

VOTO Nº 1/2021/CB

Processo nº 53500.016759/2019-58

Interessado: Superintendência de Controle de Obrigações

CONSELHEIRO

CARLOS MANUEL BAIGORRI

1. ASSUNTO

1.1. Proposta de alteração da Metodologia de Cálculo do Valor Base das Sanções de Multa relativa a Infrações a Direitos e Garantias dos Usuários, aprovada pela Portaria nº 791, de 26 de agosto de 2014.

2. EMENTA

METODOLOGIA DE CÁLCULO DO VALOR BASE DAS SANÇÕES DE MULTA RELATIVA A INFRAÇÃO DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS (MDGU). PROPOSTA DE ALTERAÇÃO. SUBMISSÃO PROPOSTA À CONSULTA PÚBLICA.

2.1. Proposta de alteração da Metodologia de Cálculo do Valor Base das Sanções de Multa relativa a Infrações a Direitos e Garantias dos Usuários (MDGU), aprovada pela Portaria nº 791, de 26 de agosto de 2014.

2.2. Matéria apresentada pelo Relator ao colegiado na Reunião nº 893, nos termos de sua Análise nº 269/2020/EC (SEI nº 6211596). Pedido de vista.

2.3. Aprovar proposta de Consulta Pública com ajustes feitos no presente Voto.

3. REFERÊNCIA

3.1. Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013.

3.2. Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, que aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (Rasa).

3.3. Metodologia de Cálculo do Valor Base das Sanções de Multa relativa a Infrações a Direitos e Garantias dos Usuários (MDGU), aprovada pela Portaria nº 791, de 26 de agosto de 2014.

3.4. Análise nº 269/2020/EC (SEI nº 6211596).

4. RELATÓRIO

DOS FATOS

4.1. Trata-se de proposta de alteração da Metodologia de Cálculo do Valor Base das Sanções de Multa relativa a Infrações a Direitos e Garantias dos Usuários (MDGU), aprovada pela Portaria nº 791, de 26 de agosto de 2014.

4.2. O histórico pormenorizado deste processo, ao qual se remete a leitura, encontra-se descrito na Análise nº 269/2020/EC (SEI nº 6211596), de relatoria do Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira.

4.3. Durante a Reunião nº 893 deste Colegiado, realizada em 26 de novembro de 2020, o eminente Conselheiro Relator, após promover ajustes na proposta original, propôs *submeter à Consulta Pública, pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, proposta de Resolução Interna que dispõe*

sobre a metodologia de cálculo do valor base das sanções de multa relativa a descumprimentos a direito dos Usuários, nos termos da minuta SEI nº 6212881.

4.4. Naquela oportunidade, solicitei vistas dos autos do processo em epígrafe, com fundamento no art. 15 do Regimento Interno da Anatel, aprovado mediante a Resolução nº 612/2013.

4.5. É o breve relato.

ANÁLISE

4.6. Preliminarmente, cumpre esclarecer que muito embora o Voto em tela não tenha o condão de confrontar a proposição central contida na Análise do eminente Conselheiro Relator, pretende-se preencher lacunas identificadas, vez que algumas questões relacionadas à matéria carecem de endereçamento por parte desse Colegiado.

Da proposta de alteração da metodologia apresentada pela Área Técnica

4.7. Conforme detalhadamente exposto na Análise nº 269/2020/EC (SEI nº6211596), a Superintendência de Controle de Obrigações (SCO), tendo observado limitações decorrentes da aplicação prática da metodologia de cálculo de multas aprovada para sancionar as prestadoras de serviços de telecomunicações nos casos de infrações aos direitos e garantias dos usuários, apresentou proposta de alteração pontual da metodologia vigente, de modo a dar tratamento aos problemas apresentados, nos termos do Informe nº 286/2019/CODI/SCO (SEI nº 4087354).

4.8. Em suma, a proposta sugere uma alteração nos fatores da fórmula, que consiste em substituir as variáveis (U_a/U_t) pelos fatores denominados de (i) relevância da conduta ("Rel") e (ii) abrangência da infração ("Abg"), descritos pela área técnica nos seguintes termos:

3.43. O fator relevância da conduta (Rel) traduzirá efetivamente a proporção da irregularidade ou porcentagem da irregularidade dentro do universo examinado pela fiscalização. Ou seja, para infrações constatadas por meio de fiscalização censitária, o Rel será correspondente ao produto do número de casos efetivamente irregulares sobre o total de casos apontados pelos fiscais. Já no caso de fiscalização amostral, será correspondente à proporção de casos irregulares dentro da amostra colhida pelo fiscal, nos termos da Portaria nº 959/2012.

