas práticos decorrentes da redação da norma atual); (b) explicar pontualmente como a nova redação de cada inciso ou parágrafo soluciona a deficiência identificada na redação atual; (c) avaliar de modo sistêmico se os incentivos apresentados no modelo proposto são suficientes e adequados para que (c.1) a atenuante de 90% não represente estímulo ao cometimento de infrações, (c.2) os incentivos sejam coerentes entre si e proporcionais ao benefício auferido pela sociedade, considerando o período de duração da infração, para cada tipo de incentivo.

471. Cumpre mencionar, ainda, que, para uma mesma infração, seria possível incidir concomitantemente as atenuantes previstas nos incisos I e V do art. 20, o que levaria a uma redução da multa na proporção de 100%, situação que viola o art. 173 da LGT. Dessa forma, sugere-se que a Agência avalie também esse aspecto na delimitação das regras aplicáveis aos incentivos.

472. Feitas todas essas ponderações, esta Procuradoria, a partir do texto proposto na Minuta de Resolução, sugere os seguintes aprimoramentos e acréscimos à redação do art. 20 do RASA:

Sugestão da PFE:

Art. 20. (...)

II - 70% (setenta por cento), nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, **imediatamente após a ação da Anatel** ou dentro do prazo estipulado pela Agência;

III - 50% (cinquenta por cento), nos casos de comprovação de cessação da infração **e reparação total ao usuário, quando cabível**, até a apresentação de alegações finais **nos autos do Pado ou o transcurso do respectivo prazo**, ~~em âmbito de Pado e reparação total ao usuário, quando cabível;~~

IV - 20% (vinte por cento), nos casos de adoção de medidas, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida e **de** reparação total ao usuário, quando cabível, até as alegações finais;

V - 10% (**dez por cento**) nos casos de confissão do infrator até a apresentação da defesa, a qual será realizada mediante formulário próprio a ser definido pela Anatel;

§ 1º A reparação ~~dos danos causados ao serviço e~~ **total** ao usuário, **quando cabível**, deve ser comprovada à Agência até **as a apresentação** de alegações finais **nos autos do Pado ou o transcurso do respectivo prazo**.

§ 2º A cessação da infração ~~por ação~~ **efetuada por ato concreto** da Anatel, e não do infrator, obsta a incidência da atenuante prevista no inciso II.

(...)

§ 4º Para efeito de incidência da atenuante prevista no inciso II, **a Anatel**, quando, por motivos técnicos ou fáticos, não for possível a cessação imediata, **estipulará prazo para a cessação da infração**.

§ 5º As atenuantes previstas nos incisos I a IV somente incidem para as infrações permanentes.

§ 6º A retratação da confissão, **em qualquer instância recursal**, torna prejudicada a incidência da atenuante prevista no inciso **V**.

4.6 DECISÃO SUMÁRIA DE ARQUIVAMENTO DO PADO - ARTS. 25, 26 E 27 DO RASA

473. A Minuta de Resolução ora em exame propõe alterações no Capítulo XV do RASA, que dispõe sobre a decisão sumária de arquivamento. A proposta pretende alterar, especificamente, o *caput* e os parágrafos 1º e 2º do art. 25 e o inciso I do art. 26. Além disso, sugere a revogação do parágrafo 3º do art. 25 e o inciso IV do art. 27. Confira-se o inteiro teor desses dispositivos, com as modificações propostas:

~~Art. 25. Para infrações de simples apuração definidas em Portaria do Conselho Diretor~~, o processo poderá ser decidido sumariamente com o conseqüente arquivamento, nos termos deste Capítulo.

§ 1º **~~A Portaria prevista no caput estabelecerá valores fixos de multa para cada infração que definir.~~** Os valores de multa resultantes da aplicação do fator de redução previsto no *caput* do art. 27 deste Regulamento deverão ser suficientes para desestimular o

cometimento da infração.

§ 2º ~~Os valores de multa resultantes da aplicação do fator de redução previsto no caput do art. 27 deste Regulamento deverão ser suficientes para desestimular o cometimento da infração.~~ Não se aplica a esse processo a possibilidade de suspensão de tramitação prevista no art. 51 do Regulamento de Fiscalização Regulatória.

~~§ 3º O descumprimento cometido por infrator reincidente tramitará sob o rito ordinário previsto no Regimento Interno da Anatel.~~

Art. 26. O ato de instauração do processo para apuração das infrações sujeitas ao procedimento previsto neste Capítulo conterà as seguintes informações, sem prejuízo dos demais requisitos estabelecidos em regulamentação:

I - relação das infrações constatadas ~~e respectivas multas previstas;~~

II - condições necessárias para a incidência do fator de redução, conforme o art. 27; e

III - consequências do não cumprimento das condições necessárias para a incidência do fator de redução.

Parágrafo único. As infrações sujeitas à decisão sumária de arquivamento devem ser apuradas em processo distinto do das demais infrações.

Art. 27. Caso o infrator cumpra todas as condições estabelecidas nos incisos abaixo, considerada cada infração isoladamente, terá direito ao fator de redução de 70% (setenta por cento) do valor da multa que trata o art. 25 deste Regulamento:

I - reconhecer a materialidade e confessar a autoria da infração;

II - apresentar prova inequívoca de que cessou a infração e, quando cabível, de que reparou totalmente o dano ao usuário; e,

III - renunciar expressamente ao direito de litigar administrativamente em relação à infração; e.

~~IV - recolher o valor da multa considerado o fator de redução indicado no caput deste artigo.~~

§ 1º O disposto nos incisos deste artigo deverá ser comprovado perante a Anatel dentro do prazo de apresentação de defesa, para cada infração.

§ 2º Caso a autoridade competente considere que as condições necessárias ao arquivamento não foram cumpridas pelo infrator, ela determinará a devolução do valor da multa paga pelo infrator e o intimará novamente, para, querendo, apresentar defesa, caso ainda não a tenha apresentado.

§ 3º Sobre o resultado da aplicação do fator de redução previsto no caput não incidirão as circunstâncias agravantes ou atenuantes e nem o fator de redução previsto no § 5º do art. 33.

474. O Voto nº 127/2018/SEI/PR apresenta as seguintes justificativas para remodelar o mecanismo da decisão sumária de arquivamento, estendendo-o, de forma abrangente, a todas as infrações a serem apuradas pela Anatel, *in verbis*:

9.17. Ademais, propõe-se, ainda, alteração no procedimento sumário previsto no art. 25, do RASA/12. A sistemática atual prevê a edição de uma Portaria do Conselho Diretor para estabelecer as infrações de simples apurações, para as quais seria aplicável a decisão sumária de arquivamento. No entanto, mesmo **após 6 (seis) anos da edição da Resolução, tal Portaria não foi editada em razão da dificuldade da Agência em definir individualmente cada uma das infrações a serem elencadas.**

9.18. Ao se analisar mais detidamente o referido instrumento, que poderá melhorar sobremaneira a litigância administrativa, verificou-se que, **dados os requisitos exigidos para sua aplicação, poderia ser ampliada a sua abrangência para todos os tipos de infração.** De fato, o art. 27 prevê que para que o processo seja decidido sumariamente, deverão ser observadas as seguintes condições:

a) reconhecimento da materialidade e confissão da autoria da infração;

b) apresentação de prova inequívoca de que cessou a infração e, quando cabível, de que reparou totalmente o dano ao usuário; e

c) renunciar expressamente ao direito de litigar administrativamente em relação à infração.

9.19. Portanto, **uma vez que o infrator terá que confessar, corrigir e renunciar ao direito de recorrer, entende-se que tal prerrogativa pode ser estendida a todas as infrações**, desde que observados tais requisitos. (grifos nossos)

475. Os artigos 25 e seguintes do RASA vigente prevêem a excepcional possibilidade de que um universo restrito de Pados, após sua instauração e antes de qualquer apuração do descumprimento da obrigação, seja sumariamente decidido, com o consequente arquivamento dos autos, em razão de a parte interessada ter (i) reconhecido a prática da infração, (ii) comprovado a cessação da conduta e a reparação total ao usuário, (iv) renunciado à litigância administrativa em relação à irregularidade e (v) recolhido o valor de multa previamente fixado.

476. De acordo com esse formato, não há a prolação de decisão de aplicação de multa pela Agência, pois o infrator, **já sabendo de antemão o valor da sanção pecuniária que poderia desde logo pagar**, antecipa-se à imposição da referida pena e já recolhe, com um desconto de 70% (setenta por cento), o montante correspondente.

477. Veja-se que essa sistemática tem como premissa fundamental a prévia escolha, pela Agência, das infrações que poderão estar sujeitas aos Pados que seguirão especificamente esse procedimento, com o preestabelecimento de um valor fixo de multa para cada uma dessas irregularidades.

478. Essa predefinição do valor inicial da multa, que não se alterará independentemente da situação do autor da infração ou das circunstâncias de sua prática, impõe, ademais, a escolha de infrações de apuração extremamente simples e objetiva, tal como é, figurativamente, a infração de trânsito de avançar o sinal vermelho do semáforo ou o de parada obrigatória.

479. Conforme corretamente informado pelo Voto nº 127/2018/SEI/PR, o Conselho Diretor da Anatel, desde a entrada em vigor do atual RASA, teve, por diversas e justificadas razões, dificuldades para eleger, mediante portaria, as espécies infrativas que poderiam ser submetidas à decisão sumária de arquivamento, com um valor fixo de multa respectivamente estabelecido.

480. A Minuta de Resolução, com o propósito de estender a aplicação da decisão sumária de arquivamento a toda e qualquer infração apurável pela Anatel, propõe a retirada dos trechos do RASA que prevêm, exatamente, a necessidade de escolha do leque de infrações de simples apuração que poderão ser submetidas ao procedimento ora tratado e do prévio estabelecimento, com relação a cada uma dessas irregularidades, de um valor fixo de multa.

481. Esta Procuradoria entende que a referida proposta desnatura completamente a sistemática estabelecida no RASA, pois derruba um dos pilares da decisão sumária de arquivamento do Pado, que é o prévio conhecimento, pela Agência e, sobretudo, pelo agente infrator, do valor de multa que deverá ser por ele recolhido para que a apuração da irregularidade praticada nem mesmo se inicie no processo punitivo instaurado, hipótese que lhe traria o risco de, após a consideração, pela Agência, de todos os critérios e parâmetros previstos no art. 10 do RASA no caso concreto, ser-lhe imposta sanção de valor bem mais elevado.

482. Veja-se que a proposta, para a incidência desse fator de redução, além de abolir a exigência da inexistência de reincidência específica (art. 25, § 3º, do RASA), retira do rol de informações que devem constar obrigatoriamente do ato de instauração do Pado, previsto no art. 26, I, do Regulamento de Sanções, os valores de multa previstos para as infrações imputadas, o que suprime o estímulo econômico pretendido em decorrência do prévio conhecimento, pelo interessado, do valor de multa que lhe seria exigido, caso pretendesse buscar a decisão sumária de arquivamento.

483. Dessa forma, ao possibilitar que o procedimento de decisão sumária de arquivamento seja aplicável a qualquer tipo de infração e excluir a exigência de recolhimento prévio do valor da multa, ao que parece esse procedimento de decisão sumária de arquivamento, na forma proposta, equivaleria a uma espécie de atenuante que combina cessação da conduta infratora no prazo da defesa administrativa com renúncia expressa ao direito de litigar na esfera administrativa, cabendo a crítica, ainda, de que o infrator teria que renunciar à litigância administrativa sem sequer saber o valor da multa que seria imposta.

484. Esse conjunto de características apresentadas no modelo proposto para a decisão sumária de arquivamento demonstra que o mais adequado seria esse tipo de incentivo ser endereçado juntamente com as atenuantes do art. 20, devendo inclusive guardar coerência com as demais atenuantes.

485. Nesse ponto, observa-se que o desconto de 70% (setenta por cento) proposto para a multa aplicada em processo a ser decidido sumariamente, sem que o autor da infração tenha conhecimento prévio do seu valor, não está coerente com os demais estímulos previstos na própria proposta de alterações do RASA. Vejamos.

486. A alteração proposta para o inciso II do art. 20, de conceder redução de 70% (setenta por cento) nos casos de cessação da infração, com reparação total ao usuário, dentro do prazo estipulado pela Agência, é o mesmo desconto proposto para a decisão sumária de arquivamento, tendo o infrator de, neste caso, comprovar essa condição até o prazo para defesa.

487. No entanto, o infrator que optar por esse procedimento não fará jus à circunstância atenuante relativa à confissão, com a redução de 10% (dez por cento) do valor da multa. Observa-se que a confissão também é um dos requisitos para a decisão sumária de arquivamento, previsto no inciso I do art. 27 do RASA.

488. Ademais, para o procedimento previsto nos arts. 25 a 30 do RASA, o infrator também deve renunciar expressamente ao direito de litigar administrativamente em relação à infração, sem fazer jus a qualquer novo desconto por isso. Porém, no procedimento "ordinário" de um Pado, se o infrator litigar até a decisão de primeira instância, mas cumprir as condições do art. 33, § 5º, do RASA, sendo uma delas a renúncia ao direito de recorrer dessa, fará jus a um fator de redução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor final da multa. Ou seja, financeiramente, compensa mais para o infrator litigar durante toda a fase instrutória do processo, mas desde que renuncie ao direito de recorrer da decisão de primeira instância, cumpridos os demais requisitos do art. 33, § 5º, do RASA, do que optar pela decisão sumária de arquivamento do processo.

489. Assim, o procedimento proposto, além de retirar as principais vantagens da Agência de recolher o valor da multa antecipadamente à tramitação de um processo sancionador e de diminuir a litigância administrativa, a partir da prefixação dos valores de multa, não cria incentivos para o infrator optar por esse procedimento, visto que, ao cumprir todas condições exigidas no art. 27, terá direito a 70% (setenta por cento) de desconto do valor da multa a ser posteriormente calculado. Seguindo o rito ordinário, com as alterações propostas para o RASA, o infrator que cumprir as mesmas condições previstas no art. 27, poderá fazer jus às atenuantes de 70% e 10% previstas nos incisos II e V do art. 20, além do fator de redução de 25% constante do art. 33, § 5º. Desse modo, as alterações propostas não encontram coerência com os demais estímulos existentes no RASA.

490. Em outras palavras, as modificações sugeridas também deixam de considerar o recolhimento do valor de multa como uma das condições previstas no art. 27 do RASA, a serem satisfeitas, até o final do prazo de defesa, para a prolação da decisão sumária de arquivamento.

491. Ou seja, o valor a ser pago a título de multa, ao que tudo indica, somente seria efetivamente (pós-)definido por ocasião da decisão sumária de arquivamento, o que não a diferiria muito, quanto ao seu *timing*, da própria decisão ordinária de aplicação da referida sanção.

492. Por essas razões, esta Procuradoria entende que a proposta de ampliação da disciplina da decisão sumária de arquivamento de Pados à generalidade das infrações sujeitas à punição pela Anatel

se mostra incoerente com métricas das alterações propostas para o art. 20 do RASA.

493. Ademais, a proposta de esse procedimento poder vir a ser usado para qualquer infração implica um conflito aparente de normas com o próprio art. 20 do RASA, entendendo-se, assim, que essa espécie de incentivo à cessação de conduta infratora deveria ser endereçada no próprio art. 20 do Regulamento de Sanções, buscando guardar coerência com os demais incentivos desse dispositivo.

494. Uma última observação quanto às alterações para os arts. 25 a 27 do RASA diz respeito à previsão do § 2º do art. 25, no sentido de que ao processo a ser decidido sumariamente não se aplica “a possibilidade de suspensão de tramitação prevista no art. 51 do Regulamento de Fiscalização Regulatória”. Contudo, essa possibilidade de suspensão foi excluída da Minuta de Regulamento mais recente. Dessa forma, sugere-se a exclusão desse parágrafo.

4.7 DEMAIS ALTERAÇÕES DO RASA

495. A Minuta de Resolução sob análise propõe a modificação integral do teor do **art. 17, § 2º, do RASA**, que deixaria de prever que “os valores previstos no Anexo ao presente Regulamento podem ser revistos, em período não inferior a 12 (doze) meses, por Ato do Conselho Diretor da Anatel”, para dispor que a aplicação do fator de redução de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 33, § 5º, do RASA não necessitaria observar os limites de valor de multa indicados no Anexo do Regulamento de Sanções (“*Exceção-se do disposto no parágrafo anterior o fator de redução do valor da multa previsto no Capítulo XVII*”).

496. Embora esta Procuradoria não vislumbre qualquer óbice jurídico à revogação, por sua redundância, do texto original do art. 17, § 2º, do RASA, a nova redação proposta para esse dispositivo mostra-se desnecessária, visto que a determinação de observância dos limites mínimos e máximos de valores, prevista no art. 17, § 1º, do RASA, destina-se, exclusivamente, à etapa de definição, pela Agência, do valor da sanção de multa que ainda será imposta ao infrator. Apenas depois de proferida a decisão que aplica a sanção de multa é que incidirá, sobre o respectivo valor, o eventual desconto **no pagamento** da sanção pela renúncia expressa ao direito de recorrer.

497. Em suma, os limites de valores a serem observados, por força do art. 17, § 1º, do RASA, no ato de apuração e aplicação da multa não têm o condão de causar qualquer interferência no fator de redução que incidirá, nos termos do art. 33, § 5º, do mesmo Regulamento, sobre o montante devido, já calculado e efetivamente imposto ao infrator. De todo modo, ainda que não se mostre necessária, não se vislumbra óbice jurídico à aprovação dessa proposta.

498. Outra sugestão apresentada pela Minuta é a inserção, no **art. 19 do RASA**, de um inciso IV contendo uma nova circunstância agravante que acresceria o valor da multa em 10% (dez por cento), “para medida preventiva ou reparatória, prevista no Regulamento de Fiscalização Regulatória, estabelecida e descumprida, até o limite de 40% (quarenta por cento)”.

499. Conforme já mencionado anteriormente, as medidas preventivas ou reparatórias, nos termos do art. 42 do Regulamento proposto, seriam impostas aos regulados nos processos de acompanhamento com o objetivo de “prevenir condutas de forma tempestiva, cessar ou reduzir o impacto aos consumidores e ao setor”. Seriam exemplos dessas medidas a divulgação de informações, a orientação aos administrados, a notificação para regularização, o plano de conformidade e a imposição ao administrado de medida cautelar (art. 43 da Minuta de Regulamento).

500. Não obstante a ausência, nos autos, das razões que motivariam a referida proposta, esta Procuradoria não vislumbra óbice ao estabelecimento dessa nova hipótese de acréscimo ao valor de multa pela incidência de circunstância agravante, que é, inclusive, fortemente harmônica com o entendimento firmado por esta Procuradoria, no sentido de que ainda que a Agência, paralelamente, aplique ao agente regulado outras medidas preventivas, reparatórias ou de controle, a detecção de indícios de infração impõe à Agência o dever de instaurar procedimento sancionador, para apurar a infração e aplicar a sanção cabível.

501. A Minuta propõe, por fim, uma modificação no **art. 21 do RASA**, de modo que o referido dispositivo enuncie que, após a incidência das circunstâncias agravantes sobre o valor base da multa e, sobre este resultado, das circunstâncias atenuantes, deverá ser calculado, sobre o valor resultante, o fator de redução previsto no art. 33, § 5º, do Regulamento de Sanções.

502. Contudo, cumpre a esta Procuradoria Especializada esclarecer alguns aspectos quanto à redação proposta, visto que mescla num único dispositivo operações de cálculo que se dão em momentos completamente distintos com relação à sanção de multa.

503. Com efeito, a consideração, dentre os elementos previstos no art. 10 do RASA, dos acréscimos e descontos que deverão incidir a título de circunstâncias agravantes e atenuantes ocorre em fase de definição do valor da sanção de multa, que ainda será aplicada contra o infrator.

504. Somente depois de proferida decisão aplicando a sanção de multa, é que, sobre o seu respectivo montante, poderá incidir, eventualmente, o desconto, **no pagamento da multa**, nas condições estabelecidas no art. 33, § 5º, do RASA. Não é por outra razão que esse comando enuncia, expressamente, que o infrator renunciante do direito de recorrer “*fará jus a um fator de redução de 25% (vinte e cinco por cento) no valor da multa aplicada*” (grifo nosso).

