

Boletim Telecom

Abril 2023



Confira os principais temas que foram destaques na Anatel comentados pelo nosso Time de Telecomunicações.

Clique aqui

ROLIM

Rolim, Viotti, Goulart, Cardoso Advogados

O Time de Telecomunicações do **ROLIM** divulga o Boletim Mensal de temas que foram destaques na Anatel, comentados pelos profissionais da área, no escopo de compartilhar questões que podem impactar as empresas ou que tenham relevância normativa ou jurisprudencial para o setor.

Os temas serão comentados sempre em três etapas:

- 1- Tema destaque do mês;
- 2- Consultas Públicas e Tomadas de Subsídios em andamento;
- 3- Decisões proferidas no âmbito das Reuniões do Conselho Diretor (RCD).

Boa leitura!

1) Destaque do mês

Nesta edição, comentaremos sobre a [Avaliação de Resultado Regulatório \(ARR\)](#) do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA/2012 - [Resolução nº 589/2012](#)), publicada pela Anatel nesse mês ([Processo SEI nº 53500.037809/2020-74](#)), conforme previsto na [Agenda Regulatória 2023-2024](#), e em resposta ao art. 2º, III, do [Decreto nº 10.411/2020](#), que regulamenta a Análise de Impacto Regulatório (AIR).

A ARR foi objeto da [Tomada de Subsídios nº 5/2022](#) (SEI nº 8724407) pela Anatel e tem por escopo verificar quais são os efeitos advindos da edição de ato normativo, no caso, o RASA, que estabelece parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas por infrações à Lei nº 9.472/1997 (LGT) e demais normas regulatórias aplicáveis.

A iniciativa também se constitui em importante etapa de monitoramento do processo regulamentar, tendo sido escolhidas as perspectivas de avaliação de processos e de impacto (art. 33, I e II, [Resolução Interna Anatel nº 8/2021](#)) sobre os seguintes temas, considerados como principais inovações à disciplina da aplicação de sanções trazidas pelo RASA/2012:

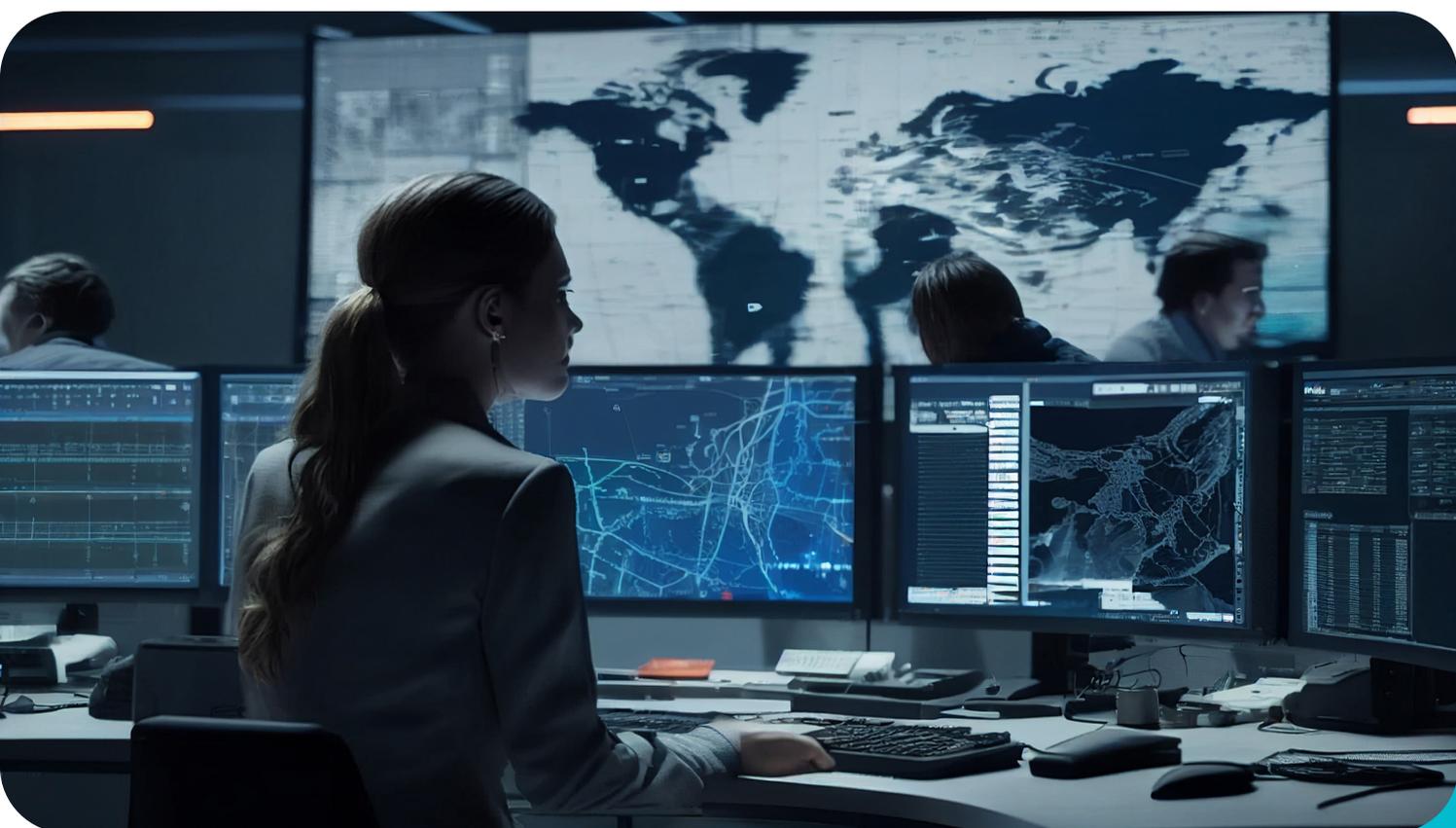
- Tema 1 – Possibilidade de aplicação de sanções de obrigação de fazer e de não fazer (ODF/ONF - arts. 15 e 16, do RASA/2012);
- Tema 2 – Fator de redução da multa aplicada em caso de não litigância (art. 33, §5º,