3.44. Por sua vez, o fator Abg será proporcional à área geográfica em que houver constatação de cometimento da infração pela prestadora, modulando a multa conforme o espaço de desenvolvimento da conduta. Assim, a sanção será coerente com o número de regiões geográficas em que se identificou o descumprimento da norma, tendo em vista a disseminação da infração pelo território nacional. Registra-se que o conceito de região geográfica adotado aqui é a divisão do Brasil em cinco regiões: Centro-oeste, Nordeste, Norte, Sudeste e Sul. (**grifos**)

4.9. Nos termos propostos, a fórmula de cálculo a ser adotada para as infrações a direitos e garantias dos usuários passaria a ser a seguinte:

$$V_{Base} = Rel \times Abg \times (Fator_{DT}) \times \left(\frac{1}{FG}\right) \times V_{Ref}$$

4.10. Quanto à proposta advinda da Área Técnica, entendeu o Conselheiro Relator que as alterações da metodologia apresentadas não solucionariam a questão levantada, uma vez que, mesmo com a introdução dos fatores "rel" e "abg", manter-se-ia a citada limitação da ponderação da sanção de infrações sistêmicas ou procedimentais atribuída ao uso do parâmetro U_a/U_t .

4.11. Sobre o tema, a Análise do Relator assim se posicionou:

4.24. Ainda que se considere que o referido fator juntamente com o fator "Abg" possibilita ponderar a infração sistêmica ou procedimental por considerar a área geográfica em que houve constatação de cometimento da infração pela prestadora, deve-se notar que tal ponderação já é feita na Receita Operacional Líquida (ROL) utilizada para o cálculo do valor da

sanção nos termos da metodologia vigente.

4.25. Ao se considerar duplamente a abrangência da fiscalização para fins de sancionamento, acaba-se por reduzir injustificadamente a sanção a ser imposta, cabendo ressaltar que o que se busca no estabelecimento das sanções de natureza pecuniária é que tenha um caráter educativo de modo a inibir a prática de infrações. Assim, a metodologia proposta deve buscar estabelecer as multas em um montante suficiente para desestimular tais ações, de modo a incentivar a adequada prestação dos serviços.

4.26. Ademais, não se pode deixar de considerar que ao tentar solucionar os casos referentes a infrações sistêmicas, com a utilização do fator "Rel" pode-se gerar um aumento dos valores das multas e uma desproporcionalidade entre as sanções das infrações que podemos denominar "pontuais".

4.27. É comum observar dentro de um mesmo Processo de Apuração de Descumprimento de Obrigação (PADO) a adoção de tamanhos de amostra distintos. Bem como, pode-se utilizar para uma mesma infração um tamanho amostral diferente para fins de apuração do feito, a depender do tamanho da fiscalização.

4.28. Como o número de casos observados pela fiscalização pode variar, mesmo para infrações de mesma natureza, o valor atribuído ao "Rel" e conseqüentemente o valor da multa também variará para a mesma infração em função do tamanho da amostra utilizada.

4.29. Tal fato pode implicar na desproporcionalidade das multas aplicadas, pois, conforme se depreende do exposto no Informe nº 286/2019/CODI/SCO (SEI nº4087354), o valor do fator "Rel" a ser utilizado no cálculo da sanção será consideravelmente maior nos casos em que forem fiscalizados poucos casos.

4.30. Ou seja, embora o fator "Rel", em conjunto com o fator "Abg" reduza o resultado para as infrações de natureza sistêmica, considero que o efeito gerado nas demais infrações, denominadas "pontuais", não justifica a mudança proposta, ainda que estas não representem o maior percentual no valor total de multas aplicadas.

4.12. Desse modo, o ilustre Conselheiro Relator opinou por não acatar a proposta de alteração da metodologia apresentada no Informe nº 286/2019/CODI/SCO (SEI nº4087354), mantendo-se o parâmetro " U_a/U_t " nos termos da Portaria nº 791, de 26 de agosto de 2014.