505. Portanto, não se mostra adequado considerar, como sequências de uma mesma operação, o cálculo realizado para a definição do valor da sanção de multa a ser aplicada contra o infrator e o mero cálculo do fator de redução incidente, já no ato do pagamento da multa, sobre o valor definitivo da referida sanção administrativa, já anteriormente aplicada. O fato de um mesmo dispositivo tratar de duas operações diferentes, entretanto, não implica ilegalidade.

506. Dessa forma, não obstante as preocupações acima levantadas, não se vislumbram óbices jurídicos quanto às redações propostas para o § 2º do art. 17, para o inciso V do art. 19 e para o art. 21 do RASA.

507. Destaca-se, por fim, a necessidade de renumeração dos dois últimos dispositivos da Minuta de Resolução, de modo que deixem de ser indicados como arts. 6º e 7º e passem a ser apontados como

arts. 5º e 6º do referido documento.

5. MÉRITO: ANÁLISE DA PROPOSTA DE EDIÇÃO DO REGULAMENTO DE FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA.

5.1 ARTIGO 3º

508. Sugere-se, a título de mero aprimoramento, a seguinte redação para o art. 3º, II, do Regulamento de Fiscalização Regulatória ora proposto:

Sugestão da PFE:

Art. 3º A Fiscalização Regulatória é regida por este Regulamento e observa o disposto, dentre outros, nos seguintes instrumentos:

(...)

II - contratos, atos e termos relativos ~~aos~~ serviços de telecomunicações e ~~aos de direitos de~~ uso de radiofrequências, editais de licitação, despachos e demais atos administrativos de efeito concreto editados pela Anatel;

5.2 ARTIGO 7º

509. No tocante às obrigações dos administrados de fornecer ou de permitir o acesso aos documentos, dados e informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira, contábil ou outras pertinentes, em seu poder ou em poder de terceiros, constante do art. 7º, I e II, da Minuta de Regulamento, propõe-se que os referidos comandos façam, por cautela, referência expressa ao art. 16 do mesmo Regulamento, em que se assegura ao fiscalizado o direito ao sigilo de dados e informações. Sugere-se, nesse sentido, a seguinte redação aos dispositivos em foco:

Sugestão da PFE:

Art. 7º Os Administrados submetem-se à Fiscalização Regulatória da Anatel mediante as seguintes obrigações, dentre outras constantes da legislação e da regulamentação:

I - fornecer dados e informações de natureza técnica, operacional, econômico financeira, contábil ou outras pertinentes, no prazo, local, formato e demais condições estabelecidas pela Anatel, que estejam disponíveis ou que sejam passíveis de obtenção por meio de consulta aos aplicativos, facilidades, sistemas, ferramentas e recursos tecnológicos do Administrado ou por ele utilizados, seja em arquivo eletrônico, meio físico ou qualquer outro meio existente, em seu poder ou em poder de terceiros, **observado o disposto no art. 16 deste Regulamento;**

II - permitir o acesso às instalações, equipamentos, aplicativos, facilidades, sistemas, ferramentas e recursos tecnológicos, documentos, dados e informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira, contábil ou outras pertinentes, em seu poder ou em poder de terceiros, **observado o disposto no art. 16 deste Regulamento;**

5.3 ARTIGOS 11 E 12

510. Com relação à técnica de adoção pelas Superintendências, no âmbito do planejamento de Fiscalização Regulatória, de metodologia de priorização, a ser aprovada por portaria do Conselho Diretor, para a elaboração de seus próprios planejamentos fiscalizatórios e para a definição das ações a serem realizadas, prevista nos arts. 11 e 12 da Minuta de Resolução proposta, esta Procuradoria, por meio do Parecer nº 554/2016/PFEANATEL/PGF/AGU, já se manifestou pela inexistência de óbice jurídico, nos seguintes termos:

3.1. Portaria de Priorização para as Ações de Fiscalização Regulatória.

28. O tema 1 da Análise de Impacto Regulatório (AIR) realizada nos presentes autos teve como objeto a efetividade das atividades de Fiscalização Regulatória (acompanhamento, inspeção e controle).

29. Nesse ponto, foram apontados os seguintes problemas a serem solucionados:

Dificuldade da Agência, contínua e integralmente, de acompanhar, inspecionar e controlar o cumprimento do arcabouço legal e regulatório sob a competência do Órgão Regulador, em razão de seu volume, detalhamento e complexidade.

30. Assim é que foram apontados os seguintes objetivos:

O objetivo desta ação é tornar a Fiscalização Regulatória da Agência mais efetiva e com menor custo regulatório, priorizando ações que tragam maior benefício para os consumidores, para os entes regulados e para a sociedade em geral. Para isso, é necessária uma mudança na atuação da Agência, que deverá ser mais integrada e baseada em riscos, possibilitando, assim, um melhor planejamento e direcionamento de suas ações para a resolução de casos críticos e prioritários, com foco no resultado esperado. Com isso, objetivase reduzir os custos para a Anatel e para o setor em temas que não refletirão, necessariamente, em melhoria significativa dos resultados regulatórios. Isso porque o conjunto de regras e procedimentos não pode tomar o lugar do objetivo final das ações, que é a evolução do mercado e a melhoria da qualidade dos serviços e da satisfação do consumidor.

31. As opções regulatórias apontadas para o tema 1 foram: (a) alternativa A: manutenção

da dinâmica atual; ou (b) alternativa B: definição e adoção de metodologia de priorização para as ações de Fiscalização Regulatória.

32. A alternativa sugerida foi a alternativa B, no sentido de possibilitar uma maior efetividade das ações da Agência, por meio da adoção de metodologia de priorização, de forma a propiciar o direcionamento necessário para o acompanhamento, a inspeção e o controle.

33. A proposta é priorizar (e não restringir) as ações mais importantes, de acordo com o grau de criticidade dos temas, observandose premissas basilares, tais como o impacto direto ao consumidor, de modo a conferir maior efetividade às ações de Fiscalização Regulatória.

34. Frise-se, inclusive, que consta na proposta previsão de atuação conjunta de todas as Superintendências em prol da Fiscalização Regulatória, o que também terá o condão de conferir maior efetividade às atividades da Fiscalização Regulatória.

35. Nos termos da proposta, para operacionalização da alternativa escolhida, a Anatel deverá definir premissas para a adoção de critérios de priorização por meio de Resolução, em conjunto com a elaboração de metodologia de priorização e seus critérios, a ser aprovada por meio da expedição de uma Portaria do Conselho Diretor.

36. Esta Procuradoria não vislumbra qualquer óbice à proposta apresentada, seja quanto ao mérito, seja quanto à forma. Nesse último ponto, verificase a observância do art. 40 do Regimento Interno da Anatel, já que o Regulamento de Fiscalização Regulatória será aprovado por meio de Resolução e a Metodologia de Priorização da Fiscalização Regulatória por meio de Portaria, sendo, de fato, os instrumentos cabíveis para tanto.

511. O Presidente do Conselho Diretor, Conselheiro Leonardo Euler de Moraes, assim ratificou, no Voto nº 127/2018/SEI/PR, os fundamentos em que se embasam a referida proposta, *in verbis*:

DA PRIORIZAÇÃO NO ÂMBITO DA FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA

7.1. Em consonância com os achados e alternativa escolhida no Relatório de Análise de Impacto Regulatório (AIR), bem como com os termos da Análise do Relator, entende-se ponto fundamental para a efetividade das atividades de Fiscalização Regulatória a priorização das ações que tragam maior benefício para os consumidores, para os entes regulados e para a sociedade em geral.

7.2. É fato que a otimização do arcabouço regulatório deve ser constantemente perseguida pela Anatel. Todavia, também é inconteste que, independentemente do quantitativo de obrigações legais a serem fiscalizadas, entre elas sempre existirá, dentro de determinado recorte temporal e espacial, níveis de hierarquia, consideradas a criticidade e as consequências de seus descumprimentos para os atores envolvidos.

7.3. Para tanto a proposta da área técnica, corroborada pelo Relator, sugere a aprovação pelo Conselho Diretor de Portaria que disciplina a Metodologia de Priorização da Fiscalização Regulatória. Referida metodologia encontra-se lastreada nos princípios de gerenciamento de riscos.

7.4. Importante ressaltar que nos últimos anos, intensificou-se o foco e a preocupação com o gerenciamento de riscos, tornando-se cada vez mais clara a necessidade de uma estratégia sólida, capaz de identificar, avaliar e administrar riscos nas atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

7.5. Nesse sentido, sendo uma das etapas mais relevantes da Fiscalização Regulatória - a de identificação do que fiscalizar, acompanhar e controlar - entende-se relevante que seja baseada em metodologia de gestão de riscos, a qual deve se nortear nas premissas trazidas na proposta de Regulamento (art. 12 do RFR constante da Minuta anexa ao presente Voto):

I - a correlação com as diretrizes e metas do planejamento institucional da Agência;

II - a prevalência dos serviços de interesse coletivo sobre os de interesse restrito;

III - a prevalência de direitos e interesses difusos e coletivos sobre os direitos e interesses individuais;

IV - o impacto direto para os usuários;

V - as ameaças à adequada prestação do serviço;

VI - a conformidade do Administrado com as obrigações do setor;

VII - as características e particularidades regionais na prestação dos serviços; e

VIII - a prevalência da competência originária da Agência em relação àquelas atribuídas à Anatel mediante a celebração de instrumento específico.

7.6. Tal iniciativa encontra-se alinhada com recomendação do Tribunal de Contas da União (TCU) à Anatel para a adoção de medidas para o gerenciamento dos riscos institucionais, por meio do desenvolvimento de uma política de gestão de riscos (Item 9.1.2, TC-031031.996/2013-2, Acórdão n.º 240/2015-TCU-Plenário, DOU de 04.03.2015, S.1, p.63), bem como ao estabelecido na Instrução Normativa Conjunta n.º 1 (MPOG/CGU), de 10/05/2016, que dispõe sobre controles internos, gestão de riscos e governança no âmbito do Poder Executivo Federal.

7.7. Inclusive, no âmbito da Anatel já foi editada a Portaria nº 1176, de 30 de agosto de 2017, que instituiu a Política de Gestão de Riscos da Anatel e o Comitê de Gestão de Riscos. Nos dizeres do Voto nº 39/2017/SEI/PR (SEI nº 1780014), no qual se fundamentou a aprovação da supracitada portaria:

(...)

7.8. Destarte, vislumbram-se vários benefícios inclusive apontados pelo Órgão de Controle

para a atuação da Agência, *in casu*, no exercício de seu poder fiscalizatório e de controle, com a adoção de gestão de riscos no processo de Fiscalização Regulatória.

7.9. O Comitê de Gestão de Riscos, órgão deliberativo acerca de temas afetos à gestão de riscos institucional, tais como a aprovação da Metodologia da Gestão de Riscos, a aprovação do método de priorização de temas e processos para gerenciamento de riscos, aprovação e revisão do Plano de Gestão de Riscos, designação dos gestores de risco, dentre outros, têm como foco o risco institucional.

7.10. Importante salientar que, inobstante a abrangência diferenciada das análises, a metodologia de gestão de riscos a ser elaborada para aplicação no processo de Fiscalização Regulatória deve necessariamente observar a de gestão de riscos institucional, em fase de elaboração pelo Comitê de Gestão de Riscos.

7.11. Assim, de acordo com o texto do art. 12 da proposta de Portaria (SEI 2725089), quando aprovada a metodologia de gestão de riscos da Agência deve ser verificada a necessidade de revisão da metodologia de priorização da Fiscalização Regulatória.

7.12. Dessa forma, a partir do estabelecimento de ações prioritárias da Agência, os esforços fiscalizatórios estarão direcionados para questões de extrema relevância e urgência focadas em resultados efetivos para a sociedade, instrumentalizando formalmente a Anatel a racionalizar sua força de trabalho, trazendo maior eficiência para a sua atuação.

512. Portanto, estando a proposta ora tratada devidamente fundamentada, não se encontra óbice jurídico ao seu acolhimento.

5.4 ARTIGO 11

513. O art. 11 da proposta de Regulamento apresenta o seguinte teor:

Art. 11. As Superintendências devem, considerando o planejamento institucional, adotar metodologia de priorização para:

I - elaborar o planejamento da Fiscalização Regulatória;

II - definir tratamento a ser dado a medidas não previstas no planejamento, inclusive quanto à necessidade de sua revisão; e

III - definir ações a serem realizadas diante da insuficiência de recursos.

§ 1º A execução das medidas de Fiscalização Regulatória definidas a partir do resultado da aplicação da metodologia de priorização deve considerar a profundidade, a abrangência e a especialização do trabalho, bem como o ciclo de Fiscalização Regulatória.

§ 2º Podem ser estabelecidas alternativas escalonadas, por ordem de preferência, desde que devidamente fundamentado e justificado pela Superintendência.

§ 3º As medidas que, a partir do resultado da aplicação da metodologia de priorização, não forem contempladas no planejamento do ciclo atual, devem ser reavaliadas no planejamento do ciclo subsequente.

514. Pela leitura do dispositivo, observa-se que há atribuições dedicadas para as diversas Superintendências da Agência. Nesse aspecto, ante o risco de haver divergência de entendimentos entre as Superintendências no exercício dessas competências, entende-se que deveria haver uma Superintendência como responsável pelas tomadas de decisões que envolvem esse tema, sem prejuízo de que as demais Superintendências contribuam para tal atividade.

515. Assim, sugere-se que Superintendência Executiva, tendo em vista seu papel de coordenar a atuação das demais Superintendências, seja a responsável por decidir quanto ao tema, desde que ouvidas as demais Superintendências da Anatel.

516. Acerca desse aspecto, vale lembrar que a minuta submetida à Consulta Pública apresentava o seguinte dispositivo:

Art. 59. Compete ao Superintendente Executivo (SUE) a coordenação do planejamento e da execução da Fiscalização Regulatória.

517. Esse dispositivo foi suprimido na proposta de Regulamento submetida à análise desta Procuradoria, com base nos seguintes fundamentos:

3.45.10.1 Acerca do art. 59 que estabelece a competência de coordenação do planejamento e execução da Fiscalização Regulatória para o Superintendente Executivo (SUE), propõe-se sua supressão pelos motivos elencados a seguir.

3.45.10.2 Dentre as competências regimentais reconhecidamente associadas a SUE, em especial relativas a Gerência de Planejamento Estratégico (PRPE), incluem-se as atividades do planejamento estratégico e ações decorrentes (planos tático e operacional, por exemplo), conforme transcrito abaixo:

Regimento Interno da Anatel

Resolução nº 612, 29 de abril de 2013

"Subseção I Da Gerência de Planejamento Estratégico

Art. 175. A Gerência de Planejamento Estratégico é responsável pelo monitoramento da atuação da Agência e do mercado de telecomunicações, avaliando as tendências e oportunidades para o setor, com o objetivo de propor o posicionamento estratégico da Agência, por meio da elaboração, acompanhamento e avaliação da execução do Plano

Estratégico da Agência.

Art. 176. A Gerência de Planejamento Estratégico tem, em sua área de atuação, as seguintes competências dentre as atribuídas à Superintendência de Planejamento e Regulamentação:

I - elaborar proposta de Diretrizes Gerais para o Plano Estratégico da Agência;

II - coordenar a elaboração da proposta do Plano Estratégico da Agência e suas revisões, identificando objetivos e estratégias organizacionais, bem como programas, projetos, atividades, metas, indicadores estratégicos e de gestão;

III - consolidar os Planos Anuais de Atividades elaborados pelos órgãos da Agência no Plano Operacional da Agência, avaliando a consistência com o Plano Estratégico da Agência; (...)"

3.45.10.3 Ou seja, já é prática rotineira da SUE consolidar os Planos Tático e Operacionais da Agência, e avaliar sua consistência com o Planejamento Estratégico da Anatel. Assim, as atividades de planejamento elencadas na presente proposta de Regulamento (Título II Capítulo I Do Planejamento) já constariam do rol de atividades desempenhadas pela SUE, com algumas adaptações.

3.45.10.4 Mais do que isso, há uma necessidade de alinhamento dos diversos instrumentos de planejamento institucional, sendo fundamental que não haja duplicação de esforços e multiplicidade de planos tático-operacionais. Nesse contexto, o planejamento da Fiscalização Regulatória deve constar dos atuais instrumentos de planejamento, sendo a coordenação de sua elaboração e consolidação competência da SUE, por meio da PRPE.

3.45.10.5 Além disso, destaca-se que o referido plano de gestão anual, documento de caráter tático-operacional mencionado no item 3.45.4 e subitens e que deverá ser elaborado por força da Lei nº 13.848/2019, deve também ser fruto do atual processo de planejamento institucional e incluir as iniciativas de fiscalização regulatória conforme avaliação a ser feita quando do estabelecimento dos planos tático e operacionais, de forma a alinhar esses planos conforme o planejamento institucional.

3.45.10.6 Da mesma forma, entende-se que a coordenação da execução da fiscalização regulatória deve ser decorrência do processo de implantação da Fiscalização Regulatória já a cargo da SUE (parágrafo único do art. 5º da Resolução). Neste ponto cabe ressaltar a transversalidade com que a proposta de regulamento será aplicada pelas superintendências da Anatel o que leva a necessidade de suporte específico para materialização das disposições regulamentares ora propostas. Assim, optou-se por explicitar o necessário suporte da Superintendência de Planejamento e Regulamentação (SPR) à SUE para implementação da presente regulamentação.

3.45.10.7 Além disso, como a SUE já desempenha atividades de coordenação entre as superintendências em diversos casos, e sendo nesta coordenação da execução das atividades de fiscalização regulatória importante que haja um alinhamento metodológico e processual na adoção das medidas de fiscalização regulatória, entende-se fundamental que essa coordenação fique a cargo também da SUE. No entanto, avalia-se que já está implícito nas competências da SUE a referida coordenação, sendo desnecessário enfatizá-la no presente Regulamento.

3.45.10.8 Entende-se que o art. 60 deve ser excluído da proposta, por ser desnecessário prever de forma genérica um regulamento sem um prazo definido ou uma necessidade inescapável. Corrobora para essa argumentação o fato de a Fiscalização Regulatória poder ser executada mesmo sem a publicação do referido regulamento de incentivos.

518. Quanto aos fundamentos apresentados para suprimir o art. 59, por mais que seja possível interpretar que cabe à Superintendência Executiva um papel de coordenação das demais Superintendências, que também seria exercido no contexto da fiscalização regulatória, esta Procuradoria entende relevante, em relação ao art. 11, deixar claro que a Superintendência Executiva terá competência decisória quanto às matérias do art. 11, ao passo que as demais Superintendências terão competências propositivas. Dessa forma, sugere-se a seguinte redação para o *caput* do art. 11:

Sugestão da PFE:

Art. 11. **A Superintendência Executiva, ouvidas as demais** As Superintendências, devem, considerando o planejamento institucional, adotar metodologia de priorização para: (...)

5.5 DO ACOMPANHAMENTO - ARTIGOS 13 E 14

519. O artigo 13 da proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória (RFR) em análise cuida especificamente do processo de acompanhamento, inaugurando o Capítulo II da norma, *verbis*:

Art. 13. O processo de Acompanhamento abarca o conjunto de medidas destinadas ao acompanhamento, monitoramento, análise e verificação do cumprimento da legislação e da regulamentação, e das condições de prestação dos serviços, incluindo aquela realizada mediante ação de Fiscalização, bem como de medidas de prevenção e de reparação.

520. O tratamento deste tema em Capítulo próprio é fruto da Análise nº 97/2018/SEI/AD (documento SEI nº 2659033), do Conselheiro Relator Anibal Diniz, passando a constar na versão da minuta de Resolução AD 2724858, sendo mantido nas subsequentes.

521. Até então, o conteúdo deste dispositivo era tratado no conceito da própria fiscalização

regulatória, como se observa, por exemplo, no artigo 3º, da primeira versão do RFR (documento SEI nº 0641279); artigo 3º, da terceira versão da minuta do RFR (documento SEI nº 1789812); ou, artigo 5º, da quarta versão (documento SEI nº 2724858).

