

JUSTINO DE OLIVEIRA
ADVOGADOS





EVENTO INTERNO
ANATEL

CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O CASO DA ANATEL

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

PROFESSOR DOUTOR DE DIREITO ADMINISTRATIVO NA FACULDADE DE DIREITO DA USP E NO IDP (BRASÍLIA-DF). ÁRBITRO, MEDIADOR, CONSULTOR E ADVOGADO ESPECIALIZADO EM DIREITO PÚBLICO. MEMBRO INTEGRANTE DO COMITÊ GESTOR DE CONCILIAÇÃO DA COMISSÃO PERMANENTE DE SOLUÇÃO ADEQUADA DE CONFLITOS DO CNJ. WWW.JUSTINODEOLIVEIRA.COM.BR

SÃO PAULO - SP
31.01.2023



SUMÁRIO

- 1** CONSENSUALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA;
- 2** TAC NO ÂMBITO DA ANATEL;
- 3** O QUE DEVE SER VERIFICADO PARA A CELEBRAÇÃO DO TAC? – RES. Nº 629/2013;
- 4** HISTÓRICO – TACS CELEBRADOS PELA ANATEL;



SUMÁRIO

5

LEADING CASE: TAC CELEBRADO ENTRE ANATEL X TELEFÔNICA S.A. (VIVO);

6

ANATEL E SOLUÇÃO NEGOCIADA DE DISPUTAS;

7

SINALIZAÇÕES FINAIS.

1. CONSENSUALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- A evolução do paradigma jurídico-normativo em torno da Administração Pública brasileira nos últimos anos vem destacando a prevalência de entendimentos e práticas relacionadas à autocomposição, à multilateralidade e, de um modo geral, ao consenso.
- Antigos dogmas relacionados à estrita verticalização e rigidez vêm dando lugar a novos valores no contexto de uma nova governança pública e de uma administração democrática, congregando eficiência e consensualidade. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito Administrativo Pragmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020)

1. CONSENSUALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS

- Ganha cada vez mais espaço a solução negociada de conflitos que envolvem o Poder Público no Brasil – seja pelo incentivo cada vez maior à utilização de meios adequados de solução de controvérsias (mascs), seja pela ampla legitimidade conferida aos diálogos, inclusive público-privados, que antecedem os acordos administrativos em estrito senso.
- Acordo administrativo, enquanto categoria jurídica, visa disciplinar relações entre órgãos e entidades administrativas e relações entre a Administração Pública e particulares, cujo objeto é o desenvolvimento programado de uma atividade administrativa sob regime de cooperação ou de colaboração a partir de bases previamente negociadas entre as partes. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de gestão. São Paulo: RT, 2008).

1. CONSENSUALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS

- Exemplo (1) - acordo administrativo enquanto categoria diversa de contrato público:
 - **contrato de desempenho** (art. 37, § 8º, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei federal 13.934/2019).
 - Lei federal 13.934/2019:

Art. 2º Contrato de desempenho é o acordo celebrado entre o órgão ou entidade supervisora e o órgão ou entidade supervisionada, por meio de seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.

1. CONSENSUALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: OS ACORDOS ADMINISTRATIVOS

- Exemplo (2) - acordo administrativo enquanto categoria diversa de contrato público:
 - **acordo de leniência** (cf. Lei federal 12.846/2013 e Decreto 11.129/2022 que revogou o antigo Decreto regulamentador nº 8.420/2015).
- Exemplo (3) - acordo administrativo enquanto categoria diversa de contrato público:
 - **acordo administrativo autocompositivo** no âmbito de processos expropriatórios (cf. art. 10, caput, do Decreto-lei 3.365/1941);
Art. 10. A desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente, dentro de cinco anos, contados da data da expedição do respectivo decreto e findos os quais este caducará. (Vide Decreto-lei nº 9.282, de 1946)

BASES GERAIS PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS ADMINISTRATIVOS

- Lei 7.347/1985 – Ação Civil Pública:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados **compromisso de ajustamento de sua conduta** às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