Da proposta de alteração da metodologia apresentada pelo Conselheiro Relator

4.13. Conforme trazido pelo Conselheiro Relator da matéria, considerou-se importante realizar aprimoramentos no Anexo da Portaria de sanção, de modo a tornar mais claro os valores a serem considerados em cada um dos elementos da fórmula, em especial quanto aos usuários atingidos nos casos de infrações sistêmicas, nos termos da minuta anexa à referida Análise (SEI nº 6212881).

4.14. Além disso, foram propostas alterações pontuais nos fatores Dano (D) e Tempo (T) da fórmula, de maneira a possibilitar que os mesmos impactem de forma mais significativa na sanção a ser aplicada.

4.15. Nos termos propostos, a fórmula de cálculo a ser adotada para as infrações a direitos e garantias dos usuários passaria a ser a seguinte:

$$V_{Base} = \left(\frac{U_a}{U_T} \right)^{0,5} \times D \times T \times \left(\frac{1}{FG} \right) \times V_{Ref}$$

4.16. As alterações propostas para o fator "Dano" encontram-se materializadas na minuta de Resolução Interna apresentada pelo Conselheiro Relator (SEI nº6212881), podendo ser assim resumidas:

a) atribuição de um valor único por conduta;

b) separação em itens distintos das condutas que tinham "ou" para atribuição do valor único;

c) exclusão das condutas (i) *Negativa de atendimento*, (ii) *Omissão de informação* e (iii) *Informação errônea ou que induza o usuário a erro*, por estarem abrangidas por outras condutas; e

d) agrupamento das condutas (i) *oferta discriminatória*, (ii) *desrespeito a regras de sigilo* e (iii) *venda casada* com outras condutas existentes.

4.17. A tabela abaixo reproduz a referida proposta para o fator Dano (D):

	Conduta	1	2	3	4	5	10
a)	Lesão à integridade física						x
b)	Ameaça à integridade física					x	
c)	Danos materiais, inclusive cobrança indevida ou venda casada					x	
d)	Infração sem prejuízo perceptível ao usuário	x					
e)	Impedimento à fruição do serviço sem culpa do Usuário				x		
f)	Dificuldade à fruição do serviço sem culpa do Usuário			x			
g)	Desrespeito a regras de sigilo			x			
h)	Inserção indevida em cadastros de devedores				x		
i)	Impedimento para o exercício de direito			x			
j)	Dificuldade para o exercício de direito		x				

4.18. Ademais, foi proposto ajuste nos valores atribuídos ao fator Tempo (T), conforme tabela abaixo:

Tempo	
0,2	Até 1 dia
0,25	De 1 dia a 30 dias
0,3	Entre 30 dias e 6 meses
0,35	Entre 6 meses e 1 ano
0,4	Mais de um ano

4.19. Desta feita, o ilustre Conselheiro Relator finaliza sua Análise propondo submeter à Consulta Pública, pelo prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, proposta de Resolução Interna que dispõe sobre a metodologia de cálculo do valor base das sanções de multa relativa a descumprimentos a direito dos Usuários, nos termos da minuta SEI nº 6212881.

Das considerações por parte deste Conselheiro

4.20. Consoante os fundamentos apresentados no Informe nº 286/2019/CODI/SCO (SEI nº 4087354), a área técnica propôs, em síntese, a substituição das variáveis U_a (usuários afetados pela infração) e U_t (total de usuários da base da Prestadora), presentes na fórmula atualmente em vigor, pelos fatores "Rel" (relevância da conduta) e "Abg" (abrangência da infração), mantendo-se inalterada todas os demais elementos.

4.21. A área técnica destaca que esta variável U_a/U_t acaba sendo o elemento preponderante para a ponderação da capacidade econômica da infratora, mas que ela não tem se mostrado adequada para as infrações sistêmicas. Isto porque, neste tipo de infração, como são atribuídos números equivalentes aos usuários atingidos (U_a) e aos usuários totais (U_t), a variável resulta no número 1, o que, aliado à pouca variação dos demais componentes da fórmula, reduz as possibilidades de ponderação entre as diversas condutas sistêmicas. Vejamos:

Informe nº 286/2019

(...)

3.12. No cálculo da multa trazido pela MDGU, a caracterização de uma infração como sistêmica se traduz na atribuição de números equivalentes aos usuários atingidos (UA) e aos usuários totais (UT), de forma que a divisão daquele por este resulte no número 1.