522. Destaque-se, ainda, que a grande inovação deste dispositivo em relação ao Processo de Acompanhamento e Controle já previsto no artigo 79, do Regimento Interno da ANATEL diz respeito à inclusão expressa das constatações feitas em ações fiscalizatórias da Agência.

523. Já o artigo 14 dispõe sobre os resultados que poderão advir da conclusão do processo de acompanhamento, nos seguintes termos, *verbis*:

*“Art. 14. A conclusão do acompanhamento pode resultar, isolada ou conjuntamente, em:
I - imposição ao administrado de medidas preventivas ou reparatórias; II - imposição ao administrado de medidas de Controle; III - composição de base de dados para reavaliação nos próximos ciclos.”*

524. Como se observa, o artigo 13 trata da definição do processo de acompanhamento no âmbito da Fiscalização Regulatória, ao passo que o artigo 14 cuida do seu término.

525. De acordo com o artigo 80, § único, do Regimento Interno da ANATEL, caso se constate o descumprimento de uma obrigação no bojo de uma ação de fiscalização, o PADO poderá ter início com o Auto de Infração.

526. Ou seja, à luz deste dispositivo regimental, mostra-se possível instaurar um PADO como decorrência direta de uma atividade fiscalizatória, razão pela qual o texto da proposta normativa em análise carece de esclarecimentos e, se for o caso, adaptações.

527. Por outro lado, cumpre-nos reiterar a necessidade de observância ao disposto no artigo 173, da LGT, cuja premissa, vale lembrar, impõe a aplicação de alguma das sanções nele previstas e/ou sanção de obrigação de fazer ou não fazer no caso de constatação de infração às normas do setor de telecomunicações.

528. Nesse passo, verifica-se que os citados artigos 13 e 14, da proposta de RFR acabam permitindo a ausência de sanção mesmo diante da constatação de descumprimento de obrigação, inclusive apurada no bojo de um processo de fiscalização. Para tanto, por exemplo, bastaria que o processo de acompanhamento desse ensejo à imposição isolada de uma medida preventiva ou reparatória (artigo 14, I), a qual, uma vez cumprida, afastaria o sancionamento da entidade, nos termos do artigo 45 da proposta normativa.

529. Por essa razão, e na linha do entendimento há muito esposado por esta Procuradoria, entende-se necessária a exclusão do art. 45, haja vista o disposto no artigo 173, da LGT.

530. Conforme já explanado acima, os arts. 173 e 82 da LGT impedem que a cessação de uma conduta infratora tenha o condão de (i) deixar de instaurar processo administrativo punitivo ou de (ii) arquivar processo administrativo punitivo instaurado sem que haja aplicação de alguma sanção administrativa.

531. Assim, o entendimento da Procuradoria quanto ao tema é o de que o art. 45 da proposta de Regulamento deve ser excluído. A exclusão do art. 45 não inviabiliza os institutos previstos na proposta de Regulamento com o objetivo de incentivar a cessação da conduta infratora. Evidentemente, ainda que se exclua o art. 45 da proposta de Regulamento, não haverá qualquer óbice para a incidência das atenuantes previstas no art. 20 para as situações em que a cessação da conduta infratora decorrente de alguma medida prevista no art. 14 atenda aos requisitos de algum dos incisos do art. 20.

532. De qualquer forma, entende-se oportuno que o artigo 14 preveja uma hipótese de arquivamento, desde logo, do processo de acompanhamento, na hipótese de não serem encontrados indícios de descumprimento de obrigações regulatórias, como será explicado a seguir.

533. Sobre o tema, a área técnica esclareceu nos itens 3.33.1 e 3.33.2, do Informe nº 93/2019/PRRE/SPR, *verbis*:

3.33.1. Diversas contribuições propuseram ao art. 14 da proposta de Regulamento incluir previsão de arquivamento da análise/acompanhamento em caso de cumprimento das medidas preventivas e reparatórias. Acerca do tema, entende-se razoável prever hipóteses mais brandas no caso de cessação da irregularidade ou reparação dos danos, ou até o arquivamento do processo em alguns casos. No entanto, o artigo específico se presta a definir um rol de medidas possíveis decorrentes da conclusão do processo de acompanhamento, não vinculando uma ação de controle a outras ações previstas. Nesse sentido, avaliou-se mais conveniente que as sugestões, portanto, deveriam ser avaliadas em outros dispositivos regulamentares, de forma a melhor refletir a regulação responsiva e sua pirâmide de incentivos. Assim, a questão do arquivamento dos processos, em alguns casos bem específicos, foi tratada no decorrer das seções específicas de cada uma das medidas preventivas e reparatórias, e medidas de controle, ficando o art. 14 da proposta inalterado.

3.33.2. Dessa forma, essas contribuições foram acatadas parcialmente, tendo sido alterados o art. 44, para a medida de Divulgação de Informações, art. 46, relativo a medida de Notificação de Regularização, e art. 49, acerca do Termo de Conformidade.

534. De início, cumpre-nos registrar que os dispositivos da minuta de Resolução mencionados no item 3.33.2 não correspondem aos dispositivos constantes na última versão do RFR, ora em análise (documento SEI nº 4479570).

535. Na verdade, o dispositivo que trata do arquivamento do processo de acompanhamento em caso de regularização da conduta, sem a adoção de medidas de controle (dentre elas o PADO), é o artigo 45, que o faz de forma geral para todas as hipóteses de medidas preventivas ou reparatórias.

536. Acrescente-se, ainda, que este novel artigo 45, o qual não constava na minuta proposta

pelo Presidente da ANATEL e submetida à Consulta Pública (documento SEI nº 3647195), já foi analisado com maior profundidade no decorrer deste opinativo.

537. Pois bem.

538. Mostra-se relevante que o art. 14 preveja a situação em que o processo de acompanhamento não identifique indícios da prática de infração administrativa, caso, por exemplo, em que a Agência atua antes de configuração de uma infração administrativa e a alteração da conduta da prestadora impede que a infração administrativa se configure. A Agência atua diante de um risco de configuração da infração e ao final do processo de acompanhamento revela-se que, em nenhum momento, a infração restou configurada.

539. Isso porque a ausência de uma previsão normativa neste sentido ocasiona um vácuo normativo para as situações em que não seja identificada qualquer infração ou conduta irregular do administrado, seja na atividade fiscalizatória da Agência, que poderá ser realizada no bojo do processo de acompanhamento, seja no curso deste próprio processo de acompanhamento.

540. Vale dizer, o entendimento esposado pela área técnica acima transcrito só guarda pertinência para as situações em que for necessária a imposição de alguma medida preventiva ou reparatória, ou seja, quando se verificar alguma conduta irregular do administrado.

541. Tanto é assim que o citado artigo 45, da minuta em análise, que cuida da possibilidade de arquivamento do processo de acompanhamento, está inserido na Seção V, a qual trata exatamente das medidas preventivas e reparatórias, sendo certo que o mencionado dispositivo exige expressamente a regularização da conduta.

542. Assim, diante deste vácuo normativo, a solução para o arquivamento de um processo de acompanhamento no qual se constatar, desde logo, a regularidade da conduta do administrado, seria: (i) invocar o artigo 14, inciso I (“*imposição ao administrado de medidas preventivas ou reparatórias*”) combinado com o artigo 45, do RFR (reconhecimento da regularidade da conduta), o que, além de não fazer sentido, gera uma fase processual desnecessária; ou, (ii) invocar o artigo 14, III (“*composição de base de dados para reavaliação nos próximos ciclos*”), não obstante este dispositivo, a princípio, não fosse apropriado às situações em que inexistente qualquer irregularidade na conduta do administrado.

543. Como se vê, nenhuma destas hipóteses é suficientemente clara e adequada para as situações em que não há irregularidade na conduta do administrado, seja na hipótese em que a ausência de irregularidade se constata logo no início do processo de acompanhamento ou após o cumprimento de uma medida preventiva, expedida para afastar o risco de haver uma infração administrativa, sem que esta, em nenhum momento, viesse a se configurar, razão pela qual esta Procuradoria sugere a inserção de um inciso específico para arquivamento do processo nestas circunstâncias.

Sugestão da PFE

Art. 14. (...)

IV - arquivamento do processo, no caso em que não for constatado indício de infração na conduta do administrado.

5.6 ARTIGO 16

544. O artigo 16 da minuta de RFR trata dos dados e informações dos administrados solicitados, recebidos, obtidos e acessados pela ANATEL, nos seguintes termos, *verbis*: (g.n.)

*Art. 16. Os dados e as informações solicitados, recebidos, obtidos e acessados pela Agência nos termos deste Regulamento são aqueles **diretamente relacionados às obrigações do Administrado e necessários ao exercício efetivo das atribuições da Anatel**, mantendo-se invioláveis as comunicações entre os usuários.*

545. A parte destacada em negrito foi incluída após a realização da Consulta Pública nº 53/2018. Na primeira versão da minuta do RFR (SEI n 0641279), objeto de análise por esta Procuradoria por intermédio do Parecer nº 554/2016, constava a expressão “relacionados às obrigações dos Administrados”, mas sem a exigência de ser “diretamente”.

546. Embora não tenha sido possível saber o motivo desta inclusão na minuta ora em análise, pois o ponto não foi objeto de menção no Informe nº 93/2019, este órgão jurídico considera que esta especificação possui um grau mais elevado de subjetividade que pode ensejar resistências e debates desnecessários por parte das entidades atuantes no setor de telecomunicações, razão pela qual sugere sua alteração.

547. Quando se consigna que os dados devem ser “*diretamente relacionados às obrigações do Administrado*”, abre-se um flanco de resistência para discutir, por exemplo, se seriam obrigações restritas ao eventual objeto da fiscalização ou obrigações gerais a todos os entes regulados.

548. Se não bastasse, parece-nos que esta novel determinação está em descompasso com o disposto no artigo 7º, da minuta de RFR, o qual dispõe especificamente sobre as obrigações dos administrados mas, em nenhum momento, faz referência à necessidade de que os dados e informações a serem disponibilizados à ANATEL sejam “*diretamente relacionados*” às suas obrigações.

549. Além disso, a nosso ver, a expressão “*necessários ao exercício efetivo das atribuições da Anatel*” constante no mesmo dispositivo normativo confere a segurança necessária para evitar eventuais arbitrariedades por parte da Administração.

550. Pelo exposto, em relação ao art. 16, sugere-se que seja adotada a redação da minuta que foi submetida à Consulta Pública nº 53/2018 ou, ao menos, retirada a expressão “diretamente”.

5.7 ARTIGO 21

551. O Artigo 21 da proposta de RFR ora em análise possui a seguinte redação, *verbis*:

“Art. 21. O Administrado, por intermédio de representante indicado, pode acompanhar a atividade, ressalvados os casos em que a prévia intimação ou o acompanhamento presencial sejam incompatíveis com a natureza da atividade ou em que o sigilo seja necessário para garantir a sua eficácia.”

552. Com o objetivo de aperfeiçoar a redação deste dispositivo, notadamente para evitar a utilização da expressão “*em que*” por duas vezes, propõe-se o seguinte texto, *verbis*:

Sugestão da PFE

*Art. 21. O Administrado, por intermédio de representante indicado, pode acompanhar a atividade, ressalvados os casos em que a prévia intimação ou o acompanhamento presencial sejam incompatíveis com a natureza da atividade ou, **ainda, nos quais** ~~em que~~ o sigilo seja necessário para garantir a sua eficácia.”*

5.8 ARTIGO 30

553. O artigo 30 da minuta do RFR em análise está inserido na Seção III, que trata do processo de fiscalização, também dentro do Capítulo II (do acompanhamento). Referido dispositivo dispõe que as atividades ocorridas durante a Ação de Fiscalização devem ser registradas em relatório, descrevendo os procedimentos aplicados, as análises efetuadas, os resultados obtidos e, inovando em face do atual Regulamento de Fiscalização aprovado pela Resolução nº 596/2012, impondo a elaboração de um Termo de Notificação (TN).

554. Registre-se, de início, que este dispositivo parece tornar obrigatória a elaboração do Termo de Notificação para toda e qualquer irregularidade constatada em ação de fiscalização da Anatel.

555. No entanto, a própria minuta do RFR em análise, em seu artigo 32, dispõe que algumas espécies de infrações devem ser objeto de Auto de Infração quando presentes as hipóteses do subsequente artigo 34, o que significa dizer que, pelo menos para estas, será possível a instauração direta do PADO, a teor do disposto nos artigos 80, § único, 81 e 83, do Regimento Interno da Anatel, não sendo caso de elaboração de Termo de Notificação.

556. Além disso, entende-se que a elaboração deste Termo de Notificação não deve ser considerada obrigatória em toda situação, haja vista que deve ser resguardada a possibilidade de a Agência Reguladora instaurar, desde logo, o processo administrativo sancionador, caso considere ser esta a medida mais adequada diante de um determinado caso concreto, uma vez que o setor de telecomunicações contempla uma ampla variedade de tipos de infração, o que dificulta considerar, de forma apriorística, que seja adequado que todo e qualquer caso se submeta ao procedimento de termo de notificação.

557. Nesse sentido, iremos sugerir alterações nos artigos 30 e 32 da proposta em análise, também com o objetivo de afastar eventual contradição entre ambos.

558. O parágrafo primeiro deste artigo 30, por sua vez, estabelece os requisitos que devem constar no citado Termo de Notificação, distribuídos em cinco incisos. Confira-se, *verbis*:

“Art. 30. As atividades ocorridas durante a Ação de Fiscalização devem ser registradas em relatório, descrevendo os procedimentos aplicados, as análises efetuadas e os resultados obtidos, do qual se fará Termo de Notificação (TN).

§ 1º. O Termo de Notificação será, preferencialmente, por meio eletrônico, pela Gerência responsável pelo tema, e deverá conter:

I - nome, endereço e qualificação da notificada;

II - descrição dos fatos levantados, em Sumário do Relatório de Fiscalização;

III - indicação de não conformidade;

IV - identificação do representante do órgão fiscalizador, com seu cargo, função, número da credencial e assinatura;

V - local e data da lavratura.

559. Este órgão jurídico chama atenção para o inciso III, que menciona a “*indicação de não conformidade*”.

560. A nosso ver, o dispositivo carece de complementação a fim de tornar claro que, na hipótese, trata-se de infração administrativa, haja vista que, conforme explanado acima, no setor de telecomunicações o descumprimento de qualquer norma já configura uma infração administrativa (art. 173 da LGT).

561. Embora a própria minuta do RFR pareça considerar possível a existência de situações que caracterizam uma “*não conformidade*” sem se tratar de descumprimento de obrigações, já que seu artigo 31 descreve as duas hipóteses de forma autônoma, a ausência de um conceito de não conformidade dificulta interpretar a expressão “*não conformidade*” de modo diverso de “*infração*”.

562. Nesse passo, sugerimos a seguinte redação para o inciso III do parágrafo primeiro do artigo 30, *verbis*:

Sugestão da PFE

“Art. 30. As atividades ocorridas durante a Ação de Fiscalização devem ser registradas em relatório, descrevendo os procedimentos aplicados, as análises efetuadas e os resultados obtidos, do qual se fará Termo de Notificação (TN).

§ 1º. O Termo de Notificação será, emitido, preferencialmente, por meio eletrônico, pela Gerência responsável pelo tema, e deverá conter:

(...)

III - indicação de **infração não conformidade**;

(...)"

563. Ainda sobre o artigo 30, da minuta de RFR ora em análise, esta Procuradoria também vislumbra a necessidade de alteração de seu parágrafo terceiro, inclusive em razão da sugestão feita acima.

564. Eis a redação do citado dispositivo, *verbis*:

"Art. 30 (...)

§ 3º Salvo nos casos de simples coleta de dados e informações, a área competente deverá, imediatamente após a conclusão do Relatório de Fiscalização, notificar o Administrado para, facultativamente e dentro do prazo consignado, manifestar-se sobre o objeto do Termo de Notificação, apresentando as medidas que foram ou serão adotadas para correção das condutas em desacordo com a legislação e a regulamentação."

565. Registre-se que este dispositivo impõe a obrigatoriedade de a ANATEL sempre notificar o acusado após a conclusão do Relatório de Fiscalização, o qual terá a faculdade de se manifestar sobre o Termo de Notificação.

566. Ou seja, independentemente do que for constatado na fiscalização, cria-se uma nova etapa no processo de acompanhamento, anterior à eventual abertura de processo de controle, de forma a abrir uma primeira oportunidade para que o administrado cumpra aquela obrigação que já deveria ter cumprido sem sofrer qualquer reprimenda pela inobservância às normas setoriais.

567. Além disso, o parágrafo 3º do artigo 30 ora em análise também carece de complementação para esclarecer quais as conseqüências que poderão advir da eventual ausência de manifestação do administrado ou da apresentação de medidas para a correção das condutas irregulares que a Anatel considere insuficientes. A Anatel já poderá, desde logo, aplicar medidas preventivas ou reparatórias (artigo 42 e seguintes)? Poderá ocorrer algum tipo de debate sobre a suficiência, ou não, das medidas propostas pela administrada, já que o parágrafo 4º do mesmo artigo 30 refere-se especificamente à possibilidade de a área técnica competente solicitar informações necessárias para o "esclarecimento dos fatos relatados"?

568. Da mesma forma, parece-nos que o citado artigo 30, § 4º, da minuta em análise também precisa ser complementado para esclarecer o passo seguinte à solicitação, em face do administrado, de outras informações que a área técnica competente julgue necessárias ao melhor esclarecimento dos fatos relatados. Em outras palavras, o que acontece com o andamento do processo de acompanhamento depois da situação prevista neste dispositivo?

569. Tendo em vista que (i) o Termo de Notificação será expedido em fase anterior à instauração de processo punitivo e (ii) a norma proposta para o art. 45 do Regulamento de Fiscalização encontra óbices nos arts. 82 e 173 da LGT, sugere-se que, para a regularização da conduta infratora, após a expedição do Termo de Notificação, seja prevista a incidência das atenuantes previstas no art. 20, do RASA.

570. Assim, quanto ao art. 30, sem prejuízo de maior detalhamento do dispositivo para definição das questões apresentadas acima, sugere-se que seja incluído dispositivo para esclarecer que, no caso de regularização da conduta infratora no prazo consignado no Termo de Notificação, deve ser aplicada para efeito das atenuantes previstas no art. 20 do RASA. Assim, apresentam-se as seguintes sugestões para o dispositivo:

Sugestão da PFE

"Art. 30. As atividades ocorridas durante a Ação de Fiscalização devem ser registradas em relatório, descrevendo os procedimentos aplicados, as análises efetuadas e os resultados obtidos, do qual fará **se poderá fazer** Termo de Notificação (TN) **ou Auto de Infração**.

§ 1º. O Termo de Notificação será emitido, preferencialmente, por meio eletrônico, pela Gerência responsável pelo tema, e deverá conter:

(...)

III - indicação de **infração não conformidade**;

(...)

§ 5º A emissão de Termo de Notificação não dispensa a posterior instauração de PADO, mediante a expedição de Ato de Instauração.

§ 6º Nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, no prazo estipulado no Termo de Notificação, será aplicável o disposto no art. 20 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012."

5.9 ARTIGO 31

571. Eis a proposta de redação para ao artigo 31 da minuta em análise, *verbis*: (g.n)

"Art. 31. Caso se observem indícios de descumprimento de obrigações e de não conformidades diversos daquele objeto da ação de fiscalização em curso, o Agente de

*Fiscalização **deverá reportá-los** à autoridade competente e poderá, com a sua ciência, proceder a sua averiguação, desde que não haja comprometimento da segurança, da ação em andamento, **das demais ações planejadas e do planejamento da Fiscalização Regulatória.***

572. Este dispositivo mantém a idéia central constante no artigo 26, § único, do atual Regulamento de Fiscalização da ANATEL, aprovado pela Resolução nº 596/2012, inovando com relação ao dever de o Agente de Fiscalização reportar o fato à autoridade competente e, ao final, ressaltando que este poderá ser averiguado desde que não comprometa as demais ações planejadas e o planejamento da Fiscalização Regulatória (partes destacadas em negrito). Confira-se o citado dispositivo do atual Regulamento de Fiscalização em vigor, *verbis*:

Art. 26. Cabe ao Agente de Fiscalização determinar a extensão, profundidade, conveniência e oportunidade na obtenção dos dados e das informações necessários para a realização da ação de fiscalização.