do RASA/2012).

Ambas as temáticas passaram pela perspectiva de avaliação de processos, que analisa os meios e processos empregados na implementação da norma, que foi dividida em cinco seções, quais sejam: Seção 1 – Consistência regulatória interna; Seção 2 – Consequências não intencionais; Seção 3 – Consistência com padrões e regras nacionais; Seção 4 – Enforcement; e, Seção 5 – Conclusão.

O tema 2, por seu turno, recebeu também uma avaliação de impacto, que examina se a ação implementada possuiu impactos positivos ou negativos sobre o problema regulatório identificado, dentre os diferentes grupos, e se houve impactos inesperados, e foi dividida em três seções: Seção 1 – Teoria da Mudança; Seção 2 – Efeito Causal da Regulação; e, Seção 3 – Conclusão.

Como está previsto no item 10 da Agenda Regulatória 2023-2024, o projeto de reavaliação do RASA e as conclusões do Relatório de ARR devem ser aptos a fornecer subsídios para o planejamento regulatório da Agência, para que o tema seja discutido apropriadamente, quando da revisão da regulamentação em tela (art. 34 da Resolução Interna Anatel nº 8/2021), que possui meta de conclusão até o final de 2023, quando será encaminhada para o Conselho Diretor para apreciação e deliberação.



A seguir, comentamos os temas selecionados pela Anatel.

Tema 1 – Possibilidade de aplicação de sanções de obrigação de fazer e de não fazer

A ODF/ONF foi introduzida buscando eficácia da sanção administrativa, para que a Agência possa escolher a sanção que melhor atende ao interesse público, considerando o caso concreto. Todavia, o número de processos nos quais a sanção de obrigação de fazer foi efetivamente aplicada é baixo, o que nos leva a uma série de questões que podem ter levado a essa baixa adesão:

- Discordância sobre a forma de valoração da ODF e cumprimento dos compromissos. Por entender a Agência que a valoração da obrigação deve ser equivalente à multa e diante da inexistência de metodologia de cálculo das obrigações a serem impostas, essa discordância parece o principal ponto de empecilho identificado na ARR. Na formação da obrigação, desconsidera-se outros custos que a empresa possui, como os internos de gestão do projeto, estudos para adesão, dentre outros. Possivelmente, a existência de um gatilho de desconto seria fator apto a incentivar a adesão das prestadoras;
- Desinteresse nos projetos, diante da similaridade com as obrigações de universalização e compromissos de investimentos que as empresas já possuem, por força de contratos de concessão e editais de licitação. Um espaço maior de negociação poderia incentivar mais adesões; e,
- A fase de escolha pela ODF/ONF, antes do trânsito em julgado do PADO, implica na desistência recursal, o que em muitos casos não é interessante pela expectativa de revisão da decisão administrativa no Conselho Diretor. A possibilidade de adesão ao final do trâmite poderia trazer mais eficácia ao instrumento, reduziria a celeridade do processo, mas, por outro lado, poderia aumentar o interesse na obrigação.