- Lei 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos **convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres** celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal. (cf. art. 116 da antiga Lei 8.666/1993)

BASES GERAIS PARA A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS ADMINISTRATIVOS

- Lei 13.140/2015 – Lei de Mediação e Autocomposição:

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

- Lei 13.655/2018 – Nova LINDB:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, **celebrar compromisso com os interessados**, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

“...em que pese profícua e variada previsão legislativa já a partir de 1940 com os acordos expropriatórios, até os dias de hoje –Termos de Ajustamento de Conduta (TACs), Protocolos de Intenção, Contratos de gestão, Termos de Parceria, Acordos concorrenciais no âmbito do CADE, Acordos no âmbito de Agências Reguladoras, Acordos de leniência, Termos de fomento e de colaboração, Acordos no âmbito da mediação e da autocomposição administrativas – ainda pairam inúmeras dúvidas sobre os acordos administrativos. É nesse viés que parece pertinente tentar construir uma Agenda Investigativa Brasileira dos Acordos Administrativos...”.

(OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. In: MOREIRA, Antonio Judice et al. Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina, 2020, v. 1, p. 103-114)

2. TAC NO ÂMBITO DA ANATEL

- Normativas que regulamentam o TAC no âmbito da Anatel:
 - Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013: Aprova o Regimento Interno da Anatel.

Art. 54. A Anatel poderá, a seu critério e no exercício de suas competências legais, com vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar termo de ajustamento de conduta, na forma de regulamentação específica.

- Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013: Aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) .

O termo prevê dois tipos de compromissos: (i) *ajustamento de conduta* (que visa adequar as infrações das empresas aos regulamentos da Anatel) e (ii) *caráter adicional* (a compromissária poderá conceder benefícios diretos aos usuários ou executar projetos que devem observar o disposto no art. 22, Res. nº 629/2013). Assim o TAC funciona como uma nova via para execução de políticas públicas.

2.1. REGULAÇÃO RESPONSIVA E O TAC

“A regulação responsiva segue em linha com os ditames de um Estado responsivo. De um lado, as agências reguladoras devem compreender as limitações do mercado em cumprir com determinados comandos regulatórios que se deseja implementar, evitando o delineamento de regras inexecutáveis ou que possam gerar milionários sancionamentos, prejudicando as empresas de forma irreversível. De outro, devem levar à cabo as políticas públicas de universalização e qualidade do serviço prestado, em atendimento ao interesse público”.

(CARNAES, Mariana. Breve reflexão sobre a regulação responsiva. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-20/artx-publico-pragmatico-breve-reflexao-regulacao-responsiva>. Acesso em 30 jan. 2023).

Resolução Anatel nº 746, de 22 de junho de 2021: Aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatoria.

Processo de Acompanhamento



Medidas Preventivas ou Reparatórias



Processo de Controle

Art. 15. 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 Inspeção, bem como de medidas de prevenção e de reparação.

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

- I - Divulgação de Informações;**
- II - Orientação aos Administrados;**
- III - Notificação para Regularização;**
- IV - Plano de Conformidade**
- V - medida cautelar; e,**
- VI - demais medidas que vierem a ser adotadas de acordo com a legislação vigente.**

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

Art. 55. 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; e,**
- IV - assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).**

§ 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 estabelecer regimes diferenciados a partir das posturas dos Administrados, margens de tolerância e distintas consequências de controle em relação a obrigações.

§ 3º As medidas previstas neste artigo seguem o rito previsto no Regimento Interno da Anatel ou em regulamentação específica.

Resolução Anatel nº 746, de 22 de junho de 2021: Aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória.



PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA CELEBRAÇÃO DO TAC PELA ANATEL

Celebração: pode ser solicitada pelo próprio administrado ou por iniciativa da Anatel, a qualquer tempo (art. 4º, Res. nº 629/2013), inclusive após a decisão condenatória de primeira instância, quando será devido o pagamento de 10% do valor das multas aplicadas (art. 5º, § 2º, Res. nº 629/2013).