Parágrafo único. Caso o Agente de Fiscalização observe indícios de descumprimento de obrigações e conformidades diversos daquele objeto da ação de fiscalização em curso, poderá, com a ciência da autoridade competente, proceder a sua averiguação, desde que não haja comprometimento da segurança e da ação em andamento.

573. Esta Procuradoria manifesta preocupação quanto à exigência de que o Agente de Fiscalização, antes de proceder à averiguação dos descumprimentos que não são objeto da ação de fiscalização, dê ciência à autoridade competente, uma vez que esse tipo de exigência pode vir a dificultar a realização de uma fiscalização já em andamento.

574. Uma eventual impossibilidade momentânea de o agente de fiscalização dar ciência prévia à autoridade competente, justamente naquele momento, por exemplo, inviabilizaria que o agente viesse a apurar descumprimentos com os quais já se havia deparado, em oportunidade na qual a imediata apuração dos descumprimentos pelo agente se mostraria muito mais eficiente.

575. Nesse aspecto, entende-se que a ciência da autoridade competente posterior à realização da fiscalização é suficiente para que haja o controle das atividades desempenhadas pelo agente de fiscalização. Ademais, se a proposta do parágrafo único não prevê uma autorização da autoridade competente, mas apenas uma ciência, não se vislumbra razão pela qual a norma exigiria essa providência antes da averiguação da infração que não foi objeto da ação de fiscalização.

576. Ademais, esses aspectos burocráticos impostos para o exercício da atividade dos Agentes de Fiscalização da ANATEL abrem mais um flanco para discussão pelos entes fiscalizados, conferindo-lhes mais argumentos de defesa, com o objetivo de afastar qualquer punição ou medida contrária a seus interesses particulares mesmo diante da prática de infrações e descumprimento de obrigações setoriais.

577. Um outro ponto relevante é o de que, diante da constatação de uma ilegalidade, quando possível, o agente público **deve** atuar para que a situação de ilegalidade seja objeto de apuração, de modo a possibilitar a aplicação das consequências jurídicas previstas para esse fato.

578. A primeira minuta do novo Regulamento de Fiscalização Regulatória apresentada nestes autos (SEI nº 0641279) possuía dispositivo semelhante ao artigo 26, § único, do Regulamento de Fiscalização atualmente em vigor, qual seja, o artigo 24, § 2º. Na verdade, como se verá, ambos possuíam praticamente o mesmo conteúdo, sendo que a principal diferença era de nomenclatura, pois a nova proposta referia-se a então denominada Inspeção, em vez de ação de fiscalização.

579. O citado artigo 24, § 2º, da primeira versão da minuta de Regulamento de Fiscalização Regulatória, foi objeto de análise por esta Procuradoria no Parecer nº 554/2016. Na ocasião, este órgão jurídico fez algumas sugestões para aperfeiçoamento do texto e, já naquela oportunidade, manifestou preocupação com possíveis interpretações restritivas ao poder de polícia da Agência. Confira-se, *verbis*: (g.n.)

66. No tocante à Seção III - Da Inspeção, presente na proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória, essa PFE entendeu por bem fazer pequenas considerações atinentes tão somente ao §2º do art. 24 e aos arts. 27 e 28.

67. O §2º do art. 24 da proposta de regulamento estabelece limites ao procedimento da atuação fiscalizatória quando o Agente de Fiscalização observar indícios de descumprimento de obrigações alheias àquelas previamente estampadas na programação daquela fiscalização específica, nos seguintes termos:

Art. 24 Cabe ao Agente de Fiscalização determinar a extensão, profundidade, conveniência e oportunidade para a solicitação, recepção, obtenção e acesso dos dados e das informações necessários para o atendimento do escopo da Inspeção.

§ 1º Omissis

§ 2º Caso o Agente de Fiscalização observe indícios de descumprimento de obrigações sem relação com o escopo da Inspeção em curso, poderá, com a ciência da autoridade competente, proceder à sua averiguação, desde que não haja comprometimento da segurança e da atividade em andamento.

*68. A Inspeção aqui tratada é considerada um ato administrativo vinculado, ou seja, **diante da constatação de uma ilegalidade, cabe ao agente público proceder de forma a evitar sua continuação.** Nesse sentido, sugere-se permutar a palavra “poderá” por “deverá”, de modo a estampar com maior clareza essa obrigação do fiscal. Por óbvio, o fato de se imputar uma obrigação ao Agente de Fiscalização não impede que, em determinadas e especiais situações, o Agente possa deixar de fazê-lo naquele momento, possibilidade essa guardada pela parte final do dispositivo em comento, ao aduzir uma hipótese de exceção (“desde que não haja comprometimento da segurança e da atividade*

em andamento”). **Diz-se naquele momento, pois a irregularidade deve ser inspecionada e sanada em momento posterior à primeira inspeção, quando naquela oportunidade existir a possibilidade de comprometimento da segurança e da atividade em andamento.**

69. De outra banda, apenas como forma de evitar possíveis discussões posteriores, sugere-se acrescentar ainda as seguintes informações no §2º do art. 24: (i) o momento da ciência à autoridade competente (seria necessariamente prévia ao ato de fiscalização em si?) e (ii) a natureza dessa ciência (seria uma mera comunicação ou uma autorização?). **Dito de outra forma, pretende-se, com essas sugestões, excluir possíveis interpretações restritivas ao poder de polícia da Agência.**

70. De antemão, **essa PFE se posiciona no sentido de ser juridicamente possível que a ciência seja feita posteriormente à fiscalização, sendo a ciência um mero ato de comunicação do fiscal à autoridade competente.**

71. Ao que parece, pretende-se com a comunicação à autoridade competente formalizar o ato de inspeção de modo a adequar o Planejamento de Fiscalização Regulatória com os atos de inspeção efetivamente realizados. **Logo, não há ilegalidade alguma em se realizar atos fiscalizatórios sem prévia comunicação à autoridade competente. Entender de forma diversa engessaria o poder de fiscalização do agente público, incapacitando-o, ao menos momentaneamente, para exercer o seu mister, mesmo quando constatada uma flagrante violação às normas do setor de telecomunicações.**

72. Em sentido análogo, a Instrução Normativa RFB nº 1169, de 29 de junho de 2011, que estabelece procedimentos especiais de controle, na importação ou na exportação de bens e mercadorias, diante de suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento, **permite a ampliação do escopo da inspeção quando se está diante de suspeitas de outra infração diversa daquela que originou o ato fiscalizatório, in verbis:**

Instrução Normativa RFB nº 1169/2011

Art. 4º. O procedimento especial de controle aduaneiro previsto nesta Instrução Normativa será instaurado pelo Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) responsável mediante termo de início, com ciência da pessoa fiscalizada, contendo, dentre outras informações:

I as possíveis irregularidades que motivaram sua instauração; e

II as mercadorias ou declarações objeto do procedimento.

§ 1º O disposto no caput não afasta a possibilidade de que o procedimento especial venha a apurar suspeita de irregularidade, nos termos do art. 1º, distinta daquela que motivou a instauração, ou a incluir outras operações, com a ciência do interessado, não especificadas no termo de início.

73. Nesse sentido, uma possível dicção do §2º do art. 24 seria a seguinte:

Proposta da PFE

Art. 24. Omissis.

(...)

§ 2º Caso o Agente de Fiscalização observe indícios de descumprimento de obrigações sem relação com o escopo da Inspeção em curso, deverá proceder à sua averiguação, desde que não haja comprometimento da segurança e da atividade em andamento, informando posteriormente a autoridade competente de seu ato.

580. Entretanto, embora o Informe nº 1/2016 (SEI nº 0916283) tenha acolhido a sugestão desta PFE quanto à possibilidade de o Agente de Fiscalização informar à autoridade competente acerca da conduta irregular em momento posterior, acabou incluindo a ressalva de que a averiguação não poderia causar comprometimento ao planejamento da Fiscalização Regulatória.

581. A minuta do RFR ora em análise, porém, prevê que a ciência da autoridade competente deve ser anterior à averiguação. Além disso, não apenas manteve a ressalva quanto ao possível comprometimento do planejamento de Fiscalização Regulatória como incluiu duas novas situações condicionais, quais sejam: “demais ações planejadas” e “planejamento da Fiscalização Regulatória”.

582. Assim, esta Procuradoria ratifica seu posicionamento anterior e mantém a sugestão semelhante à feita ao dispositivo normativo em referência, com os ajustes necessários diante da alteração de nomenclatura, haja vista que, no seu entender, as alterações propostas acabam repercutindo negativamente no poder de polícia da Agência e criam burocracias desnecessárias que, ao invés de conferir segurança jurídica à atuação dos fiscais da Agência, apenas abrem mais um flanco de discussão para as entidades fiscalizadas buscarem afastar quaisquer responsabilidades pelas infrações praticadas.

Sugestão da PFE

“Art. 31. Caso se observem indícios de descumprimento de obrigações e de não conformidades diversos daquele objeto da ação de fiscalização em curso, o Agente de Fiscalização deverá reportá-los à autoridade competente e poderá, com a sua ciência proceder à sua averiguação, desde que não haja comprometimento da segurança, da ação em andamento, das demais ações planejadas e do planejamento da Fiscalização Regulatória, e, após a conclusão da fiscalização, deverá informar à autoridade competente das razões pelas quais houve ampliação do objeto da fiscalização.

583. O artigo 32 da proposta de RFR em análise dispõe que, “no curso de uma ação de fiscalização, o Agente de Fiscalização deverá lavrar Auto de Infração nas hipóteses previstas no art. 34”.

584. O citado artigo 34, por sua vez, trata da interrupção cautelar do funcionamento de estação ou da execução do serviço, a ocorrer nas seguintes hipóteses: (i) risco à vida; (ii) interferências prejudiciais a outras estações regularmente autorizadas; (iii) desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação; e, (iv) uso de equipamentos sem a devida certificação ou homologação.

585. O atual Regulamento de Fiscalização da Anatel, aprovado pela Resolução nº 596/2012, cuida do Auto de Infração em seu artigo 28, não fazendo qualquer referência a alguma infração específica. Ou seja, de acordo com a norma atualmente em vigor, qualquer infração à legislação de telecomunicações poderá ser objeto de Auto de Infração, sendo importante lembrar, ainda, que este documento poderá dar início ao PADO, nos termos do artigo 80, parágrafo único c/c o artigo 83, do Regimento Interno da ANATEL.

586. Sendo assim, observa-se que a mudança ora proposta busca evitar a lavratura do Auto de Infração mesmo diante da constatação de violação a normas e obrigações setoriais, salvo aquelas inseridas no artigo 34 da minuta do novo RFR, o que passaria a ser anotado na forma do Termo de Notificação prevista no artigo 30 da mesma minuta, já analisado.

587. O art. 32 restringe, *a priori*, a possibilidade de o fiscal lavrar o auto de infração às hipóteses do art. 34, instituindo vedação regulamentar à lavratura de auto de infração para as demais infrações. Desde que não implique o afastamento do correspondente processo sancionador, que pode ser instaurado por meio de ato de instauração posterior a partir das constatações do fiscal, essa proposta não encontra óbice jurídico, podendo servir a uma melhor organização e coordenação da atividade fiscalizatória e sancionatória da Agência. Contudo, observa-se que há um risco de a avaliação apriorística acerca de uma ampla gama de tipos infracionais não conseguir identificar exaustivamente todas as espécies de infrações em que seria conveniente o PADO já ter início imediato com o auto de infração e, com isso, acabar impedindo a lavratura de auto de infração em situações em que tal medida se apresente adequada ou necessária.

588. Nessa perspectiva, se o Regulamento define exaustivamente as hipóteses de emissão do Auto de Infração, isso poderá engessar a atuação da Agência, uma vez que eventual remodelagem da definição das hipóteses de emissão de auto de infração dependeria da observância do procedimento exigido para as alterações de atos normativos que abrange a necessidade de realização de Consulta Pública e deliberação pelo Conselho Diretor.

589. Cabe lembrar, entretanto, que a delimitação de hipóteses de emissão de Auto de Infração possibilita que a Agência organize melhor o exercício de sua competência sancionadora, na medida em que a ausência de instauração do PADO pelo agente de fiscalização permite que a instauração do Pado (em momento futuro) abranja múltiplas infrações. Essa opção de um Pado (instaurado em momento futuro) abranger múltiplas infrações constatadas em fiscalizações diferentes tem sido utilizada pela Agência para tornar mais eficiente o exercício de sua competência sancionadora.

590. Nesse contexto, a Agência tem a opção de não delimitar exaustivamente no Regulamento as hipóteses de emissão do Auto de Infração, e, com vistas a realizar uma melhor organização do exercício da competência sancionadora, delimitar essas hipóteses em ato administrativo editado por Superintendente, o que permitiria que a Agência continue a instaurar PADOs em momento futuro para abranger múltiplas infrações, sem que a delimitação das hipóteses de expedição de Auto de Infração conste de uma Resolução, a qual, para ser atualizada frente ao dinamismo do setor de telecomunicações, exige um procedimento mais longo por parte da Agência (necessidade de realização de Consulta Pública e deliberação pelo Conselho Diretor).

591. Dessa forma, recomenda-se que se avalie se essa restrição regulamentar, que poderia ser feita por atos internos da Agência, não poderia engessar a atuação fiscalizatória da Anatel e acabar impedindo a lavratura de auto de infração em situações em que tal medida se apresente adequada ou necessária.

592. Assim, sugere-se a seguinte redação para o art. 32 da proposta de RFR:

Sugestão da PFE

“Art. 32. No curso de uma ação de fiscalização, o Agente de Fiscalização poderá ~~deverá~~ lavrar Auto de Infração nas hipóteses previstas no art. 34.”

593. Registre-se, por fim, que não se vislumbra necessidade de alteração no conceito de Auto de Infração previsto no artigo 4º, inciso IV, da minuta em análise.

5.11 ÓBICE À FISCALIZAÇÃO - ARTIGOS 37 a 41

594. Conforme demonstrado no tópico “Aspectos Gerais” deste Parecer, para o qual remetemos a leitura, os objetivos buscados pela Agência com as propostas de redação para os arts. 37 e 38 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, que tratam da obstrução à atividade fiscalizatória, podem ser alcançados, em compatibilidade com o art. 173 da LGT, desde que o Regulamento preveja dois tipos de solicitação de informações, sendo que, para apenas um dos tipos, o descumprimento da solicitação configuraria infração administrativa (no exemplo de redação sugerida por esta Procuradoria a solicitação cujo descumprimento configuraria infração seria a requisição).

595. Nesse passo, reproduzimos a sugestão de redação para os citados artigos 37 e 38 da minuta em análise, *verbis*:

Sugestão da PFE

Seção IV

Da Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória

Art. 37. Havendo dificuldade para a atividade de acompanhamento ou ainda

impossibilidade de conclusão de ação da Fiscalização, por responsabilidade do Administrado em atender solicitações de informações, a Agência deve requisitar do administrado as informações devem ser reiterados os pedidos ou adotadas novas medidas com o objetivo de concluir a atividade obstruída.

Art. 38. Somente a partir da adoção de nova medida, ou de reiteração das solicitações originais, descritos no art. 37, poderá ser caracterizada a O descumprimento da requisição de informações caracterizará Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória.

5.12 **ARTIGO 42**

596. Os artigos 42 a 45 da minuta em análise tratam das medidas preventivas e reparatórias, também insertos no processo de acompanhamento. Confira-se a redação do artigo 42, *verbis*:

“Art. 42. A Anatel poderá determinar a adoção de medidas preventivas ou reparatórias que visem prevenir condutas de forma tempestiva, cessar ou reduzir o impacto aos consumidores e ao setor.

Parágrafo único. A adoção de medidas reparatórias interrompe a prescrição da pretensão punitiva conforme prescreve art. 2º, inciso IV, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.”

597. Sobre o tema, necessário fazer alguns apontamentos em razão de algumas dúvidas que surgiram com a previsão deste novo instituto jurídico na proposta de RFR.

598. Em primeiro lugar, em qual momento no curso do processo de acompanhamento poderá ser determinada a adoção de alguma medida reparatória ou preventiva? Por exemplo, em caso de constatação da irregularidade no bojo de uma ação de fiscalização, é necessário aguardar a manifestação da entidade sobre o Termo de Notificação? Ou a medida preventiva/reparatória poderá ser determinada de imediato?

599. Embora o artigo 14 disponha que estas medidas podem ser impostas ao final do processo de acompanhamento, entende-se que este momento temporal corresponde apenas a uma dentre várias outras possibilidades. Tanto é assim, por exemplo, que a Notificação para Regularização, tratada no artigo 48, poderá ser adotada *“no decorrer do processo de Acompanhamento”*.

600. Em segundo lugar, é possível aplicar de forma simultânea duas ou mais medidas preventivas ou reparatórias? Se sim, entende-se que seria necessária uma previsão expressa neste sentido, da mesma forma que a minuta do RFR fez para as medidas do processo de controle (vide artigo 53, § 1º).

601. Em terceiro lugar, haverá possibilidade de manifestação da entidade previamente à determinação de adoção de medida preventiva ou reparatória?

602. Em quarto lugar, a entidade poderá discutir os termos, a extensão, o alcance ou algum outro aspecto de eventual medida preventiva ou reparatória que a ANATEL determinar e que deva ser por ela realizada?

603. Em quinto lugar, qual o procedimento para a efetivação da medida preventiva ou reparatória? Será necessário que a entidade manifeste anuência com a determinação da ANATEL? Ou a administrada já deverá se manifestar comprovando o cumprimento da eventual medida preventiva ou reparatória?

604. Em sexto lugar, a pretensão do novo modelo de fiscalização regulatória abarca a possibilidade de determinação de sucessivas medidas preventivas ou reparatórias em caso de descumprimento de eventual medida anterior? Considerando que a minuta em análise não possui qualquer vedação neste sentido, a princípio não há óbice normativo para que este entendimento seja adotado ou, ao menos, sustentado e requerido pelas entidades infratoras.

605. Como se vê, o instituto jurídico em análise desperta inúmeras dúvidas quanto ao seu alcance, contornos e aplicação, razão pela qual se mostra necessário um aperfeiçoamento do texto para saná-las.

606. No entanto, esta Procuradoria deixa de sugerir uma proposta de redação para o dispositivo porque esta depende do entendimento da Agência sobre os pontos levantados acima.

607. Em relação à ampla discricionariedade na edição de medidas preventivas e reparatórias, a qual envolve a definição dos casos que estão sujeitos a essas medidas, bem como o número de oportunidades para regularização da conduta para cada tipo de infração e/ou prestadora, esta Procuradoria manifesta preocupação quanto à observância do princípio da isonomia. Num contexto de ampla discricionariedade acerca da quantidade de oportunidades que serão concedidas para a cessação de condutas infratoras, que podem variar conforme a infração e o histórico do infrator, é relevante que as decisões administrativas, inclusive as discricionárias, observem o princípio da isonomia.