Nesse contexto, a ARR para o Tema 1 propõe que a possibilidade de se conceder o desconto de 25% (vinte e cinco por cento) ao valor atribuído às sanções de obrigação de fazer, alterando-se o art. 33, §5º, do RASA/2012, seja estudada quando da Reavaliação do RASA/2012.

Tema 2 – Fator de redução da multa aplicada em caso de não litigância

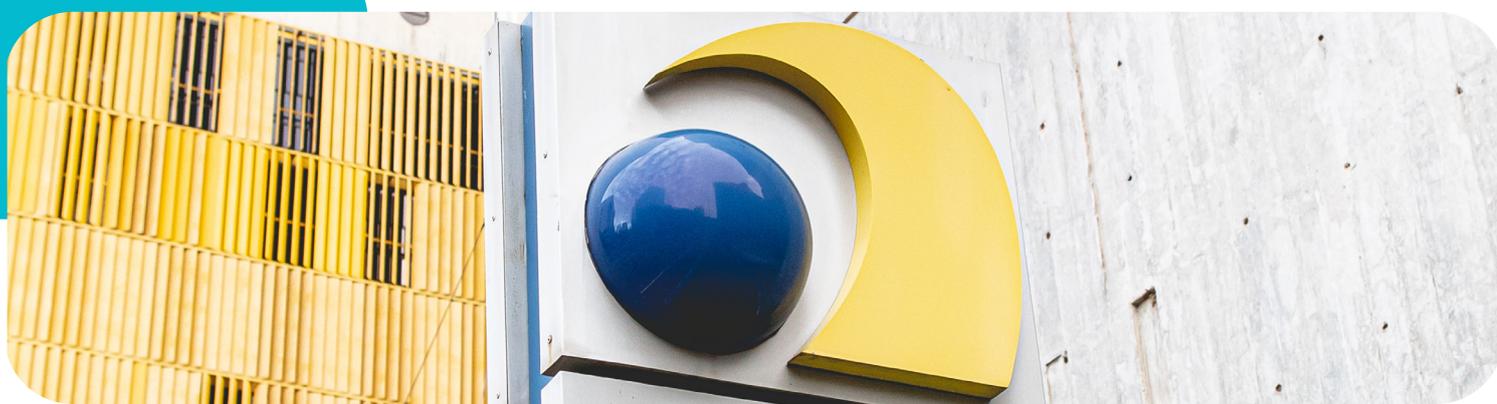
A regra foi introduzida diante da alta taxa de contestação das decisões administrativas que aplicam sanção, visando a reduzir o caráter protelatório e incentivar o administrado a quitar o valor devido no prazo consignado. Atualmente, a redução é possível apenas em face da renúncia ao direito de recorrer de uma decisão de primeira instância e não pode ser parcial.

Dados da Anatel apontam que, da entrada em vigor do RASA/2012 até dezembro de 2022, houve adesão à renúncia em aproximadamente 17% (dezessete por cento) do total de PADOs em que foi aplicada sanção de multa.

Acreditamos que esse percentual poderia aumentar sensivelmente caso haja a incidência do desconto quando da revisão de ofício ou juízo de retratação e caso o administrado possa renunciar ao direito de recorrer de apenas uma parte da decisão.

Isso porque, o § 7º do art. 115 do Regimento Interno da Agência estipula que o “exercício do juízo de retratação a que se refere o § 1º ensejará a expedição de um novo Despacho Decisório, o qual opera efeito substitutivo em relação ao Despacho Decisório recorrido, devendo o interessado ser intimado da nova decisão”. Portanto, expedido novo despacho permitindo ao autuado interpor novo recurso administrativo ou requerer o benefício previsto no art. 33, § 5º, do RASA, haveria um desestímulo à continuidade da litigância e à apresentação de novo recurso administrativo em face da segunda decisão, que possivelmente seria expedida em novas bases após efetivo contraditório.

Ademais, o percentual de adesão à renúncia poderia aumentar caso a Agência altere seu entendimento atual que impede que ela se dê de modo parcial, o que permitiria o prosseguimento do feito apenas em relação a parcela controvertida, incentivando o pronto pagamento da parcela fora do debate. Contudo, as sugestões implicam revisões de regras e procedimentos atualmente vigentes.