Não importa em confissão da Compromissária (art. 5º, § 1º, Res. nº 629/2013).

A negociação e a análise técnica ficarão a cargo de uma Comissão de Negociação, cujo prazo para referida análise será de 120 dias, prorrogáveis por igual período (art. 9º, *caput* e § 1º, Res. nº 629/2013).

Compete ao Conselho Diretor da Anatel, por decisão irrecorrível, deliberar acerca da celebração de TAC (art. 11, Res. nº 629/2013).

Os Pados inseridos na negociação têm seu trâmite suspenso por 14 (quatorze) meses (art. 8º, parágrafo único, Res. nº 629/2013).

O Valor de Referência do TAC (em caso de descumprimento) é definido levando-se em consideração o somatório das multas que seriam aplicadas nos Pados que a compromissária eleger para incluir no TAC (Art. 14, Res. nº 629/2013).

O TAC prevê dois tipos de compromissos: de ajustamento de conduta e de caráter adicional (art. 16 e ss, Res. nº 629/2013).

Possibilidade de inclusão de processos administrativos cujas sanções já tenham sido aplicadas em fase de instrução.

Arquivamento dos Pados no momento da assinatura do TAC, ressalvadas as condutas não contempladas na negociação, cuja apuração e sancionamento seguirão seu curso normal (art. 11, § 3º, Res. nº 629/2013).

É firmado pelo Presidente da Agência e um Conselheiro com o representante legal da Compromissária, com poderes para transacionar (art. 12, Res. nº 629/2013).

3. O QUE DEVE SER VERIFICADO PARA A CELEBRAÇÃO DO TAC? – RES. Nº 629/2013

Art. 15. Para a celebração de TAC, deverá ser verificado se ele é o meio adequado e próprio à realização do interesse público no caso concreto, ponderando-se, dentre outros, os seguintes fatores:

I - a proporcionalidade da proposta em relação à gravidade da conduta em análise;

II - a existência de motivos que recomendem que o ajustamento de determinada prática reputada irregular se dê gradualmente;

III - a capacidade do TAC para evitar a prática de novas condutas semelhantes pela Compromissária, bem como para estimular o cumprimento da regulamentação; e,

IV - a efetiva proteção dos direitos dos usuários.

- A real construção do TAC ocorre durante o processo de negociação, que nada mais é senão um Desenho de Solução de Disputas (*Dispute System Design* – DSD), em que os compromissos são propostos pela prestadora e avaliados pela Anatel, a partir dos ajustes necessários de acordo com o caso concreto.

4. HISTÓRICO – TACs CELEBRADOS PELA ANATEL

- Desde 2014, após a edição do Regulamento do TAC (Res. 629/2013), inúmeros foram os pedidos de prestadoras de serviços de Telecomunicações para realizar a negociação através da celebração de TAC. Entretanto, optou-se por utilizar essa modalidade em casos de maior vulto, envolvendo um número maior de processos sancionatórios, em razão da complexidade do termo.
- Nem todas as negociações foram frutíferas, por não atenderem aos requisitos desejados pela Anatel, que contou com a contribuição efetiva do Tribunal de Contas da União (TCU), no aperfeiçoamento dos termos.

4. HISTÓRICO – TACs CELEBRADOS PELA ANATEL

- Em julho de 2020, a Anatel celebrou seu primeiro TAC (n.º 001/2020) com o Grupo TIM e, em dezembro de 2020, celebrou o seu segundo Termo de Ajustamento (002/2020), desta vez com o Grupo Algar. No entanto, foi o caso da Telefônica Brasil S.A. que se tornou o *Leading case* da área, tendo em vista ter sido o caso mais adiantado quando da análise do TCU, sendo que as negociações se iniciaram no ano de 2014, mas o termo somente foi assinado no início de 2022.

Fonte: Disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/obrigacoes-contratuais/conheca-os-termos-de-ajustamento-de-conduta-tacs>. Acesso em 30 jan. 2023.