608. Vale lembrar, ainda, que embora a ampla discricionariedade seja uma característica relevante para a incorporação da teoria da regulação responsiva na atuação sancionadora da Anatel, o próprio estudo realizado pela UnB (Estudo sobre Mecanismos de Incentivos à Garantia dos Direitos dos Consumidores - Relatório Meta 10, disponível no SEI 5282525) destacou a importância de que a adoção da regulação responsiva implemente mecanismos de controle social tripartite e governança nodal. Veja-se o seguinte trecho do Estudo:

O relatório propõe três recomendações para que a Anatel avance rumo a modelagens apoiadas em incentivos intrínsecos, mas as duas principais de ordem institucional são: a) a consolidação do controle social no processo regulatório da ANATEL, recomendando-se a ação da ANATEL em conjunto com os diversos órgãos envolvidos no SNDC (e.g. PROCON, SENACON e Ministério Público), combinando estratégias responsivas e compartilhando informações. Tudo isso, em prol da instituição de um verdadeiro sistema de governança

nodal; b) a instauração de mecanismos institucionais de controle social no próprio âmbito (interno) da ANATEL, mediante valorização de setores internos como o Conselho de Usuários e o estímulo à sua interação com entidades independentes de defesa do consumidor. Por fim, a última recomendação diz respeito à consolidação de uma inteligência regulatória que implemente a pirâmide sancionatória, de tal modo a não obstaculizar as sanções mais incisivas.(p.29)

609. O Estudo apresenta o quadro abaixo, no qual se resumem aspectos do controle social, do tripartismo e da governança nodal (p. 67):

SÍNTESE Controle social, tripartismo e governança nodal		
O controle social é um mecanismo regulatório multifacetado que, para além de sua utilização por técnicas de avaliação global de desempenho, serve ao fim de legitimar a regulação e de ampliar sua efetividade.	O tripartismo, enquanto proposta responsiva de integração de terceiros ao esforço regulatório revela a necessidade de que estratégias responsivas sejam partilhadas pelos diferentes atores influentes, em especial, do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.	O tripartismo adota o mecanismo da governança nodal para fazer frente a déficits de capacidade institucional e possibilita dar voz ao consumidor em meio a uma modelagem regulatória apoiada na cooperação em rede de atores semiautônomos.

610. Acerca da transparência, o referido Estudo menciona:

6.3 Transparência

A regulação responsiva exige que, ao definir a abordagem regulatória que será tomada para solucionar um problema, a autoridade reguladora seja transparente tanto com os regulados, como com a sociedade como um todo. Quando a autoridade reguladora informa às empresas, com clareza, quais atitudes devem ser necessariamente implementadas e quais serão as sanções aplicadas caso isso não ocorra, há maior segurança no processo regulatório para ambas as partes.

Além da transparência com as empresas reguladas, também é necessário que a Agência seja aberta com os consumidores e com o público em geral sobre a sua atuação fiscalizatória. Isso pode ser feito por meio da publicação e divulgação, no endereço eletrônico da Anatel, de informações sobre os seguintes itens: (i) quais são os temas objeto de fiscalização regulatória; (ii) quais foram as soluções de autorregulação propostas pela empresa e o porquê pela opção de um outro tipo de autorregulação; (iii) quais foram os resultados apresentados pelas empresas, de maneira detalhada, à medida em que a fiscalização regulatória é desenvolvida; (iv) em quanto tempo a meta estabelecida pela Anatel foi alcançada. A visão desses relatórios deve ser objetiva.

A transparência também requer o diálogo com o Conselho dos Usuários das empresas. O Conselho deve ser integrado ao processo fiscalizatório, podendo opinar sobre se as medidas que estão sendo tomadas são realmente satisfatórias, incentivado a que não se apresente meramente como um juiz da situação, mas como um participante proponente de soluções viáveis. Com isso, legitima-se o quadro regulatório perante os próprios consumidores. A teoria da regulação responsiva sugere que o regulador deve estar sempre atento às principais necessidades dos interessados na regulação. Importante, portanto, como a ANATEL lida com a perspectiva dos representantes dos próprios consumidores, por meio do Conselho de Usuários. Uma vez que são os consumidores os principais impactados pela decisão regulatória, suas contribuições são não apenas úteis para o regulador, como necessárias.

Por fim, a pressão social é um elemento relevante no âmbito da teoria da regulação responsiva. De fato, ao se sentir pressionado, o regulado prioriza a melhoria dos resultados. A competição entre as empresas é capaz de pressionar as prestadoras a melhorar a qualidade do serviço prestado e atualizar a tecnologia utilizada no atendimento às reclamações dos consumidores. A transparência na divulgação sobre os resultados obtidos por cada prestadora em cada um dos processos de fiscalização regulatória cumpre esse propósito por meio do "haming and shaming", em que a imagem da empresa é afetada pelo desempenho negativo. As prestadoras que forem rankeadas por último no que diz respeito aos direitos dos consumidores terão a sua identidade afetada. Para a regulação responsiva, quando se trata de empresas com forte visibilidade e atuação nacional, essa é a melhor maneira de combater pequenas ofensas.(PP 384-385)

611. Ainda acerca do art. 42 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, o parágrafo único desse dispositivo dispõe que a adoção de medidas reparatórias possui o condão de interromper a prescrição da pretensão punitiva, devendo ser considerada como "ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatório no âmbito interno da administração pública federal" (art. 2, inciso IV, da Lei n. 9.873/99).

612. Entretanto, esta Procuradoria considera que o mencionado dispositivo não confere a necessária segurança jurídica ao tema, seja em razão das dúvidas mencionadas nos parágrafos anteriores que interferem na problemática referente à interrupção do prazo prescricional, seja pela própria natureza das medidas preventivas ou reparatórias listadas de forma exemplificativa no artigo 43,

da minuta em análise.

613. Ora, o artigo 42, parágrafo único, adota como marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva a adoção de medida reparatória. Não se mostra adequado considerar de forma geral que as medidas reparatórias serão tidas como atos que importam expressa tentativa de solução conciliatória no âmbito interno da Administração. Afinal, não se sabe ao certo se o administrado poderá discutir os termos da medida reparatória que tiver contra si.

614. Na verdade, dentre as medidas preventivas ou reparatórias listadas no artigo 43, parecem que apenas a constante no inciso IV (Plano de Conformidade) possui natureza compatível com uma tentativa de solução conciliatória, uma vez que sua origem decorre de um requerimento do administrado o qual é apreciado pela Agência, sendo que, quando assinado, apresenta-se como solução conciliatória da Administração e do administrado para endereçar o problema (infração) constado, a exemplo do que ocorre quanto a Termos de Ajustamento de Conduta.

615. As demais medidas consistem em atos unilaterais do Poder Público, aos quais o administrado está obrigado a aderir, sob pena inclusive de sua futura sanção vir a ser agravada em decorrência do descumprimento das medidas impostas. Não é possível falar, portanto, que nesse caso a determinação da Administração Pública representa uma tentativa de solução conciliatória.

616. Ante o exposto, o parágrafo único do art. 42, ressalvada a hipótese de apresentação de pedido de plano de conformidade, encontra óbice jurídico no art. 2º da Lei nº 9.873, de 1999, que não abrange as demais hipóteses de medidas como atos interruptivos da prescrição quinquenal da pretensão punitiva.

5.13 ARTIGO 45

617. Conforme amplamente fundamentado no decorrer deste Parecer, em especial no primeiro tópico (“Aspectos Gerais”), para o qual remetemos a leitura, esta Procuradoria entende que a proposta apresentada no artigo 45, do Regulamento de Fiscalização Regulatória encontra óbice jurídico nos artigos 82 e 173, da LGT.

618. Sendo assim, o citado dispositivo deve ser suprimido do Regulamento.

5.14 ARTIGO 46

619. O artigo 46 da minuta de RFR em análise trata da “divulgação de informações”, primeira espécie de medida preventiva e reparatória listada no artigo 43.

620. Os três parágrafos deste artigo estabelecem uma espécie de procedimento para que a ANATEL, caso assim entenda, determine ao administrado que ele próprio divulgue as informações de que trata o dispositivo normativo.

621. Após o parágrafo segundo dispor que, nesta hipótese, caberá ao administrado propor à Anatel o conteúdo, formato, periodicidade e meio para a divulgação destas informações, o parágrafo terceiro do mesmo artigo autoriza a Anatel a determinar a realização de ajustes, caso não considere efetiva a proposta apresentada, observando os demais requisitos constantes no dispositivo. Confira-se, *verbis*:

“Art. 46.

(...)

*§3º Caso não considere efetiva a proposta, poderá a Anatel determinar a realização de ajustes, **observada a periodicidade e o meio do modo menos oneroso e mais eficaz disponível, a proporcionalidade e a razoabilidade.**”*

622. A parte destacada em negrito não constava no texto da minuta aprovada pelo Conselho Diretor e submetida à Consulta Pública nº 53/2018. De acordo com o Informe nº 93/2019, a alteração é resultado do acolhimento de proposta feita na mencionada consulta, *verbis*:

“3.38.2. Ainda no art. 44, renumerado para art. 46 após a Consulta Pública, foi solicitada alteração do § 4º no sentido de garantir que, no caso de solicitação de ajustes, a Anatel observe a periodicidade adequada e o meio menos oneroso possível. Desse modo, aceita-se a seguinte redação:”

623. Este órgão jurídico sugere que seja reavaliada a inserção destes requisitos no parágrafo terceiro do artigo 46.

624. A uma, porque a observância destas diretrizes deve ser feita diante dos casos concretos à luz das regras já existentes na legislação vigente (princípio da proporcionalidade), não havendo necessidade de estarem previstas de forma abstrata neste texto normativo. Vale dizer, o ato administrativo a ser proferido pela Anatel, em decorrência do princípio da proporcionalidade, deve apresentar-se como necessário e adequado aos fins a que se destina, independentemente de haver previsão regulamentar nesse sentido.

625. A duas, porque estes requisitos acabam condicionando e burocratizando a atuação da Agência em uma etapa da fiscalização regulatória que se pretende célere, o que, além de ser contrária a um dos principais objetivos do novo modelo regulatório que se propõe, pode acabar sendo obstaculizada por eventual insurgência ou tentativa de discussão por parte do administrado.

626. A três, porque a imposição destes requisitos para a Anatel exigirá que a autoridade administrativa apresente a correspondente e específica fundamentação quando da prolação da decisão, ainda que não fosse necessário abordar de forma detalhada determinada questão no caso concreto, fazendo com que a autoridade, por exemplo, tenha que demonstrar que a opção adotada é a menos

onerosa e a mais eficaz entre as disponíveis. No entanto, como existe um alto grau de subjetividade nestes requisitos, especialmente para saber quais seriam as demais opções disponíveis e adequadas para o fim pretendido, a própria fundamentação da decisão poderia restar inviabilizada e, conseqüentemente, a adoção da medida.

627. A quatro, como conseqüência direta do que se disse anteriormente, porque a existência destes requisitos permitirá ao administrado discutir a sua efetiva observância pela Administração, podendo, com isso, protelar a efetividade da atuação da Agência e, em última análise, o cumprimento de sua própria obrigação setorial.

628. Sendo assim, este órgão jurídico opina pela manutenção da redação da minuta submetida à Consulta pública, assim formulada, *verbis*:

Sugestão da PFE

"Art. 46.

(...)

§3º Caso não considere efetiva a proposta, poderá a Anatel determinar a realização de ajustes, ~~observada a periodicidade e o meio do modo menos oneroso e mais eficaz disponível, a proporcionalidade e a razoabilidade.~~

5.15 ARTIGO 48

629. O artigo 48 da minuta de RFR em análise trata da Notificação para Regularização, terceira espécie de medida preventiva ou reparatória listada no artigo 43, inciso III. Confirma-se sua redação, *verbis*:

"Art. 48. No decorrer do processo de Acompanhamento, a Anatel poderá adotar a Notificação para Regularização, determinando prazo razoável para a correção de conduta do administrado, e considerando a proporcionalidade entre as ações específicas e as irregularidades identificadas.

Parágrafo único. Os resultados da Notificação para Regularização deverão ser considerados na avaliação de incidência dos atenuantes, bem como dos agravantes nos casos de não conformidade, previstos nos arts. 19 e 20 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012."

630. Analisando as contribuições feitas na Consulta Pública, a área técnica entendeu por bem incluir a parte destacada em negrito, tendo consignado que *"ao determinar o prazo para regularização se considerará a proporcionalidade entre as ações específicas e as irregularidades cometidas"*. (item 3.40.2, do Informe nº 93/2019).

631. Entretanto, entende-se que não há necessidade desta referência à proporcionalidade entre as ações específicas e as irregularidades identificadas para a definição do prazo para a correção da conduta, haja vista que estas diretrizes já são naturalmente observadas quando da prolação das decisões administrativas, em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, expressamente consignado no art. 2º da Lei nº 9.784/1999.

632. Na verdade, verifica-se que esta especificação somente terá o condão de prejudicar a atuação da ANATEL, pois pode servir para que algum administrado questione e protele ainda mais o cumprimento de sua obrigação. Nunca é demais lembrar que se está diante de uma conduta irregular praticada por alguma entidade, a qual, a rigor, já deveria ser corrigida mesmo sem qualquer atuação ou determinação da ANATEL.

633. Sendo assim, sugere-se a manutenção do texto referente ao artigo 46 que foi submetido à Consulta Pública, agora renumerado para o artigo 48, como será apresentado ao final do subtópico.

634. O parágrafo único do artigo 48 acima transcrito também necessita de ajustes.

635. Isto porque as alterações promovidas no novo RFR, notadamente a previsão de arquivamento do processo de acompanhamento em caso de regularização da conduta contida no artigo 45, acabaram tornando incoerente a determinação de se levar em consideração os resultados da notificação para regularização na avaliação da incidência de circunstâncias atenuantes.

636. Nesse aspecto, o entendimento da Procuradoria é de que há ilegalidade no art. 45 e não há óbice jurídico quanto ao parágrafo único do art. 48. Todavia, caso o Conselho Diretor entenda que deve ser mantida a regra do art. 45, deve ser excluída a referência a atenuantes no parágrafo único do art. 48, uma vez que são incoerentes entre si (para a mesma situação, um prevê arquivamento do processo, enquanto o outro prevê a incidência de atenuantes).

637. Oportuno registrar, ainda, que, no entender deste órgão jurídico, este parágrafo único do artigo 48 supratranscrito é consentâneo com os princípios e premissas da regulação responsiva, já que efetivamente estabelece incentivos e estímulos para a correção das condutas irregulares pelos administrados.

638. Pelo exposto, conforme explanado acima, este órgão jurídico entende pela exclusão do art. 45 por questões de legalidade. Na hipótese de acolhimento desse entendimento quanto à exclusão do art. 45, esta Procuradoria apresenta a seguinte sugestão para o artigo 48:

Sugestão da PFE

"Art. 48. No decorrer do processo de Acompanhamento, a Anatel poderá adotar a Notificação para Regularização, determinando prazo razoável para a correção de conduta do administrado, e considerando a proporcionalidade entre as ações específicas e as irregularidades identificadas.

Parágrafo único. Os resultados da Notificação para Regularização deverão ser considerados

na avaliação de incidência dos atenuantes, bem como dos agravantes nos casos de não conformidade, previstos nos arts. 19 e 20 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.”

5.16 ARTIGOS 49 E 50

639. Os artigos 49 e 50 dispõem sobre o Plano de Conformidade, espécie de medida preventiva ou reparatória listada no artigo 43, inciso IV.

640. Nas versões anteriores da proposta do Regulamento de Fiscalização Regulatória, o instituto era denominado Plano de Ação. Após a prolação do Voto nº 127/2018/SEI/PR pelo Presidente do Conselho Diretor da Anatel Leonardo Euler (documento SEI nº 3631816), passou a ser chamado de Termo de Conformidade. Por fim, com o objetivo de afastar eventual equívoco que o relacionasse com o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), recebeu a denominação de Plano de Conformidade, conforme esclarecido no item 3.41.5, do Informe nº 93/2019.

641. Confira-se a redação dos citados dispositivos, *verbis*:

“Art. 49. O Administrado poderá apresentar à Agência proposta de Plano de Conformidade no qual se comprometa a demonstrar o cumprimento de obrigações em prazo determinado. § 1º Não se incluem dentre os temas elegíveis para compor o Plano de Conformidade aqueles que demandem ações imediatas ou classificadas como extremamente graves, ou que sejam objeto de outro processo de acompanhamento em trâmite.

§ 2º O Plano de Conformidade deverá conter, dentre outras, as seguintes cláusulas:

I - Compromisso de cessação da irregularidade e da reparação a ser feita;

II - Previsão de cronograma de ações voltadas a garantir a cessação das irregularidades e eventuais reparações;

III - Obrigação de prestação de informações periódicas à Anatel sobre a execução do cronograma previsto no inciso II;

IV - Prazo de vigência.

§ 3º A Anatel deverá decidir acerca da aceitação do Plano de Conformidade.

§ 4º O Plano de Conformidade aceito deverá ser publicado, ressalvadas as informações classificadas como de acesso restrito, nos termos do art. 16, na página do Administrado na internet, bem como disponibilizado na página da Anatel.

Art. 50. A proposta de Plano de Conformidade deve apontar de forma clara o objetivo final de conformidade a ser aferido, podendo a Anatel, caso entender necessário em virtude da complexidade da implementação para o devido cumprimento das obrigações, determinar a sua segmentação em ações individuais específicas ou ampliar o prazo de vigência do Plano de Conformidade.

642. Pois bem.

643. Este órgão jurídico vislumbra a necessidade de ajustes na proposta em análise, a qual, da forma como está, possui o condão de gerar inúmeros problemas para a Administração.

644. Em primeiro lugar, vale registrar que, ao contrário das demais espécies de medidas preventivas ou reparatórias, a iniciativa para o Plano de Conformidade é do administrado, e não da ANATEL, conforme dispõe o *caput* do artigo 49, acima transcrito.

645. Ou seja, a proposta confere um direito ao administrado para a propositura do Plano de Conformidade, a ser exercido de acordo com seu interesse, cabendo à ANATEL, tão somente, decidir sobre sua aceitação, nos termos do parágrafo 3º do referido artigo. Vale dizer, o dispositivo não prevê que a Agência Reguladora possa determinar a apresentação de um plano de conformidade, e nem que discuta ou apresente alterações no Plano, mas apenas sua segmentação em ações individuais específicas ou ampliação do seu prazo de vigência (artigo 50). Tal situação, a nosso ver, corresponde a uma injustificada restrição ao poder regulador da ANATEL.

646. Em segundo lugar, reiterando o que este órgão jurídico já havia manifestado no Parecer nº 554/2016 acerca do então Plano de Ação, sugere-se a inserção de expressa ressalva quanto à discricionariedade da Anatel em anuir com o Plano de Conformidade, e não apenas de decidir sobre sua aceitação, como visto acima. Rememore-se o exposto no parágrafo 45, do citado opinativo, *verbis*:

“45. Ao que parece, portanto, o Plano de Ação possui caráter negocial. Se assim o é, interessante se estipular expressamente a previsão da discricionariedade de a Administração firmar Planos de Ação com interessados de modo a evitar discussões futuras acerca do tema”.

647. Em terceiro lugar, adquirindo a apresentação do Plano de Conformidade um *status* de verdadeiro direito do administrado, que poderá ser indeferido pela Administração, a decisão administrativa será passível de recurso, inclusive provocando manifestação do Conselho Diretor (Art. 19, XXV, da LGT). Além disso, a norma não estabelece o momento processual para que o administrado apresente a proposta de Plano de Conformidade, não dispõe sobre os efeitos que ele gera para a Anatel e para o administrado, não limita a quantidade de Planos que podem ser apresentados e nem impõe restrições caso já tenha sido descumprido algum plano anterior.

648. Todas essas questões, aliada ao fato de que o modelo de RFR ora proposto garante o arquivamento do processo de acompanhamento em caso de regularização da conduta sem qualquer tipo de sanção ao infrator (cf. p.ex., art. 45), são elementos que evidenciam a possibilidade de utilização do Plano de Conformidade como mera medida protelatória para que o administrado deixe de cumprir suas obrigações setoriais, o que, vale registrar mais uma vez, acaba enfraquecendo o poder regulador da

Anatel.

649. Com o objetivo de evitar esta possível utilização do instituto como medida protelatória para o cumprimento das obrigações, mostra-se necessário que a norma estabeleça, expressamente, o momento a partir do qual o Plano de Conformidade passará a produzir efeitos, a fim de afastar qualquer dúvida quanto à ausência de efeitos em decorrência da mera apresentação do requerimento.