3.13. Já nas infrações pontuais, ao se aplicar a mesma fórmula, teremos um resultado menor que 1, uma vez que o número de UA será necessariamente menor que o de UT, o que denotaria uma infração de menor potencial ofensivo.

3.14. Em outras palavras, no cálculo da multa a ser aplicada em razão de conduta infracional sistêmica da prestadora, deve ser desconsiderado o número efetivo de UA e UT, utilizando-se sempre o maior resultado possível para o fator, qual seja, 1 (um).

3.15. Assim, nas infrações sistêmicas, a Administração tem pouca liberdade para ponderar as condutas sistêmicas entre si.

4.22. Quanto aos apontamentos trazidos pela área técnica, entendo cabíveis algumas considerações.

4.23. Há no Conselho Diretor o entendimento consolidado no sentido de que uma conduta deve ser considerada "sistêmica" quando se revela por meio de um procedimento preestabelecido, que não ocorre de modo pontual em face de um usuário específico. A irregularidade atinge, ainda que potencialmente, a esfera jurídica de outros usuários que se encontram na mesma situação. Cite-se, por exemplo, um *script* de atendimento que contenha informações equivocadas. Tal documento seria utilizado quando da prestação de informações aos usuários da prestadora, sem qualquer distinção. Estar-se-ia diante de uma infração sistêmica, cujo "sujeito passivo" seria uma "coletividade" a ser definida conforme as especificidades do caso concreto (ex.: usuários do plano específico descrito no *script*). Em contraposição, uma "infração pontual" seria aquela na qual o *script* estaria correto, mas o(a) atendente prestou esclarecimentos errôneos a um certo usuário.

4.24. É de se destacar, ademais, que o caráter procedimental de uma conduta sistêmica não afasta a variável "usuários atingidos" da fórmula de cálculo de multa. Essa variável existe e refere-se ao grupo de usuários atingidos pela irregularidade. É possível que uma infração sistêmica atinja toda a base de assinantes de uma prestadora, como no caso de inexistência de centro de atendimento telefônico (*call center*), ou apenas uma certa coletividade, que tenha em comum uma mesma situação jurídica, como, por exemplo, assinantes de um dado plano de serviço cujo contrato de adesão contenha uma cláusula abusiva.

4.25. Nesse mesmo sentido já se manifestou a PFE/Anatel, por meio do Parecer nº 00565/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI nº 1726276):

"14. Embora não se tenha firmado um conceito normativo, a conduta sistêmica leva em conta antes de tudo a natureza da infração e a possibilidade de, em uma relação de consumo de massa, o fornecedor adotar medidas de caráter procedimental que, potencialmente, afetariam os consumidores indiscriminadamente. Daí que não se faz necessária que a fiscalização faça a constatação concreta, em cada relação prestadora versus usuário, da infração, uma vez que a conduta em si repercute em todos os consumidores protegidos por determinado comando normativo.

15. Pode-se exemplificar com a hipótese de descumprimento do art. 15, §8º da Resolução nº 477/2005 (embora o dispositivo tenha sido revogado e substituído pelo art. 26 do RGC). Ora, se resta comprovado que a prestadora tem por conduta empresarial não realizar qualquer gravação das chamadas telefônicas efetuadas ao Centro de Atendimento, não se faz necessário que se realize essa constatação em todos os casos. Entende-se, nessas hipóteses, que a conduta da prestadora espraia-se por todo o universo de usuários que aquela norma específica objetivou proteger, o que não se confunde, por certo e necessariamente, com todos os usuários da prestadora.

16. Um outro claro exemplo de infração sistêmica que poderia ser mencionado é a existência de um contrato-modelo de prestação do SMP que desatende a legislação. Ora, se o contrato estruturado pela prestadora encontra-se dissonante com os comandos normativos, é de se supor que essa avença foi replicada para todas as contratações realizadas, sem que seja necessário que a fiscalização requeira da prestadora o envio de todos os contratos para juntada no PADO.

17. É necessário, portanto, essencialmente, avaliar: 1) a natureza da infração; e 2) se a conduta da prestadora é procedimental, isto é, geral e abstrata, aplicada a todas as hipóteses como regra.

(...)