2) Consultas Públicas e tomadas de subsídios em andamento

A Anatel instaurou apenas três Consultas Públicas no mês, a [CP 20](#) e a [CP 24](#) que tratam de Proposta de alteração nos Planos Básicos de Radiodifusão, as quais receberão contribuições até os dias 23 e de abril, e 7 de maio, respectivamente; e a [CP 23](#), que cuida da elaboração de requisitos técnicos e operacionais para uso do espectro de radiofrequência por sistemas de telecomunicações associados ao Serviço Limitado Móvel Aeronáutico (SLMA), e receberá contribuições até dia 8 de junho. Todas as consultas podem ser visualizadas por meio de acesso ao [Sistema Participa](#).

3) Decisões no âmbito das Reuniões do Conselho Diretor (RCD) e Circuito Deliberativo

Destacamos, a seguir, duas decisões proferidas na 921ª Reunião e outra em Circuito Deliberativo:

Metodologia punitiva em caso de descumprimento de decisão nas situações que envolvem interrupção cautelar do serviço

O Conselho Diretor, ao julgar recurso administrativo interposto contra multa aplicada por descumprimento de determinação exarada no âmbito de um PADO já transitado em julgado, entendeu por aplicar a metodologia desenvolvida pela Superintendência de Fiscalização nas situações que envolvem interrupção cautelar do serviço.

O curioso é que a empresa já havia cessado a prática que poderia levar à interrupção cautelar, ou seja, não teria um serviço a ser objeto de uma interrupção, o que, a rigor, afastaria a aplicação desse tipo de medida no caso concreto e, por conseguinte, a metodologia adotada pela Agência.

Em casos análogos envolvendo descumprimento de determinações, a Agência costuma adotar a metodologia específica de “Descumprimento de Determinação da ANATEL”, a qual, inclusive, como já abordamos [anteriormente](#), está atualmente em processo de revisão.

Irrecorribilidade de decisão que impõe medidas preventivas ou reparatórias em processo de fiscalização regulatória

O Conselho Diretor, ao apreciar recurso administrativo interposto em face de decisão

que impõe medidas reparatórias, no bojo de Procedimento de Fiscalização Regulatória, decidiu por não conhecer do recurso, por entender que a prestadora não possuía interesse recursal, nos moldes do art. 116, inciso III, do [Regimento Interno da Anatel \(Resolução nº 612/2013\)](#).

Na ocasião, o Conselho manifestou que esse tipo de decisão, imposta em processos de fiscalização regulatória, a princípio, não seria passível de recurso, visto que a medida reparatória não impõe nova obrigação à prestadora e tampouco importa em aplicação de sanção. Pelo contrário, concede mais uma oportunidade para a prestadora cessar sua conduta, com a possibilidade de, em caso de cumprimento total, obter o benefício da aplicação de sanção de advertência, independentemente da gradação da infração.

Ademais, entendeu que a interposição de recurso seria incompatível com natureza do processo de fiscalização regulatória, pois ao se constituir um mecanismo de solução negocial, o seu resultado depende da agilidade para solução do problema e da cooperação da prestadora. Por isso, a discussão do mérito das medidas impostas poderia ser postergada para o bojo do processo que apurará o eventual descumprimento da regulamentação.

Entendimento recente sobre pedidos de intervenção de terceiros em processos de competência da Anatel, à luz do [noticiado em seu site](#).



Historicamente, são pouquíssimos os casos em que a Anatel admitiu intervenção de terceiros em processos que tramitam na Agência. Em sua maioria, os pedidos foram denegados com fulcro no inciso II do art. 47 do Regimento Interno da Anatel (RIA), diante da ausência de interesse público, que não se confundiria, por certo, com os interesses individuais, muitas vezes econômicos, dos interessados. É também com base em hipótese legais de cabimento (art. 9º, da Lei nº 9.784/99).

Em regra, sobretudo em casos envolvendo pedidos de anuência prévia, os pedidos de intervenção eram indeferidos quando não presente o interesse público dirigido à coletividade e quando baseado em meras alegações de ordem econômica e/ou concorrencial, e não jurídicas.

Contudo, mais recentemente, a discussão voltou à pauta, em caso também envolvendo anuência prévia, em que foram apresentados pedidos de intervenção, por uma operadora e uma associação.