650. Em quarto lugar, embora o artigo 49, § 1º, supratranscrito estabeleça restrições quanto ao objeto do Plano de Conformidade, consignando que “*não se incluem dentre os temas elegíveis para compor o Plano de Conformidade aqueles que demandem ações imediatas ou classificadas como extremamente graves, ou que sejam objeto de outro de acompanhamento em trâmite*”, considera-se oportuno que seja prevista a edição de uma Portaria listando quais espécies de infrações podem ser submetidas ao Plano e quais não podem. Esta também foi uma sugestão feita por esta Procuradoria no Parecer nº 554/2016 quanto ao então Plano de Ação, que também pode ser aplicada à espécie. Confirma-se o disposto no parágrafo 52 daquele opinativo, *verbis*:

“52. No tocante aos requisitos previstos no art. 36, é conveniente que a área técnica avalie a possibilidade de o Regulamento de Fiscalização prever a edição de uma Portaria para estipular a priori hipóteses de cabimento (ou de não cabimento) do Plano de Ação. O objetivo seria evitar um volume excessivo de pedidos de Planos de Ação por parte das prestadoras, o que dificultaria a implementação do analisado instituto. Vale frisar que essa forma de arrolamento prévio já encontra previsão em outros atos da Anatel, como, por exemplo, a Portaria do Conselho Diretor que define as infrações de simples apuração (art. 25 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012)”

651. Acrescente-se que esta providência, caso atendida, reduz os riscos e as consequências negativas mencionadas nos parágrafos anteriores, além de evitar infundáveis discussões sobre quais seriam as espécies de infrações a que se refere o parágrafo 1º do artigo 49.

652. Em quinto lugar, considerando que o Plano de Conformidade em análise não deve ser confundido com o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), o que, inclusive, ensejou a alteração do nome do instituto pela área técnica (vide item 3.41.5, do Informe nº 93/2019), sugere-se a inclusão de um parágrafo para deixar ainda mais clara esta distinção. Registre-se que a mesma observação também havia sido feita por este órgão jurídico à época de sua manifestação sobre o então Plano de Ação, a qual pode ser igualmente aplicada no presente momento. Confirma-se o seguinte trecho do Parecer nº 554/2016, *verbis*:

“46. Cumpre registrar que o Plano de Ação, disciplinado na forma apresentada na minuta de Regulamento, não estará sujeito à incidência do Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), aprovado pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013.

47. Vale dizer: Termo de Ajustamento de Conduta é um instituto previsto em legislação ordinária (Lei nº 7.347, de 1985, entre outras), enquanto o Plano de Ação é um instituto que constará de atos infralegais (Regulamento da Agência), o qual, em apertada síntese, constitui uma atenuante (uma vez firmado e cumprido possibilita substituir uma multa por advertência) a exemplo de outras já previstas no art. 20 do Regulamento de Sanções Administrativas.

48. Nessa perspectiva, é oportuno destacar que não se vislumbra óbice jurídico à criação, por ato infralegal, de uma nova forma de adequação da conduta dos administrados à regulamentação, com regras diversas das estabelecidas pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, desde que não haja violação a normas de hierarquia superior. No caso em tela, a instituição do Plano de Ação não colide com normas de hierarquia superior.

49. Com o objetivo de deixar mais claro que não serão aplicadas as normas da Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, aos Planos de Ação, esta Procuradoria sugere a inclusão de um parágrafo no art. 36 com a seguinte redação:

Art. 36 (...)

(...)

§6º Não se aplicam ao Plano de Ação, as disposições do Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), aprovado pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013.

653. Ademais, também se mostra importante que o Regulamento especifique a autoridade competente para decidir acerca do requerimento do Plano de Conformidade. Nesse sentido, tendo em vista a forma pela qual o Plano de Ação foi apresentado nas primeiras propostas de Regulamento, nas quais se considerava que tal matéria deveria ser tratada em nível de Superintendência, considera-se que seria o Superintendente de Controle de Obrigações o competente para proferir essa decisão administrativa.

654. Como se vê, existem diversos aspectos do Plano de Conformidade que necessitam de correção ou esclarecimento. Muitos destes problemas decorrem, especialmente, da previsão de arquivamento do processo de acompanhamento em caso de regularização da conduta, sem a instauração de processo administrativo sancionador ou mesmo de sujeição da entidade a qualquer tipo de constrangimento pelo cumprimento tardio de uma obrigação setorial. Como já apontado neste opinativo, considera-se que a minuta em análise, uma vez implementada na prática, pode vir a contrariar as premissas da própria regulação responsiva que se pretende adotar no âmbito da ANATEL, pois ao invés de incentivar o cumprimento da legislação setorial pelas entidades atuantes no setor, ela pode acabar estimulando o cumprimento das normas apenas após a atuação da Anatel.

655. A nosso ver, o estabelecimento de incentivos e estímulos para o cumprimento das obrigações não é incompatível com a aplicação de sanções. Ambas as questões podem e devem coexistir, como, aliás, constou no voto do Conselheiro Presidente do Conselho Diretor Leonardo Euler ao propor o texto normativo que foi submetido à Consulta Pública nº 53/2018. Confira-se o seguinte trecho do Voto nº 127/2018/SEI/PR (documento SEI n 36318160, *verbis*:

“10.4. Havendo expressa concordância da Agência, no âmbito das Superintendências, quanto à efetividade das medidas apresentadas, ao final do prazo proposto o regulado deverá apresentar todos os resultados, de forma a comprovar de forma válida e eficaz que as medidas sugeridas foram efetivamente concluídas.

10.5. Caso a Agência entenda que, de fato, as medidas adotadas foram satisfatórias aos fins propostos, há dois efeitos positivos: a) a consideração dos resultados para efeitos de atenuantes previstas no RASA; e b) a não inclusão do tema endereçado nos dois Ciclos de Fiscalização Regulatória subsequentes para o administrado.

10.6. Assim, percebe-se que a figura (i) reforça os incentivos existentes no RASA sob a forma de atenuantes (que podem chegar a 90% do valor de multa, por exemplo) e, ao mesmo tempo (ii) garante um lapso temporal fora dos Ciclos de Fiscalização Regulatória, como um “prêmio” pela excelência na prática.”

656. Considerando as diversas observações feitas neste subtópico sobre o instituto do Plano de Conformidade, esta Procuradoria apresenta a seguinte sugestão para os arts. 49 e 50 do Regulamento:

*Art. 49. O Administrado poderá apresentar à Agência proposta de Plano de Conformidade no qual se comprometa a demonstrar o cumprimento de obrigações **e a reparação do dano aos usuários, quando cabível**, em prazo determinado.*

*§ 1º Não se incluem dentre os temas elegíveis para compor o Plano de Conformidade aqueles que demandem ações imediatas ou classificadas como extremamente graves, ou que sejam objeto de outro processo de acompanhamento em trâmite, **assim reconhecidos em ato do Superintendente de Controle de Obrigações**.*

§ 2º O Plano de Conformidade deverá conter, dentre outras, as seguintes cláusulas:

I - Compromisso de cessação da irregularidade e da reparação a ser feita;

II - Previsão de cronograma de ações voltadas a garantir a cessação das irregularidades e eventuais reparações;

III - Obrigação de prestação de informações periódicas à Anatel sobre a execução do cronograma previsto no inciso II;

IV - Prazo de vigência.

*§ 3º **O Superintendente de Controle de Obrigações, de forma discricionária**, deverá decidir acerca da aceitação do Plano de Conformidade.*

§ 4º O Plano de Conformidade aceito deverá ser publicado, ressalvadas as informações classificadas como de acesso restrito, nos termos do art. 16, na página do Administrado na internet, bem como disponibilizado na página da Anatel, momento a partir do qual produzirá efeitos.

§ 5º Uma vez indeferido o Plano de Conformidade, as infrações objeto do Plano não podem ser objeto de novo requerimento de Plano de Conformidade.

§ 6º Não se aplicam ao Plano de Conformidade, as disposições do Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), aprovado pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013.

*Art. 50. A proposta de Plano de Conformidade deve apontar de forma clara o objetivo final de conformidade a ser aferido, podendo a Anatel **promover os ajustes que entender necessários para o efetivo cumprimento das obrigações** ~~caso entender necessário em virtude da complexidade da implementação para o devido cumprimento das obrigações;~~ ~~determinar a sua segmentação em ações individuais específicas ou ampliar o prazo de vigência do Plano de Conformidade.~~*

§ 1º Na hipótese de que trata o caput, o requerente tem prazo de trinta dias para manifestar-se quanto à aceitação dos ajustes apresentados pela Anatel.

§ 2º Uma vez manifestada a aceitação dos ajustes pelo requerente, deve-se observar o disposto no §4º do art. 49.

§ 3º Após o prazo de trinta dias, no caso de o requerente manifestar recusa ou manter-se inerte quanto aos ajustes propostos pela Anatel, o plano de ação será indeferido, devendo ser observado o disposto no § 5º do art. 49.

5.17 ARTIGOS 52, 53 E 54

657. O artigo 52 da minuta em análise inaugura o capítulo III do Regulamento de Fiscalização Regulatória, que trata do processo de controle, apresentando o seu conceito da seguinte forma, *verbis*:

“Art. 52. O processo de Controle abarca o conjunto de medidas destinadas à reação perante condutas em desacordo com a legislação e a regulamentação.”

658. Já o artigo 4º, VI, da mesma minuta estabelece a seguinte definição para controle, *verbis*:

“VI - Controle: atividade destinada à aplicação de medidas corretivas de condutas em

659. Como se observa, os conceitos de controle e de processo de controle aproximam-se do entendimento que se deve dar à medida reparatória, a qual está inserida no processo de acompanhamento e é tratada pelo artigo 42.

660. Pela leitura da proposta de RFR em análise, não é possível depreender a diferença entre estes institutos, inclusive, porque o artigo 4º do Regulamento não consignou a definição de medida reparatória.

661. Este órgão jurídico considera importante que o texto normativo seja mais claro quanto à distinção entre os institutos mencionados, seja porque dois exemplos de medidas a serem adotadas no processo de controle, constantes no art. 53, inciso I (divulgação de informações) e inciso II (imposição ao Administrado de Medida Cautelar), também foram listadas como medidas preventivas ou reparatórias pelo artigo 43, nos incisos I e V, respectivamente, seja em razão da inequívoca compatibilidade de outras medidas preventivas ou reparatórias com o processo de controle, como, por exemplo, o Termo de Conformidade.

662. Além disso, parece-nos que o artigo 54, ao mencionar que a Anatel deve, sempre que possível, adotar medidas de controle que visem prevenir e corrigir condutas de forma tempestiva antes de adotar medidas punitivas, parece referir-se às medidas reparatórias pensadas para o processo de acompanhamento, e não para o processo de controle. Isto porque, no ponto, trata-se da manutenção de um dispositivo que constava desde a primeira versão da minuta de RFR, que sofreu substancial alteração, notadamente depois da Consulta Pública, principalmente ao prever o arquivamento do processo sem qualquer possibilidade de sanção em caso de regularização da conduta (art. 45, da minuta de RFR em análise).

663. Por outro lado, na linha do entendimento reiteradamente esposado por esta Procuradoria no presente opinativo, entende-se necessária a realização de ajustes no texto normativo para consignar que, mesmo na hipótese de aplicação de outras medidas de controle, deve ser instaurado processo administrativo sancionador em caso de indícios do cometimento de infrações.

664. Acrescente-se, por oportuno, que esta mesma observação já havia sido feita por esta Procuradoria no Parecer nº 554/2016. Confira-se, *verbis*: (destaques do original)

"40. Como se vê, são previstas várias medidas de controle, que podem ser adotadas inclusive previamente à adoção de medidas punitivas. Com isso, a Agência pretende prever não só a correção, mas também a prática de condutas que caracterizem riscos regulatórios ou indícios de infração.

*41. Nesse ponto, cumpre a esta Procuradoria destacar que, de qualquer sorte, **ainda que sejam impostas outras medidas de controle, uma vez identificados indícios de infração, não há como afastar a necessidade de instauração de procedimento sancionador, para apuração da infração e aplicação da sanção cabível**. Nesse caso, não há de se falar em discricionariedade da Agência. Essa premissa, no entanto, não parece estar clara na proposta. Dessa feita, esta Procuradoria sugere que seja feito um ajuste na redação do §1º do art. 32. Por exemplo, pode ser utilizada a seguinte redação:*

(...)

Proposta de redação da PFE:

Art. 32 O processo de Controle é efetuado, dentre outras, pela adoção das seguintes medidas:

I - divulgação de informações;

II - orientação aos Administrados;

III - Plano de Ação;

IV - Medida Cautelar;

V - Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO);

VI - Processo Administrativo Fiscal (PAF);

VII - Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC).

§ 1º As medidas de Controle previstas nos incisos I, II, III, IV e VII, podem ser adotadas em conjunto ou separadamente, devendo ser avaliada, para cada situação, a mais adequada.

§2º Constatados indícios de infração ou de descumprimento de obrigação tributária, deve ser instaurado PADO ou PAF, conforme o caso.

§3º As medidas previstas nos incisos IV, V, VI e VII deste artigo seguem o rito previsto no Regimento Interno da Anatel ou em regulamentação específica.

Art. 33 Quando identificados riscos regulatórios ou indícios de infração, a Anatel, [excluída a palavra previamente] prévia ou concomitantemente à adoção de medidas punitivas, deve, sempre que possível, adotar medidas de Controle que visem prevenir e corrigir condutas de forma tempestiva, objetivando cessar ou reduzir o impacto aos consumidores e ao setor.

42. Assim, restará claro que, uma vez constatados indícios de infração ou descumprimento de obrigação tributária, a adoção de outras medidas de controle, que não o PADO e o PAF, inclusive aquelas preventivas, não afastam a necessidade de instauração do respectivo processo administrativo. Nesse caso, outras medidas de controle podem até mesmo influenciar a aplicação da pena, como é o caso da previsão de circunstância atenuante atinente ao cumprimento do Plano de Ação, mas isso não significa o seu afastamento após o curso do respectivo processo sancionador.

665. Em relação ao § 2º do art. 53, conforme explanado acima uma das possibilidades de atuação da Agência para reduzir seu contencioso administrativo sancionador, que independe da previsão regulamentar desse dispositivo, é redesenhar o conteúdo de obrigações impostas pela própria Anatel,

não sendo possível valer-se dessa técnica para obrigações definidas pelo Congresso Nacional ou pelo Poder Executivo. Dessa forma, na linha dos entendimentos já apresentados, sugere-se que o dispositivo preveja tão somente que, uma vez constatados indícios de descumprimento, deve ser instaurado PADO, sendo que, para obrigações impostas pela Anatel, a Agência sempre poderá redesenhá-las para não haver descumprimentos de baixa relevância que ensejam a instauração de PADO.

666. Em relação ao § 2º do art. 53, esse dispositivo trata da possibilidade de a regulamentação específica apontar os requisitos mínimos para a constatação de indícios de infração em relação a obrigações. Observa-se que o dispositivo se volta para os elementos probatórios que configuram indícios da prática de infrações, os quais, uma vez constatados, ensejariam a instauração de PADO. Nesse aspecto, sugerem-se apenas aprimoramentos redacionais que serão apresentados adiante.

667. Assim, pelo exposto neste tópico, além da necessidade de mais clareza no RFR quanto à distinção entre as medidas reparatórias e as medidas de controle, sugerem-se as seguintes redações para o parágrafo segundo do artigo 53 e para o artigo 54:

Sugestão da PFE

“Art. 53.

(...)

§ 2º A regulamentação específica poderá, para determinadas obrigações, especificar os elementos probatórios mínimos para a instauração de PADO ~~apontar os requisitos mínimos para a constatação de indícios de infração em relação a obrigações.~~

(...)”

*“Art. 54. Quando identificados riscos regulatórios ou indícios de infração, a Anatel, ~~previamente~~ **previa ou concomitantemente** à adoção de medidas **sancionatórias** ~~punitivas~~, deve, sempre que possível, adotar outras medidas de controle que visem prevenir e corrigir condutas de forma tempestiva, objetivando cessar ou reduzir o impacto aos consumidores e ao setor.*

5.18 ARTIGOS 55 E 56

668. O artigo 55 da minuta em análise dispõe sobre a medida cautelar, tratada como espécie de medida de controle pelo novo RFR. Confira-se, *verbis*:

*“Art. 55. A Agência poderá, motivadamente e observadas as competências estabelecidas no Regimento Interno da Anatel, adotar, **por tempo determinado**, medidas cautelares indispensáveis para evitar dano grave e irreparável ou de difícil reparação, sem a prévia manifestação do interessado.*

669. Com exceção da expressão *“por tempo determinado”*, destacada em negrito, trata-se, em essência, da reprodução do disposto no artigo 52 do Regimento Interno da Anatel, assim redigido, *verbis*:

Art. 52. A Agência poderá, motivadamente e observadas as competências estabelecidas neste Regimento, adotar medidas cautelares indispensáveis para evitar dano grave e irreparável ou de difícil reparação, sem a prévia manifestação do interessado.

670. Este órgão jurídico considera injustificada e desnecessária a inclusão desta restrição para a aplicação de medidas cautelares pela ANATEL, pois inevitavelmente haverá situações em que, a despeito da necessidade de atuação imediata da Agência para evitar dano grave e irreparável ou de difícil reparação, não será possível prever ou estabelecer *a priori* um limite de tempo para sua vigência. A prevalecer a expressão, ou a Anatel impõe um prazo determinado ou os administrados terão a possibilidade de questionar a medida. No ponto, recorda-se que muitas vezes a medida cautelar é expedida até que a Anatel se pronuncie definitivamente quanto a determinado tema. Embora exista um horizonte ou condição a partir da qual a cautelar deixa de vigorar, na maioria dos casos não há prazo certo para que isso ocorra, o que pode ser interpretado como falta de prazo determinado, a ofender o dispositivo ora proposto.

671. Acrescente-se que este requisito também não consta nas disposições legais que autorizam a expedição de medidas cautelares pela Anatel, a exemplo do artigo 45, da Lei nº 9.874/99 e artigo 175, § único, da Lei nº 9.472/97, *verbis*:

“Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.”

“Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.”

672. Desse modo, sugere-se a exclusão da expressão *“por tempo determinado”* do artigo 55, da minuta de RFR em análise. Caso este não seja o entendimento da Anatel, sugere-se, ao menos, que seja ressaltado que a fixação de um tempo determinado para a vigência da cautelar somente ocorrerá quando for possível esta circunstância. Nesta última hipótese, uma possível redação para o dispositivo seria a seguinte:

Sugestão da PFE

“Art. 55. A Agência poderá, motivadamente e observadas as disposições contidas no

*Regimento Interno da Anatel, adotar, por tempo determinado, medidas cautelares indispensáveis para evitar dano grave e irreparável ou de difícil reparação, sem a prévia manifestação do interessado, **fixando, quando possível, prazo determinado para sua vigência.***

673. O artigo 56, por sua vez, determina a indicação de algumas informações mínimas que devem constar na Medida Cautelar, como, por exemplo, as ações, os prazos e as sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento.

674. Como o objetivo de evitar que a Agência seja obrigada, sempre, a discorrer sobre cada uma dessas informações quando da expedição de alguma medida cautelar, notadamente aquelas que podem ser de difícil demonstração ou mesmo inexistir em determinadas situações concretas, este órgão jurídico sugere a alteração da expressão “pelo menos” por “preferencialmente”.

675. Vale lembrar que todos os requisitos e condições que forem impostos pela regulamentação em face da ANATEL deverão ser observados pela Agência, sendo temerário estipular exigências em abstrato que podem ser impossíveis de serem cumpridas concomitantemente em determinados casos concretos. Tal situação possui o condão de impedir a Agência de utilizar um instrumento colocado pela lei à sua disposição ou, ao menos, poderá dar ensejo a discussões e impugnações por parte dos administrados com o nítido caráter protelatório.

676. Nesse passo, com o objetivo de evitar que esses requisitos se apresentem na prática como grandes empecilhos à expedição de medidas cautelares necessárias, sugere-se a seguinte redação para o artigo 56, *caput*:

Sugestão da PFE

*“Art. 56. A Medida cautelar deve indicar, **preferencialmente:**
(...)”*

5.19 ARTIGO 59

677. Acolhendo contribuições apresentadas na Consulta Pública nº 53/2018, a área técnica sugere que o novo RFR também seja aplicado a processos já em curso, inclusive aos PADOS que ainda não tenham decisão de primeira instância. A minuta anterior previa a aplicação do novo Regulamento aos processos instaurados a partir de sua publicação.