5. *LEADING CASE*: TAC CELEBRADO ENTRE ANATEL X TELEFÔNICA S.A. (VIVO)

a) **27/09/2017**: decisão do plenário do TCU aprovou a possível celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Telefônica Brasil S.A., condicionando a validade do TAC ao cumprimento de determinações corretivas e preventivas e de recomendações específicas apontadas na deliberação.

- **Objeto**: substituição de multas por investimentos em expansão de banda larga.
- **Proposta Inicial**: conversão de R\$ 2,199 bilhões de multas em investimentos de R\$ 4,87 bilhões na rede da operadora, sendo que a Anatel deverá fixar o município e a região em que deverão ser executadas as melhorias.

Processo: 022.280/2016-2 – Relator Bruno Dantas

SUMÁRIO:

REPRESENTAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL).

CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.

COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. DEFINIÇÃO DE REGRAS PARA AJUSTE DE CONDUTA DE

OPERADORAS. **CONVERSÃO DE PASSIVO DE MULTAS DE RESPONSABILIDADE DE**

ENTE REGULADO EM INVESTIMENTOS DIRETOS (COMPROMISSOS ADICIONAIS).

CONHECIMENTO. EXAME DE CLÁUSULAS DE TAC APROVADO PELO CONSELHO

DIRETOR. CÁLCULO DE VALOR DE REFERÊNCIA. IMPROPRIEDADES PARCIALMENTE

AFASTADAS. IRREGULARIDADES E RISCOS IDENTIFICADOS E MANTIDOS.

INDEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. OITIVAS.

CIÊNCIA. MONITORAMENTO.

Processo: 022.280/2016-2 – Relator Bruno Dantas

Para ilustrar, seguem algumas das determinações realizadas pelo TCU à Anatel com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, com relação **a todos os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)** a serem assinados pela agência, inclusive os já aprovados pelo Conselho Diretor, **bem como àqueles que se referem especificamente ao caso da Telefônica:**

Fonte: Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2121%2520ANOACORDAO%253A2017/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em 26 jan. 2023.

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

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

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

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

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

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

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

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

9.4.5. delimite clara e previamente o objeto dos TAC que firmar, por meio de obrigações e projetos definidos em seus aspectos essenciais, específicos e suficientemente completos, vedando-se a alteração unilateral por parte da operadora quanto ao objeto do ajustamento de conduta e dos compromissos adicionais, sem prejuízo de alterações bilaterais e consensuais, devidamente instruídas sob os aspectos técnicos e legais por parte da Anatel, nos termos dos arts. 13, incisos I, II, III e VII, 17 e 18, com seus respectivos incisos e parágrafos, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) , e à luz dos princípios administrativos da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, eficiência, moralidade e segurança jurídica (seção VII.1.3 do voto condutor deste acórdão) ;