No caso da associação, a Anatel indeferiu o pedido de ingresso, a nosso ver recorrendo às mesmas bases dos precedentes anteriores, defendendo, ainda, que os pedidos de intervenção de terceiros devam ser avaliados não apenas à luz do art. 9º, inciso II, da Lei nº 9.784/99 (direitos ou interesses individuais - homogêneo ou não), tampouco dos incisos III e IV do art. 9º, que atribuem a entidades legitimadas extraordinariamente a defesa de direitos e interesses coletivos e difusos a condição de interessadas em processos administrativos, mas considerando como parâmetro a capacidade efetiva de a entidade exercer a adequada representatividade na promoção dos direitos e interesses coletivos e difusos (art. 82, IV, Código de Defesa do Consumidor – CDC, ou seja, interesses coletivos em sentido amplo), a partir de representatividade adequada.



Esclareceu que embora o art. 9º da Lei nº 9.784/99 não faça referência a interesses individuais homogêneos, o art. 47 do RIA faz essa referência como hipótese específica de admissão no seu inciso III, logo, o interesse individual homogêneo seria uma espécie do gênero “interesse individual”.

Em outras palavras, o parâmetro para aferição do deferimento de eventuais pedidos de ingresso de associações deve ser a capacidade de efetivamente exercer a adequada representatividade na promoção dos direitos e interesses coletivos e difusos, notadamente, segundo o previsto no art. 81 do CDC e Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública).

Já no caso da operadora, a Anatel deferiu o pedido de ingresso por entender que a parte teria interesse juridicamente afetado por eventual deliberação da Agência, uma vez que a anuência prévia guarda relação de dependência com os interesses da empresa e que ela teria de fato demonstrado efetivo interesse jurídico, quando declarou a necessidade de ter conhecimento dos termos do acordo, para analisá-lo segundo as premissas do mesmo edital em que também se sagrou vencedora.

No primeiro momento, nos parece que a Agência não modificou substancialmente sua argumentação técnico-jurídica, que basicamente gravita em torno da comprovação de interesses jurídicos “que podem ser afetados pela decisão do processo”, mas colocou luz a outro aspecto.

A ANATEL passou a entender que a exegese formal do art. 9º da Lei nº 9.784/99 deve ser conformada com a participação pluralista nos processos administrativos, segundo uma abordagem mais pragmática, o que poderia gerar melhorias de eficiência na atuação da administração pública, mas que deve ser sempre sopesada no caso concreto com os demais princípios da administração.

Isso porque a franquia de participação de terceiros deve ser avaliada pela sua aptidão funcional para incrementar a efetividade das políticas executadas pela Anatel, sob pena de se causar tumulto processual pela dilação excessiva da controvérsia, com violação ao direito constitucional à razoável duração do processo e ao princípio da eficiência.

O Time Regulatório do **Rolim, Viotti, Goulart, Cardoso Advogados** seguirá acompanhando as ações regulatórias da Anatel e os seus reflexos no setor e ficará à disposição para quaisquer informações.

Escritórios ROLIM

São Paulo | SP | Brasil

Alameda Santos, 1940 | 3º andar | Cerqueira César | 01418 200
Tel. (+55 11) 3723.7300 | Fax (+55 11) 3723.7328

Rio de Janeiro | RJ | Brasil

Rua Lauro Muller, 116 | Torre Sul | Sala 3405 | Botafogo | 2290 160
Tel. (+55 21) 3543.1800 | Fax (+55 21) 3543.3543

Belo Horizonte | MG | Brasil

R. Paraíba, 550 | 17º andar | Savassi | Belo Horizonte | MG | 30130 140
Tel. (+55 31) 2104.2800 | Fax (+55 31) 2104.2828

Brasília | DF | Brasil

SHS Quadra 06 Bloco A | Sala 210 | Complexo Brasil 21 | Asa Sul | Brasília | DF
70316 100 | Tel. (+55 61) 3424.4400 | Fax (+55 61) 3424.4444

Lisboa | Portugal

Ferreira Pinto Cardigos Advogados | Avenida José Malhoa, 16, Piso 2 | 1070-159
Tel. +351 215 874 140 | +351 213 303 900

Düsseldorf | Alemanha

Rolim, Mietzel, Wohlnick & Calheiros LLP | Graf-Adolf-Str. 14 | 40212
Tel. (+49 0) 211 688 519 26 | Fax: (+49 0) 211 687 857 79