678. Confira-se a redação sugerida para o artigo 59, *verbis*:

“Art. 59. As disposições constantes deste Regulamento aplicam-se:

I - aos processos de acompanhamento e controle ou de fiscalização regulatória, ainda que já instaurados, no que couber; e

II - aos Pados que ainda não tenham decisão de primeira instância.

679. O art. 7º da Resolução que aprova o Regulamento prevê o prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da publicação, para a Resolução entrar em vigor:

Art. 7º Esta Resolução entra em vigor no prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da data de sua publicação.

680. A área técnica destacou não ter vislumbrado óbices a esta alteração, citando contribuições que mencionam a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42) e o novo Código de Processo Civil, o qual teve como um dos marcos temporais para a incidência imediata da nova legislação a existência de sentença proferida nos processos em curso.

681. Entretanto, este órgão jurídico entende não ser adequado aplicar o novo RFR aos processos sancionatórios já em curso, mesmo que ainda não tenha sido proferida decisão de 1ª instância.

682. Veja-se que a própria contribuição feita na Consulta Pública e transcrita no item 3.44.2 do Informe nº 93/2019 consignou o cerne do fundamento para aplicação imediata do CPC aos processos em curso, qual seja, a natureza processual de suas normas. Confira-se a parte final do mencionado item 3.44.2 do Informe, *verbis*:

“(…). O raciocínio jurídico aqui é simples. Como os procedimentos citados foram revogados pelo novo CPC, os processos nele embasados precisam ser julgados pela legislação revogada, até porque os autores ficariam desatendidos nas suas demandas. Ao contrário, as novas ações têm de obedecer ao novo Código. Vale o mesmo para os PADOS: se já tem decisão, vale a regra anterior. Caso não, adote-se os novos procedimentos trazidos pelo futuro regulamento. A doutrina também corrobora tal entendimento: No art. 1.046 adota-se o tradicional entendimento, no âmbito do direito processual, que as leis processuais, ao entrar em vigor, aplicam-se desde logo inclusive aos processos pendentes, ou seja, que estejam em curso. Por certo que não há qualquer efeito retroativo, assim, atos já praticados e consumados no processo em curso não são revistos pela lei nova. Elaine Harzheim Macedo, Direito Processual Civil - Brasil. Código de Processo Civil - Brasil - Anotado, pág. 834, OAB/DF (contribuição de id nº 86660)”.

683. Ocorre que o novo RFR não possui natureza eminentemente processual. Pelo contrário, embora alguns dispositivos possam ter essa característica procedimental, a natureza primária da norma é material, tendo em vista seu nítido propósito de regular as relações jurídicas entre a Agência Reguladora e os entes regulados, estabelecendo direitos, criando institutos jurídicos e modificando

substancialmente a forma de fiscalização e sancionamento da Agência, isto é, afetando os próprios poderes de polícia e sancionador da Anatel.

684. Tanto é assim que a minuta de Regulamento em análise não visa primordialmente promover alterações nos ritos, prazos e demais procedimentos pertinentes ao PADO, mas sim, essencialmente, alterar as fases anteriores à instauração deste processo administrativo sancionador.

685. Além disso, cumpre registrar que não seria tarefa fácil compatibilizar um PADO já instaurado, ainda sem decisão de 1º instância, com as diversas e sucessivas possibilidades que o novo RFR confere à entidade infratora para evitar a instauração do próprio processo administrativo sancionador, como, por exemplo, o Termo de Notificação previsto no artigo 30 ou as diversas medidas preventivas e reparatórias previstas no artigo 43. Este tema seria, possivelmente, objeto de controvérsia e embates com as entidades, com um grande efeito protelatório e um alto risco de prejuízos ao interesse público.

686. Sendo assim, sendo o novo RFR uma norma eminentemente material, ele deve incidir aos fatos praticados após sua entrada em vigor, não sendo adequado que retroaja para atingir as condutas irregulares das entidades atuantes no setor de telecomunicações identificadas pela fiscalização sob a égide da regulamentação anterior.

687. Pelo exposto neste subtópico, este órgão jurídico propõe a seguinte redação para o artigo 59, da minuta em análise:

*“Art. 59. As disposições constantes deste Regulamento aplicam-se **aos fatos praticados a partir de sua vigência.***

I – aos processos de acompanhamento e controle ou de fiscalização regulatória, ainda que já instaurados, no que couber; e

II – aos Pados que ainda não tenham decisão de primeira instância.”

688. Em relação ao art. 7º da proposta de Resolução que aprova o Regulamento, sugere-se que ao deliberar acerca da proposta, o Conselho Diretor da Anatel preveja, para a entrada em vigor da norma, marco temporal compatível com o art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019. Veja-se o dispositivo:

Art. 4º Os atos normativos estabelecerão data certa para a sua entrada em vigor e para a sua produção de efeitos:

I - de, no mínimo, uma semana após a data de sua publicação; e

II - sempre no primeiro dia do mês ou em seu primeiro dia útil.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses de urgência justificada no expediente administrativo.

6. CONCLUSÕES

689. Diante do exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia Geral da União - AGU, opina:

6.1 ASPECTOS FORMAIS

690. (1) Pela regularidade formal da proposta de edição de Resolução, objeto do presente processo administrativo, por meio da qual se realizam modificações no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, se aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória e se revoga o atual Regulamento de Fiscalização, aprovado pela Resolução nº 596, de 6 de agosto de 2012.

6.2 ASPECTOS TEÓRICOS

691. (2) Pode-se destacar como linhas gerais da crítica da Agência à sua atuação sancionadora: a) o processo administrativo sancionador é ineficiente; b) demanda altos custos; c) sua longa duração, aliada ao fato de as multas comumente serem discutidas no Poder Judiciário, retarda a execução da decisão proferida pela Agência; e d) a aplicação de multas pela Anatel não tem alcançado o propósito de alterar, de fato, o comportamento das prestadoras infratoras.

692. (3) As principais características buscadas pela Anatel para o novo modelo sancionador são: a) alinhamento do modelo com a teoria da regulação responsiva (aplicação de sanções precedida de diálogo, escalada de sanções da mais leve para a mais grave, conforme as ações do autuado diante do problema); b) ampliação da discricionariedade, a partir de uma atuação da Administração mais flexível e adaptativa; c) redução do custo regulatório, a partir de um modelo embasado em gestão de riscos; e d) que o novo modelo contemple possibilidades de atuação da Administração que sejam proporcionais aos riscos identificados e à postura dos administrados.

693. (4) Os artigos 82 e 173 da LGT delimitam a discricionariedade da Anatel em matéria sancionadora e impedem que a Agência, em caso de indícios de descumprimento de norma do setor de telecomunicações, deixe de instaurar PADO ou archive um PADO já instaurado, seja em razão da cessação da conduta infratora ou da baixa relevância da infração;

694. (5) Assim, entende-se que a ampliação da discricionariedade da Agência quanto a deixar de instaurar processos sancionadores deve ocorrer mediante alteração dos arts. 82 e 173 da LGT, na linha das alterações promovidas na legislação afeta à Comissão de Valores Mobiliários e ao Banco Central do Brasil. Em eventual proposta de alteração desses dispositivos, caberia a avaliação também quanto ao

§2º do art. 8º da Lei nº 5.070, de 1966, que exige a instauração de processo administrativo sancionador, no caso de não pagamento de Taxa de Fiscalização de Funcionamento. Esse dispositivo, na matéria de que trata, também representa um limitador da discricionariedade quanto à instauração de processo administrativo punitivo, tal como o §2º do art. 8º do Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000, o qual trata da necessidade de instauração de PADO, no caso de não pagamento da Contribuição para o Fundo de Universalização de Telecomunicações – FUST. Nesse sentido, sugere-se que a Agência avalie a conveniência e oportunidade de envidar esforços junto aos órgãos competentes no sentido de que seja apresentado projeto de lei que amplie a discricionariedade da Agência, quanto à instauração de processos sancionadores (mediante alteração do art. 173 da LGT e revogação do art. 82 da LGT e §2º do art. 8º da Lei n. 5.070, de 1966) e no sentido de que seja revogado o §2º do art. 8º do Decreto nº 3.624, de 5 de outubro de 2000.

695. (6) O ordenamento jurídico confere discricionariedade à Agência para adoção de algumas medidas alinhadas aos objetivos buscados na proposta de Resolução ora analisada, sendo que a amplitude dessa discricionariedade varia, conforme a norma que impõe a obrigação tenha sido editada pelo Anatel, pelo Presidente da República ou pelo Congresso Nacional;

696. (7) Para as obrigações que constam especificamente de normas editadas pela Anatel, a Agência tem competência normativa para: (i) revogar dispositivos que estabelecem obrigações de baixa relevância ou redesenhar normas de modo que a obrigação se restrinja a condutas de fato relevantes, conforme a proposta apresentada quanto à infração de obstrução à atividade fiscalizatória, a ser detalhada adiante; (ii) transformar normas que prevêem obrigações em normas que incentivam determinados comportamentos; (iii) remodelar obrigações de modo a prever que haja um nível de desempenho esperado pela Agência, uma margem de tolerância, e um nível crítico (em que se verifica uma infração administrativa); (iv) prever mais de uma forma de cumprimento para uma mesma obrigação, de modo que, para o cumprimento da norma pelo autuado seja suficiente a realização de alguma das condutas definidas na norma;

697. (8) Para as obrigações que constam de normas editadas pela Anatel, pelo Presidente da República, ou pelo Congresso Nacional, a Agência tem competência normativa para, ressalvados os casos de que trata o art. 82 da LGT: (i) ampliar o cabimento da sanção de advertência; (ii) prever a aplicação de sanção de advertência, em vez da sanção de multa, para os casos de cessação da conduta até um determinado marco temporal definido pela Agência.

698. (9) Em relação às obrigações que constam de normas editadas pela Anatel, pelo Presidente da República, ou pelo Congresso Nacional, a Agência tem competência para, na prática, dar maior aplicabilidade aos incentivos à cessação da conduta infratora, previstos no arts. 20 e 27 do RASA, de modo a estimular que os infratores, de fato, regularizem suas condutas com a maior agilidade possível, seja adotando os procedimentos necessários para aplicação desses incentivos (edição da Portaria que prevê infrações de simples apuração, adoção de rotina de designação de prazo para cessação da conduta infratora), seja revisitando as normas de que tratam esses incentivos, para, na prática, conferir maior aplicabilidade aos incentivos;

6.3 ALTERAÇÕES NO REGULAMENTO DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

699. (10) Em relação aos critérios de classificação das infrações em leve, média e grave:

- o a) vislumbra-se a necessidade de a Agência avaliar e apresentar a correspondente motivação quanto à aptidão dos critérios para que (i) as sanções relativas a esses tipos de infração, em decorrência dos critérios apresentados, sejam suficientes, adequadas e proporcionais para desestimular a prática da infração (ii) possam ser aplicados na prática, sem que a subjetividade dos conceitos abertos adotados dificultem sua aplicação, a observância do princípio da isonomia ou a previsibilidade em relação à classificação das infrações;
- o b) recomenda-se a realização de ajustes na redação proposta ao art. 9º, § 2º, e § 3º, a, do RASA que melhor esclareçam (i) quais seriam, nas infrações médias, os prejuízos efetivos decorrentes dos danos potenciais ao serviço, (ii) o que distinguiria, efetivamente, o *dano potencial* com prejuízo efetivo ao serviço (infração média) do *dano direto* com prejuízo efetivo ao serviço (infração grave) e (iii) como seria classificada uma infração que tenha causado dano potencial com prejuízo efetivo ao serviço, mas não apenas restrito à atividade específica ou a grupo limitado de usuários;
- o c) tendo em vista que os critérios apresentados na proposta se permeiam entre si, o que implica a possibilidade de uma mesma infração atender aos critérios de mais de um tipo de gravidade de infração, sugere-se que a regulamentação preveja a ordem pela qual será avaliada a configuração das infrações em leve, média e grave;

700. (11) Quanto ao cabimento da sanção de advertência e de multa:

- o a) tendo em vista que os critérios apresentados na proposta se permeiam entre si, o que implica a possibilidade de uma mesma infração atender aos critérios de cabimento de sanção de advertência e de multa, sugere-se que a regulamentação preveja a ordem pela qual será avaliada a aplicação da sanção de advertência e a de multa;
- o b) pela necessidade de observância do art. 82 da LGT, de modo que as infrações de que trata esse dispositivo devem ser excepcionadas do art. 12 da proposta de alteração do RASA e incluídas no art. 17-A;

701. (12) Acerca da proposta de redação para o art. 16 do RASA, esta Procuradoria se manifesta pela impossibilidade de a sanção de obrigação de fazer recair sobre pessoa jurídica diversa daquela que praticou a infração, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico, salienta que a proposta

apresentada pela área técnica é mais restritiva que o Regulamento atual, em termos de pertinência temática e geográfica da sanção de obrigação de fazer e a infração prática e sugere, caso o objetivo da Agência seja o de não restringir a aplicação desse tipo de sanção, a seguinte redação:

Sugestão da Procuradoria

Art. 16. (...)

II - devem buscar melhorias para os serviços de telecomunicações prestados pelo infrator ~~ou por outras empresas do grupo econômico por ela integrado~~, de modo a beneficiar os seus usuários;

III - devem privilegiar projetos que atendam às necessidades estruturantes previstas no Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT, aprovado pela Anatel, nos termos do art. 22, IX da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997; e

IV - devem, **preferencialmente**, guardar pertinência temática e geográfica com a infração objeto de apuração.

702. (13) Em relação às atenuantes e agravantes:

- o a) Não há óbice jurídico à proposta de redação para o inciso IV do art. 19 do RASA;
- o b) Verifica-se a necessidade de a Agência avaliar e apresentar a motivação correspondente para a redação proposta para os incisos do art. 20 do RASA, considerando, entre outros aspectos, (i) o risco de o inciso I gerar desestímulo à interrupção espontânea da infração pelo agente regulado antes mesmo de qualquer atuação por parte da Agência (ii) os incentivos sejam aptos aos fins a que se destinam, a saber, desestimular a prática de infrações e, quando ocorridas, incentivar efetivamente a cessação da conduta infratora, com a maior brevidade possível, e (iii) os incentivos devem ser coerentes entre si e com todo o modelo apresentado, de modo que, para cada incentivo, haja proporção entre a intensidade do incentivo e o valor da conduta almejada;
- o c) Quanto à motivação para remodelagem dos critérios e dos percentuais das atenuantes, vale mencionar exemplos de avaliações pela Agência, que seriam relevantes para motivar as alterações no art. 20 do RASA. A proposta de redação do art. 20 do RASA contempla alterações estruturais no modelo adotado no art. 20 do RASA atual. Dessa forma, a título de exemplo, a motivação das alterações do art. 20 poderia (a) identificar pontualmente as deficiências de cada inciso ou parágrafo que está sendo alterado (os problemas práticos decorrentes da redação da norma atual); (b) explicar pontualmente como a nova redação de cada inciso ou parágrafo soluciona a deficiência identificada na redação atual; (c) avaliar de modo sistêmico se os incentivos apresentados no modelo proposto são suficientes e adequados para que (c.1) a atenuante de 90% não represente estímulo ao cometimento de infrações, (c.2) os incentivos sejam coerentes entre si e proporcionais ao benefício auferido pela sociedade, considerando o período de duração da infração, para cada tipo de incentivo.
- o d) Na avaliação a que se refere o item anterior, mostra-se necessário que a Agência compatibilize suas regras para evitar que, no caso de incidência concomitante das atenuantes previstas nos incisos I e V do art. 20, a multa seja reduzida na proporção de 100%, situação que viola o art. 173 da LGT.
- o e) Tendo-se em conta o entendimento desta Procuradoria quanto à existência de vício de legalidade na proposta de art. 45 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, por violação do disposto nos arts. 173 e 82 da LGT, entende-se que a exclusão do referido dispositivo é suficiente para eliminar a incoerência de endereçamento que apresenta com relação à proposta de redação para o art. 20, I, do RASA (para o primeiro, dá-se a inexistência de sanção administrativa, e para o segundo, aplica-se uma redução de noventa por cento do valor da multa);
- o f) Propõe-se que o art. 20 do RASA, na redação dada pela proposta de Resolução preveja que as atenuantes previstas no inciso I a IV desse dispositivo sejam aplicadas apenas para infrações permanentes;
- o g) Sugere-se, a partir do texto proposto na Minuta de Resolução e das ponderações expostas neste parecer, os seguintes aprimoramentos e acréscimos à redação do art. 20 do RASA:

Sugestão da PFE:

Art. 20. (...)

II - 70% (setenta por cento), nos casos de cessação da infração e reparação total ao usuário, quando cabível, **imediatamente após a ação da Anatel** ou dentro do prazo estipulado pela Agência;

III - 50% (cinquenta por cento), nos casos de comprovação de cessação da infração e **reparação total ao usuário, quando cabível**, até a apresentação de alegações finais **nos autos do Pado ou o transcurso do respectivo prazo**, ~~em âmbito de Pado e reparação total ao usuário, quando cabível;~~

IV - 20% (vinte por cento), nos casos de adoção de medidas, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida e reparação total ao usuário, quando cabível, até **a apresentação de** alegações finais **nos autos do Pado ou o transcurso do respectivo prazo**;

V - 10% (**dez por cento**) nos casos de confissão do infrator até a apresentação da defesa, a qual será realizada mediante formulário próprio a ser definido pela Anatel;

§ 1º A reparação ~~dos danos causados ao serviço e~~ **total** ao usuário, **quando cabível**, deve ser comprovada à Agência **até a apresentação de alegações finais nos autos do**

Pado ou o transcurso do respectivo prazo previamente à prolação da decisão de primeira instância pela autoridade competente.

§ 2º A cessação da infração por ação **efetuada por ato concreto** da Anatel, e não do infrator, obsta a incidência da atenuante prevista no inciso II.

(...)

§ 5º As atenuantes previstas nos incisos I a IV somente incidem para as infrações permanentes.

§ 6º A retratação da confissão, **em qualquer instância recursal**, torna prejudicada a incidência da atenuante prevista no inciso **V**.

703. (14) Não se identificam óbices jurídicos quanto aos arts. 17, § 2º, e 21 do RASA;

704. (15) Em relação ao procedimento de decisão sumária de arquivamento, esta Procuradoria entende que a proposta apresentada desnatura a sistemática estabelecida nos arts. 25 a 30 do RASA vigente e se mostra incoerente com as métricas das alterações propostas para o art. 20 do RASA, razão pela qual sugere-se a exclusão dos dispositivos que tratam desse tema. Caso sejam mantidos os dispositivos, sugere-se, por fim, a exclusão do parágrafo 2º do art. 25 proposto, por fazer referência ao art. 51 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, suprimido da Minuta de Regulamento mais recente;

705. (16) Aponta-se a necessidade de renumeração dos dois últimos dispositivos da Minuta de Resolução, de modo que deixem de ser indicados como arts. 6º e 7º e passem a ser apontados como arts. 5º e 6º do referido documento.

6.4 REGULAMENTO DE FISCALIZAÇÃO REGULATÓRIA

706. (17) Sugere-se, outrossim, a título de mero aprimoramento, a seguinte redação para o art. 3º, II, do Regulamento de Fiscalização Regulatória ora proposto:

Sugestão da PFE:

Art. 3º A Fiscalização Regulatória é regida por este Regulamento e observa o disposto, dentre outros, nos seguintes instrumentos:

(...)