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

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

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

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

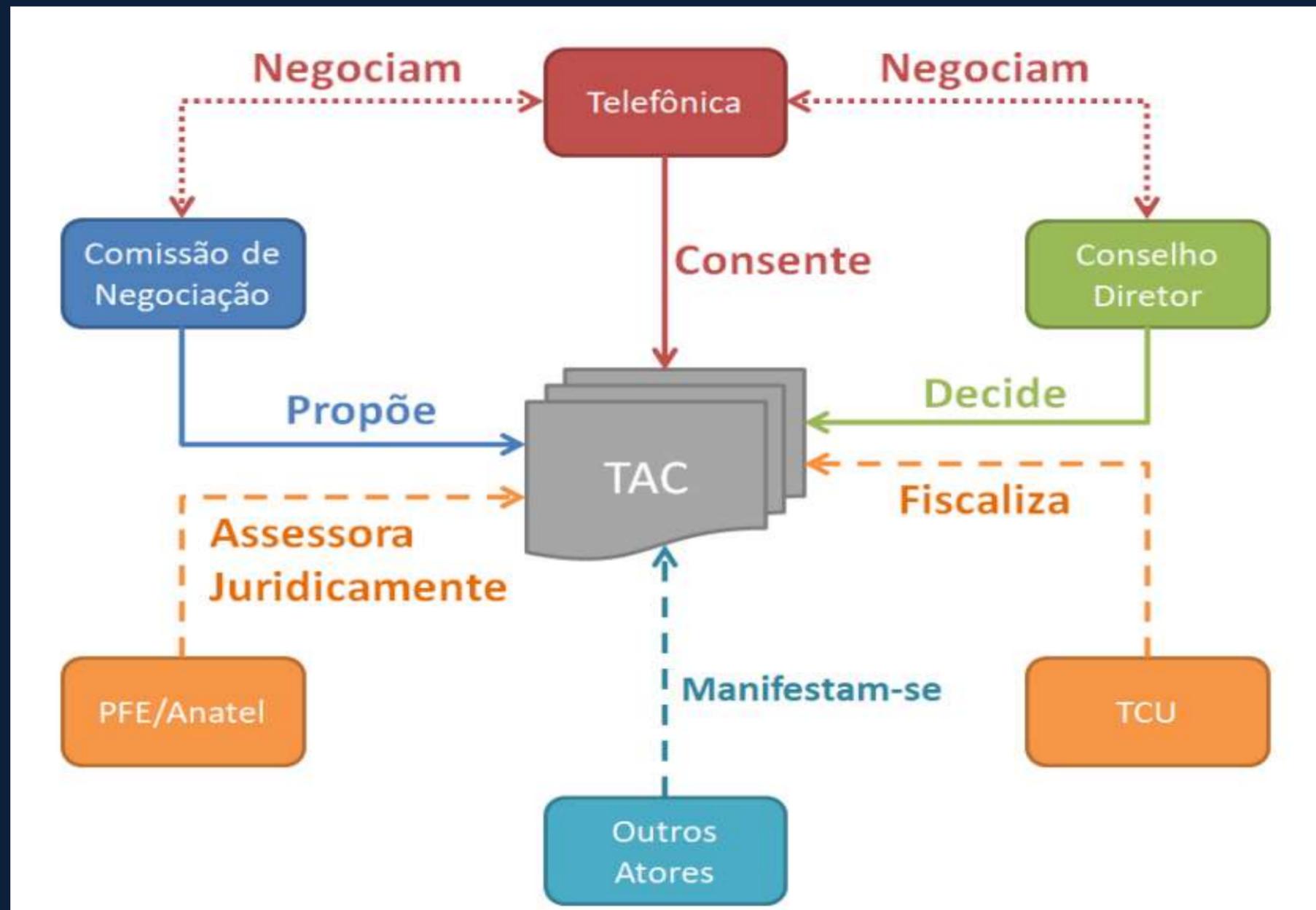
9.4.10. abstenha-se de liberar as garantias relativas ao Editais de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, 1/2007-SPV-Anatel, 2/2012/SPV-Anatel e outros cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, até a comprovação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

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

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

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

- Síntese das negociações Anatel x Telefônica S.A. elaborada por Marcos Vieira Baeta Neves (2018), em sua dissertação de mestrado – IDP:



- **Compromissos adicionais – Res. nº 629/2013 Anatel:**

Art. 18. Além do compromisso de ajustamento da conduta irregular, serão estabelecidos compromissos adicionais que impliquem benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço, das seguintes espécies:

I - execução de projetos, selecionados a partir de rol de opções estabelecidas em Ato a ser editado pelo Conselho Diretor da Anatel, ou propostos pela Compromissária; e,

II - concessão temporária de benefícios diretos a usuários, que poderão se dar, dentre outros, na forma de redução, desconto, crédito, gratuidade em tarifas ou preços de serviços de telecomunicações.

§ 1º Os compromissos adicionais terão delimitados a área geográfica de sua execução e os aspectos dos serviços de telecomunicações sobre os quais incidirão as obrigações assumidas, e poderão dispor, total ou parcialmente, acerca de outros fatos e serviços de telecomunicações não diretamente relacionados às irregularidades constatadas.