II - contratos, atos e termos relativos ~~aos~~ serviços de telecomunicações e ~~aos de direitos de~~ uso de radiofrequências, editais de licitação, despachos e demais atos administrativos de efeito concreto editados pela Anatel;

707. (18) No tocante às obrigações dos administrados de fornecer ou de permitir o acesso aos documentos, dados e informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira, contábil ou outras pertinentes, em seu poder ou em poder de terceiros, constante do art. 7º, I e II, da Minuta de Regulamento, propõe-se que os referidos comandos façam, por cautela, referência expressa ao art. 16 do mesmo Regulamento, em que se assegura ao fiscalizado o direito ao sigilo de dados e informações. Sugere-se, nesse sentido, a seguinte redação aos dispositivos em foco:

Sugestão da PFE:

Art. 7º Os Administrados submetem-se à Fiscalização Regulatória da Anatel mediante as seguintes obrigações, dentre outras constantes da legislação e da regulamentação:

I - fornecer dados e informações de natureza técnica, operacional, econômico financeira, contábil ou outras pertinentes, no prazo, local, formato e demais condições estabelecidas pela Anatel, que estejam disponíveis ou que sejam passíveis de obtenção por meio de consulta aos aplicativos, facilidades, sistemas, ferramentas e recursos tecnológicos do Administrado ou por ele utilizados, seja em arquivo eletrônico, meio físico ou qualquer outro meio existente, em seu poder ou em poder de terceiros, **observado o disposto no art. 16 deste Regulamento;**

II - permitir o acesso às instalações, equipamentos, aplicativos, facilidades, sistemas, ferramentas e recursos tecnológicos, documentos, dados e informações de natureza técnica, operacional, econômico-financeira, contábil ou outras pertinentes, em seu poder ou em poder de terceiros, **observado o disposto no art. 16 deste Regulamento;**

708. (19) Em relação ao planejamento da Fiscalização Regulatória, não se vislumbra óbices jurídicos aos arts. 11 e 12, porém sugere-se, nos seguintes termos, que o art. 11 preveja a Superintendência Executiva como competente para decidir acerca das matérias de que trata o dispositivo:

Sugestão da PFE:

Art. 11. **A Superintendência Executiva, ouvidas as demais** ~~As~~ Superintendências, devem, considerando o planejamento institucional, adotar metodologia de priorização para:

709. (20) Sugere-se a inclusão de um inciso no artigo 14 para o arquivamento do processo de acompanhamento na hipótese de não serem encontrados indícios de descumprimento de obrigações, o qual seria aplicável tanto nas hipóteses em que se constata a ausência de irregularidade da prestadora logo no início do processo de acompanhamento, quanto nos casos em que, havendo ou não medida preventiva/reparatória, inicialmente foi constatado apenas risco de configuração de infração administrativa, o qual, posteriormente foi afastado por alteração de conduta da prestadora, sem que, em nenhum momento, venha a configurar infração administrativa:

Sugestão da PFE

Art. 14. (...)

IV - arquivamento do processo, nos casos em que não for constatado indício de infração na conduta do administrado.

710. (21) Sugere-se a exclusão do termo “diretamente” no *caput* do artigo 16, a fim de evitar que essa expressão enseje contencioso administrativo quanto à observância dessa exigência:

Sugestão da PFE

Art. 16. Os dados e as informações solicitados, recebidos, obtidos e acessados pela Agência nos termos deste Regulamento são aqueles **diretamente** relacionados às obrigações do Administrado e necessários ao exercício efetivo das atribuições da Anatel, mantendo-se invioláveis as comunicações entre os usuários. (...)

711. (22) Sugere-se a alteração do artigo 21 apenas para aperfeiçoamento de sua redação, notadamente para evitar a utilização da expressão “em que” por duas vezes.

Sugestão da PFE

Art. 21. O Administrado, por intermédio de representante indicado, pode acompanhar a atividade, ressalvados os casos em que a prévia intimação ou o acompanhamento presencial sejam incompatíveis com a natureza da atividade ou ~~em que~~, **ainda, nos quais o sigilo seja necessário para garantir a sua eficácia.**”

712. (23) Sugere-se que a proposta de Regulamento: a) não delimite abstratamente as hipóteses de emissão de Auto de Infração, haja vista a dificuldade de a Agência definir aprioristicamente as infrações para as quais seria adequada a emissão de Termo de Notificação e aquelas para as quais seria mais eficiente a expedição de Auto de Infração; b) preveja a inclusão de um dispositivo para esclarecer que a regularização da conduta infratora no prazo consignado no Termo de Notificação deve ser aplicada para efeito das atenuantes previstas no artigo 20, do RASA; c) substitua o termo “não conformidade” por “infração”, uma vez que não há dispositivo que indique quais seriam as diferenças entre esses dois conceitos ; e d) esclareça como a Agência deve proceder nos casos de ausência de manifestação do infrator e naquelas em que ele apresenta medidas de correção que sejam consideradas insuficientes pela Anatel. Para contemplar os itens “a”, “b” e “c”, apresentamos as seguintes sugestões para os arts. 30 e 32:

Sugestão da PFE

“Art. 30. As atividades ocorridas durante a Ação de Fiscalização devem ser registradas em relatório, descrevendo os procedimentos aplicados, as análises efetuadas e os resultados obtidos, do qual se **poderá fazer** ~~fará~~ Termo de Notificação (TN) ou Auto de Infração.

§ 1º. O Termo de Notificação será emitido, preferencialmente, por meio eletrônico, pela Gerência responsável pelo tema, e deverá conter:

(...)

III - indicação de **infração** não conformidade;

(...)

§5º A emissão de Termo de Notificação não dispensa a posterior instauração de PADO, mediante a expedição de Ato de Instauração.

Sugestão da PFE

“Art. 32. No curso de uma ação de fiscalização, o Agente de Fiscalização **poderá lavrar Auto de Infração** ~~deverá lavrar Auto de Infração nas hipóteses previstas no art. 34.~~”

713. (24) Com o objetivo de evitar embaraços à atividade de fiscalização da ANATEL, e considerando que o agente público deve atuar em face de uma situação de ilegalidade, sugere-se que o artigo 31 seja alterado para prever que o agente de fiscalização tenha o dever de proceder à averiguação da infração, ressalvadas as hipóteses previstas no dispositivo, porém a ciência à autoridade competente possa ser realizada em momento posterior à fiscalização.

Sugestão da PFE

“Art. 31. Caso se observem indícios de descumprimento de obrigações e de não conformidades diversos daquele objeto da ação de fiscalização em curso, o Agente de Fiscalização **deverá proceder à sua averiguação** ~~deverá reportá-los à autoridade competente e poderá, com a sua ciência., desde que não haja comprometimento da segurança, da ação em andamento, das demais ações planejadas e do planejamento da Fiscalização Regulatória, e, após a conclusão da fiscalização, deverá informar à~~ **autoridade competente das razões pelas quais houve ampliação do objeto da fiscalização.**

714. (25) Os objetivos buscados pela Agência com as propostas de redação para os arts. 37 e 38 do Regulamento de Fiscalização Regulatória, que tratam da obstrução à atividade fiscalizatória, podem ser alcançados, em compatibilidade com o art. 173 da LGT desde que o Regulamento preveja dois tipos

de solicitação de informações, sendo que, para apenas um dos tipos, o descumprimento da solicitação configuraria infração administrativa (no exemplo de redação sugerida por esta Procuradoria a solicitação cujo descumprimento configuraria infração seria a requisição);

715. (26) Na linha apresentada na Conclusão anterior, sugere-se a seguinte redação para os art. 37 e 38 do Regulamento de Fiscalização Regulatória:

Sugestão da PFE

Art. 37. Havendo dificuldade para a atividade de acompanhamento ou ainda impossibilidade de conclusão de ação da Fiscalização, por responsabilidade do Administrado em atender solicitações de informações, **a Agência deve requisitar do administrado as informações** ~~devem ser reiterados os pedidos ou adotadas novas medidas com o objetivo de concluir a atividade obstruída.~~

Art. 38. Somente a partir da adoção de nova medida, ou de reiteração das solicitações originais, descritos no art. 37, poderá ser caracterizada a **O descumprimento da requisição de informações caracterizará** Obstrução à Atividade de Fiscalização Regulatória.

716. (27) **Em relação às medidas preventivas ou reparatórias, a Procuradoria sugere que o tema seja objeto de maior detalhamento, com vistas a esclarecer aspectos relativos à possibilidade de ser utilizada mais de uma dessas medidas para uma mesma infração, à definição do momento a partir do qual será instaurado Pado ou aplicadas outras medidas de controle, dentre outros aspectos;**

717. (28) **O parágrafo único do artigo 42, ressalvada a hipótese de apresentação de pedido de plano de conformidade, encontra óbice jurídico no artigo 2º, da Lei nº 9.873/99, que não abrange as demais hipóteses de medidas preventivas ou reparatórias como atos interruptivos da prescrição quinquenal da pretensão punitiva;**

718. (29) A proposta de redação apresentada no art. 45 do Regulamento de Fiscalização Regulatória encontra óbice jurídico nos arts. 82 e 173 da LGT, razão pela qual deve ser suprimido do Regulamento de Fiscalização Regulatória. Para o caso de a Agência entender pela relevância de prever o arquivamento de processos de acompanhamento, nos casos em que foi constatado apenas risco de configuração de infração administrativa, o qual, posteriormente foi afastado por alteração de conduta da prestadora (seja em razão de uma medida preventiva/reparatória ou independentemente de medida desse tipo), sem que, em nenhum momento, venha a configurar infração administrativa, entende-se que não há óbice jurídico quanto a essa previsão, sendo que a redação proposta pela Procuradoria para o inciso IV do art. 14 se mostra suficiente para endereçar esse tipo de situação;

719. (30) Para evitar burocratização e contencioso administrativo relativo a cumprimento de requisitos desnecessário, sugere-se a exclusão da parte final do artigo 46, § 3º ("*observada a periodicidade e o meio do modo menos oneroso e mais eficaz disponível, a proporcionalidade e a razoabilidade*"), e da parte final do *caput* do artigo 48 ("*e considerando a proporcionalidade entre as ações específicas e as irregularidades identificadas*").

Sugestão da PFE

Art. 46. (...)

§3º Caso não considere efetiva a proposta, poderá a Anatel determinar a realização de ajustes, ~~observada a periodicidade e o meio do modo menos oneroso e mais eficaz disponível, a proporcionalidade e a razoabilidade.~~

Art. 48. No decorrer do processo de Acompanhamento, a Anatel poderá adotar a Notificação para Regularização, determinando prazo razoável para a correção de conduta do administrado, ~~e considerando a proporcionalidade entre as ações específicas e as irregularidades identificadas.~~

720. (31) Esta Procuradoria entende que a incompatibilidade entre o art. 45 e o parágrafo único do art. 48, que prevêem tratamento jurídico diverso para uma mesma situação fática, deve ser resolvida mediante a exclusão do art. 45, por se tratar de dispositivo ilegal;

721. (32) Diante da necessidade de deixar mais claros os aspectos que envolvem o Plano de Conformidade quanto a cabimento, regras aplicáveis, discricionariedade da decisão administrativa, competência para proferi-la e marco inicial da produção de efeitos do Plano, esta Procuradoria apresenta a seguinte sugestão para os artigos 49 e 50 do Regulamento:

*Art. 49. O Administrado poderá apresentar à Agência proposta de Plano de Conformidade no qual se comprometa a demonstrar o cumprimento de obrigações e a **reparação do dano aos usuários ou ao setor, quando cabível**, em prazo determinado.*

*§ 1º Não se incluem dentre os temas elegíveis para compor o Plano de Conformidade aqueles que demandem ações imediatas ou classificadas como extremamente graves, ou que sejam objeto de outro processo de acompanhamento em trâmite, **assim reconhecidos em ato do Superintendente de Controle de Obrigações.***

§ 2º O Plano de Conformidade deverá conter, dentre outras, as seguintes cláusulas:

I - Compromisso de cessação da irregularidade e da reparação a ser feita;

II - Previsão de cronograma de ações voltadas a garantir a cessação das irregularidades e eventuais reparações;

III - Obrigação de prestação de informações periódicas à Anatel sobre a execução do cronograma previsto no inciso II;

IV - Prazo de vigência.

§ 3º O Superintendente de Controle de Obrigações, de forma discricionária, deverá decidir acerca da aceitação do Plano de Conformidade.

§ 4º O Plano de Conformidade aceito deverá ser publicado, ressalvadas as informações classificadas como de acesso restrito, nos termos do art. 16, na página do Administrado na internet, bem como disponibilizado na página da Anatel, **momento a partir do qual produzirá efeitos.**

§5º Uma vez indeferido o Plano de Conformidade, as infrações objeto do Plano não podem ser objeto de novo requerimento de Plano de Conformidade.

§6º Não se aplicam ao Plano de Conformidade, as disposições do Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), aprovado pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013.

Art. 50. A proposta de Plano de Conformidade deve apontar de forma clara o objetivo final de conformidade a ser aferido, podendo a Anatel **promover os ajustes que entender necessários para o efetivo cumprimento das obrigações** caso entender necessário em virtude da complexidade da implementação para o devido cumprimento das obrigações, determinar a sua segmentação em ações individuais específicas ou ampliar o prazo de vigência do Plano de Conformidade.

§1º Na hipótese de que trata o caput, o requerente tem prazo de trinta dias para manifestar-se quanto à aceitação dos ajustes apresentados pela Anatel.

§2º Uma vez manifestada a aceitação dos ajustes pelo requerente, deve-se observar o disposto no §4º do art. 49.

§3º Após o prazo de trinta dias, no caso de o requerente manifestar recusa ou manter-se inerte quanto aos ajustes propostos pela Anatel, o plano de ação será indeferido, devendo ser observado o disposto no §5º do art. 49.

722. (33) Considera-se importante que o RFR seja mais claro quanto à distinção entre os institutos jurídicos do processo de controle, objeto do artigo 52 e seguintes, e da medida reparatória, inserida no processo de acompanhamento e tratada pelo artigo 42 e seguintes, haja vista, inclusive, a existência de institutos comuns a ambos e o fato de que o artigo 4º do Regulamento não consignou a definição de medida reparatória.

723. (34) Para deixar claro que as demais medidas de controle podem ser realizadas concomitantemente à instauração de PADO, bem como apresentar aprimoramentos redacionais no §2º do art. 53, sugerem-se as seguintes redações para o parágrafo segundo do artigo 53 e para o artigo 54:

Sugestão da PFE

"Art. 53.

(...)

Sugestão da PFE

"Art. 53.

(...)

§ 2º A regulamentação específica poderá, para determinadas obrigações, especificar os elementos probatórios mínimos para a instauração de PADO **apontar os requisitos mínimos para a constatação de indícios de infração em relação a obrigações.**

(...)"

Art. 54. Quando identificados riscos regulatórios ou indícios de infração, a Anatel, **previamente previa ou concomitantemente** à adoção de medidas **sancionatórias punitivas**, deve, sempre que possível, adotar **outras** medidas de controle que visem prevenir e corrigir condutas de forma tempestiva, objetivando cessar ou reduzir o impacto aos consumidores e ao setor.

724. (35) Quanto aos arts. 55 e 56, propõem-se as seguintes redações, com vistas a evitar que determinados aspectos dificultem, injustificadamente, a expedição de medidas cautelares pela Agência:

Sugestão da PFE

"Art. 55. A Agência poderá, motivadamente e observadas as **disposições contidas** competências no Regimento Interno da Anatel, adotar, ~~por tempo determinado,~~ medidas cautelares indispensáveis para evitar dano grave e irreparável ou de difícil reparação, sem a prévia manifestação do interessado, **fixando, quando possível, prazo determinado para sua vigência.**

Sugestão da PFE

"Art. 56. A Medida cautelar deve indicar, **preferencialmente** pelo menos:"

725. (36) Em relação ao art. 60, sugere-se, nos termos propostos abaixo, que o Regulamento seja aplicável aos fatos praticados a partir de sua vigência:

Sugestão da PFE

Art. 59. As disposições constantes deste Regulamento aplicam-se **aos fatos praticados a partir de sua vigência.:**

~~— aos processos de acompanhamento e controle ou de fiscalização regulatória, ainda que já instaurados, no que couber; e~~

726. (37) Em relação ao art. 7º da proposta de Resolução que aprova o Regulamento, sugere-se que ao deliberar acerca da proposta, o Conselho Diretor da Anatel preveja, para a entrada em vigor da norma, marco temporal compatível com o art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019.
727. É o parecer. À consideração do Procurador-Geral da ANATEL.

Brasília, 14 de julho de 2020.

(assinado eletronicamente)
VILMAR NERY LOURENÇO
PROCURADOR FEDERAL

(assinado eletronicamente)
RAFAEL ABIJAODI LOPES DE VASCONCELLOS
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DE CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO ADJUNTO

(assinado eletronicamente)
LEANDRO DE CARVALHO PINTO
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DE CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

(assinado eletronicamente)
IGOR GUIMARÃES PEREIRA
PROCURADOR FEDERAL
PROCURADOR-GERAL ADJUNTO - MATÉRIA
FINALÍSTICA

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500205186201510 e da chave de acesso b4be5f78

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL ABIJAODI LOPES DE VASCONCELLOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 460312409 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL ABIJAODI LOPES DE VASCONCELLOS. Data e Hora: 15-07-2020 16:27. Número de Série: 17410350. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

Documento assinado eletronicamente por IGOR GUIMARAES PEREIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 460312409 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): IGOR GUIMARAES PEREIRA. Data e Hora: 15-07-2020 16:05. Número de Série: 4239120642836377665. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por VILMAR NERY LOURENCO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 460312409 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VILMAR NERY LOURENCO. Data e Hora: 15-07-2020 16:13. Número de Série: 13373636. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por LEANDRO DE CARVALHO PINTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 460312409 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LEANDRO DE CARVALHO PINTO. Data e Hora: 15-07-2020 16:52. Número de Série: 28969415888926487537042168667. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

ANEXO

(RELATÓRIO DE MULTAS CONSTITUÍDAS)

Montante Arrecadado Integralmente (A)

Indicador	Q	Financeiro	% Financeiro	Físico	% Físico
Sub Total		R\$995.354.164,28	11,35%	43.743	67,16%

Montante Arrecadado Parcialmente (B)

Indicador	Q	Financeiro	% Financeiro	Físico	% Físico
B-Suspensas Judicialmente		R\$2.692.209,96	0,83%	9	0,01%
B-Parceladas		R\$682.651,17	0,01%	494	0,74%
B-Cadin e/ou Dívida Ativa		R\$1.897.662,21	0,82%	1.817	2,79%
Sub Total		R\$5.767.527,58	0,07%	2.545	3,91%

Montante não Arrecadado (C)

Indicador	Q	Financeiro	% Financeiro	Físico	% Físico
C-Suspensas Judicialmente		R\$2.688.111.684,55	31,45%	788	1,21%
C-Parceladas		R\$19.881.825,71	0,26%	982	1,38%
C-Cadin e/ou Dívida Ativa		R\$4.378.637.795,38	54,81%	15.946	24,48%
Sub Total		R\$7.062.741.142,49	88,57%	18.847	28,94%

	Q				
TOTAL = (A) + (B) + (C)		7.973.882.834,34	100,00%	66.135	100,00%

Os montantes integralmente e parcialmente arrecadados correspondem ao valor principal recebido, sem acréscimo de juros e correção monetária. O montante não arrecadado corresponde ao saldo devedor principal, considerando-se os acréscimos monetários.

Fonte: Sistema de Gestão de Créditos - SGECC/Arstal

O levantamento refere o vencimento das multas em 20/06/2020 10:11:40



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - SEDE
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL

SAUS, QUADRA 6, BLOCO H, 6º ANDAR, ALA NORTE - BRASÍLIA/DF - CEP 70.070-940 - (61) 2312-2377

DESPACHO n. 01069/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.205186/2015-10

INTERESSADOS: ANATEL - COQL - GERÊNCIA DE CONTROLE DE OBRIGAÇÕES DE QUALIDADE

ASSUNTOS: TELECOMUNICAÇÕES: NORMATIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO E OUTROS

1. Aprovo o **Parecer nº 496/2020/PFE-ANATEL/PGF/AGU**.
2. Restituam-se os autos à origem.

Brasília, 17 de julho de 2020.

(assinado eletronicamente)

PAULO FIRMEZA SOARES
PROCURADOR-GERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500205186201510 e da chave de acesso b4be5f78

Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 462681717 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 17-07-2020 15:43. Número de Série: 17123417. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