Art. 22. Os projetos do [art. 19](#) deverão observar as seguintes diretrizes:

I - atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações;

II - redução das diferenças regionais;

III - modernização das redes de telecomunicações;

IV - elevação dos padrões de qualidade propiciados aos usuários; e,

V - massificação do acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.

5. *LEADING CASE*: TAC CELEBRADO ENTRE ANATEL X TELEFÔNICA S.A. (VIVO)

b) 28/02/2022: celebração do TAC entre a Anatel e a Telefônica Brasil S.A., com vigência de quatro anos.

- Valor de Referência é de R\$ 435 milhões;
- Valor a ser investido para atendimento aos compromissos adicionais, conforme especificado no art. 19, incisos I e II e § 1º do RTAC, correspondente a R\$ 216 milhões;
- Foram admitidos 24 (vinte e quatro) processos sancionatórios que foram arquivados.

Fonte: Disponível em: <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/obrigacoes-contratuais/conheca-os-termos-de-ajustamento-de-conduta-tacs/termo-de-ajustamento-de-conduta-celebrado-com-a-telefonica-brasil-s-a>. Acesso em 27 jan. 2023.

Dos compromissos assumidos pela Telefônica S.A. na celebração do TAC:

A Telefônica deverá realizar uma série de compromissos de melhoria da infraestrutura em sua rede e promover o ajustamento de condutas, como:

- ressarcir usuários conforme Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pados) constantes do TAC;
- promover ações para efetivar o tratamento adequado do ressarcimento aos usuários fora da base e depósito de valores remanescentes ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD);
- implementar aplicação de *Front End* Único que permita maior facilidade de atendimento pelo *call center*;
- implementar procedimentos técnicos na URA;
- ampliar atendimento em canais digitais;
- ampliar atendimento 4G com a implantação de 337 ERBs em 284 municípios;
- ampliar a capacidade 4G com a implementação de 1.204 portadoras em 653 municípios;
- instalar equipamentos que possibilitem o incremento dos padrões de resiliência e latência de rede; e
- atingir metas progressivas do Índice de Qualidade Percebida (IQP) em abrangência nacional e por Unidade da Federação, por meio de pesquisa com os consumidores para efeitos do Regulamento de Qualidade dos serviços de telecomunicações.

Os compromissos adicionais correspondem à implantação de três rotas de *backbone* de fibra ótica na Região Nordeste, interligando 42 municípios – sendo que 25 não possuem conexão de fibra, seis constituem pontas de rotas e outros 11 serão passagem de rotas –, cobrindo mais de 1.400 Km.

6. ANATEL E SOLUÇÃO NEGOCIADA DE DISPUTAS

- Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

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

XVII - compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

- Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019:

Art. 29. No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial.

§ 2º Os atos normativos conjuntos deverão conter regras sobre a fiscalização de sua execução e prever mecanismos de solução de controvérsias decorrentes de sua aplicação, podendo admitir solução mediante mediação, nos termos da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação), ou mediante arbitragem por comissão integrada, entre outros, por representantes de todas as agências reguladoras envolvidas.

MEDIAÇÃO**ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA**

Possibilidade de requerimento de instauração de procedimento de mediação (art. 93, Res. nº 612/2013).

Possibilidade de requerimento de instauração de arbitragem dirigido à Agência (art. 95, Res. nº 612/2013).

Haverá juízo de admissibilidade do requerimento inicial pela autoridade competente (art. 94, I; 96, I, Res. nº 612/2013).

Instaurada a mediação, as partes serão intimadas a comparecer à reunião para tentativa de acordo (art. 94, III, Res. nº 612/2013).

Instaurada a arbitragem, as partes serão intimadas para apresentarem informações e documentos no prazo de 15 dias (art. 96, II, Res. nº 612/2013). Transcorrido mencionado prazo, com ou sem resposta, a autoridade competente poderá designar Reunião de Conciliação (art. 96, III, Res. nº 612/2013).

Alcançado o consenso, as partes celebrarão o Termo de Acordo, que será homologado pela autoridade hierarquicamente superior à autoridade instauradora do processo (art. 94, VII e VIII, Res. nº 612/2013).

Alcançado o consenso, as partes celebrarão o Termo de Acordo, que será homologado à autoridade competente (art. 96, IV, Res. nº 612/2013).

É irrecorrível a decisão que homologa o acordo entre as partes, a qual terá plena validade e vinculará as partes a partir de sua homologação. O descumprimento da decisão mencionada poderá ensejar a instauração de Pado (art. 94, § 3º, Res. nº 612/2013).

É irrecorrível a decisão que homologa o acordo entre as partes, a qual terá plena validade e vinculará as partes a partir de sua homologação (art. 96, § 2º, Res. nº 612/2013).

-

Não alcançado o consenso, a arbitragem administrativa seguirá (art. 96, V, Res. nº 612/2013).

Poderão ser agendadas até 3 reuniões para a tentativa de acordo (art. 94, IX, Res. nº 612/2013).

A autoridade competente proferirá decisão fundamentada, de efeito vinculante (art. 96, VII, Res. nº 612/2013).

Não alcançado acordo, as partes poderão optar pela proposição de procedimento administrativo de resolução de conflitos diverso (art. 94, X, Res. nº 612/2013).

A autoridade competente poderá propor ao Presidente da Anatel a instituição de Comissão de Arbitragem, formada por no mínimo 3 árbitros e presidida pelo árbitro relator (art. 98, Res. nº 612/2013), momento em que serão observadas as regras dispostas pelo art. 99 da Res. nº 612/2013).

7.1. SINALIZAÇÕES FINAIS

- As Agências Reguladoras têm seguido a ótica da Regulação Responsiva, no intuito de incentivar soluções dialógicas antes de qualquer litígio, a fim de não serem **proferidas decisões inexecuíveis**;

7.2. SINALIZAÇÕES FINAIS

- O **uso adequado do consensualismo** no âmbito decisório de uma Agência Reguladora **intensifica sua capacidade regulatória**, facilitando o cumprimento da decisão por parte do ente regulado, que se sente muito mais incluído na atividade desenvolvida. Desse modo, é possível garantir maior exequibilidade (*enforcement*) para as decisões;
 - Estudo da CGU em parceria com o Escritório das Nações Unidas de Serviços para Projetos, UNOPS, a respeito da avaliação da capacidade institucional para regulação em agências reguladoras da área de infraestrutura do Brasil, concluiu que existem possibilidades para a melhoria regulatória, como a necessidade de intensificar as discussões em câmaras técnicas intersetoriais que abordem assuntos transversais aos diversos setores e reguladores, como AIR e gestão de riscos.

Fonte: GONÇALVES, R. C. .; BANDEIRA, M. L.; CORRÊA FILHO, C. R. R. .; SANTOS, M. M. dos . Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação no Brasil: resultados e perspectivas. Revista da CGU, [S. l.], v. 13, n. 24, p. 195–206, 2021. DOI: 10.36428/revistadacgu.v13i24.444. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/444. Acesso em: 30 jan. 2023.

7.3. SINALIZAÇÕES FINAIS

- As normativas da Anatel estão abrindo novas possibilidades de resolução de controvérsias, visando a segurança do interesse público e primando pelo desenvolvimento econômico-sustentável, como é o caso do TAC;

7.4. SINALIZAÇÕES FINAIS

- Razões pelas quais o TAC tem se mostrado um interessante método para a solução de conflitos no âmbito das Anatel:
 - Solicitação a qualquer tempo;
 - Não importa em confissão;
 - Possibilidade de desenhar a melhor negociação para o caso concreto;
 - Incentivo às empresas: suspensão dos Pados por 14 (catorze) meses e possível reversão das multas em investimento em melhoria do serviço, de modo que a empresa se compromete a investir em áreas economicamente de menor interesse ou na implementação de políticas públicas;
 - Redução da litigiosidade, ao passo que promove a melhoria dos serviços prestados pelas empresas de Telecomunicações.

7.4. SINALIZAÇÕES FINAIS

- O processo de negociação entre a Reguladora e a Compromissária é construído caso a caso, mas em observância ao regime jurídico-administrativo, sem retirar a capacidade regulatória das agências, mas intensificando-a ao passo que garante seu *enforcement*.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, **Lei 9.472 – Lei Geral de Telecomunicações**. Brasília: 1997.

BRASIL, Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 612**. Brasília: 29 de abril de 2013.

BRASIL, Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 629**. Brasília: 16 de dezembro 2013.

BRASIL, **Lei 13.848 – Lei Geral das Agências Reguladoras**. Brasília: 2019.

CARNAES, Mariana. **Compromisso de Ajustamento de Conduta e Eficiência administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARNAES, Mariana. Breve reflexão sobre a regulação responsiva. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-20/artx-publico-pragmatico-breve-reflexao-regulacao-responsiva>. Acesso em 30 jan. 2023.

GONÇALVES, R. C. .; BANDEIRA, M. L.; CORRÊA FILHO, C. R. R. .; SANTOS, M. M. dos . Avaliação da Capacidade Institucional para Regulação no Brasil: resultados e perspectivas. Revista da CGU, [S. l.], v. 13, n. 24, p. 195–206, 2021. DOI: 10.36428/revistadacgu.v13i24.444. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/444. Acesso em: 30 jan. 2023.

NEVES, Marcos Vieira Baeta. **Obstáculos à elaboração do termo de ajustamento de conduta na agência nacional de telecomunicações – Anatel estudo de caso do TAC da telefônica**. 2018. 129 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br//handle/123456789/3040>. Acesso em 26 jan. 2023.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Pragmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. *In*: MOREIRA, Antonio Judice et al. **Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020, v. 1, p. 103-114.

MUITO OBRIGADO.

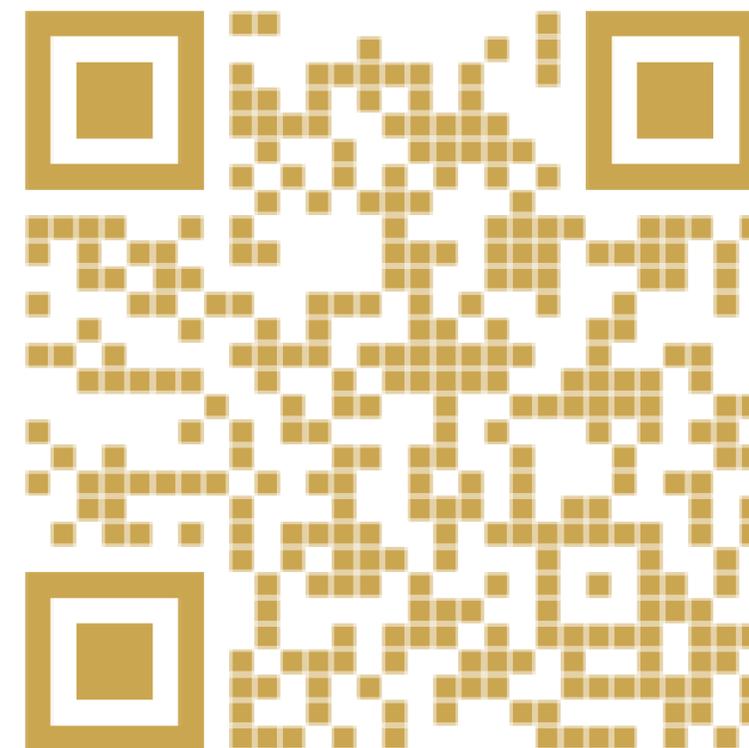


+55 11 3525 7274

gustavo@justinodeoliveira.com.br

escritorio@justinodeoliveira.com.br

Alameda Lorena, 800 | Conj. 702, Jardim Paulista. São Paulo | SP



www.justinodeoliveira.com.br

Nossos canais