19. Não há, conseqüentemente, relação necessária e lógica entre o número de usuários atingidos e a qualificação da infração como sistêmica. É possível uma infração não sistêmica atingir um número expressivo de usuários, como no exemplo acima. O contrário, no entanto, via de regra, é verdadeiro. As infrações sistêmicas, até pela natureza do serviço de massa, impactam um número elevado de consumidores.

20. Assim, em contraponto às infrações pontuais, que podem ser caracterizadas por uma situação, digamos, localizada, incapaz, na maioria dos casos, de alcançar número expressivo dos usuários da prestadora, temos as infrações de natureza sistêmica ou procedimental.

21. Veja-se que não se trata de conclusão advinda de uma fiscalização que objetiva extrair os dados de critérios estatísticos. Não é isso. A questão é conceitual. Parte-se do pressuposto, como no exemplo acima, que, se a fiscalização constatou a inexistência de um sistema de gravação das interações entre os usuários e a prestadora, não houve, por decorrência lógica, nenhum registro obrigatório para qualquer das chamadas ao Centro de Atendimento. A questão é antecedente. O que se comprova é que a conduta estabelecida como regra geral pela prestadora (no caso concreto: a opção de não dispor de um sistema de gravação de chamadas), aliada a natureza da infração, propaga-se para todo o universo de usuários. Por conseguinte, a conclusão por sistêmica não se atinge pela fiscalização de todas as ligações telefônicas travadas com o consumidor (no exemplo citado acima), mas pela constatação que a prestadora tem por orientação geral e abstrata não seguir a determinação legal.

22. Desta forma, incorre em erro de premissa a Prestadora quando afirma que não houve infração sistêmica: a) pela ausência de prejuízo aos usuários ou vantagem auferida; b) pela infração não ter atingido toda a base de clientes da prestadora.

23. A infração sistêmica pode não gerar qualquer prejuízo financeiro direto ao usuário, como no caso apontado de não gravação das chamadas entre usuário e prestadora."

24. Ademais, como já salientamos, não há relação necessária entre infração sistêmica e repercussão da infração em toda a base de clientes da prestadora. É possível que uma infração sistêmica fique confinada e restrita a um segmento de consumidores que se utilizam de determinado serviço da prestadora, como o TIM Connect Fast. Essa vinculação, portanto, entre toda a base de clientes da prestadora e a qualificação da infração como sistêmica se mostra equivocada". (destacou-se)

4.26. Vale também registrar a existência de precedentes deste Conselho Diretor nesse sentido:

ACÓRDÃO Nº 490, DE 12 DE SETEMBRO DE 2019

"Processo nº 53528.003479/2007-38

Recorrente/Interessado: OI S.A.

CNPJ nº 76.535.764/0001-43

Conselheiro Relator: Anibal Diniz

Fórum Deliberativo: Reunião nº 875, de 5 de setembro de 2019

EMENTA

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. PADO. DESCUMPRIMENTO DE DISPOSITIVOS DO REGULA DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO. NATUREZA PROCEDIMENTAL DAS INFRAÇÕES ARTS. 82, § 1º, E 98, PARÁGRAFO ÚNICO, DO RSTFC/2005. NÚMERO DE USUÁRIOS ATINGIDOS PELA OFENSA AO ART. 82, § 1º, DO RSTFC/2005 UTILIZADO COMO FATOR DE PONDERAÇÃO NA DOSIMETRIA DA SANÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO ART. 98, PARÁGRAFO ÚNICO, RSTFC/2005. PENA CORRESPONDENTE AO DOBRO DA VANTAGEM AUFERIDA. PRINCÍPIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DEVIDAMENTE ATENDIDOS. NECESSIDADE DE AGRAVAMENTO DA PENA, CONFORME ART. 15, INCISO IV, DO RASA/2003. APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 16 DO RASA/2003. POSSIBILIDADE DE REFORMA DE OFÍCIO. FÓRUM DE RECONSIDERAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DETERMINAÇÕES À SUPERINTENDÊNCIA DE CONTROLE DE OBRIGAÇÕES (SCO).

1. Pedido de Reconsideração, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face do Despacho nº 2.954/2013-CD, de 13 de maio de 2013, que reformou o Despacho nº 7.224/2009, de 9 de outubro de 2009, para: (i) majorar a sanção de multa de R\$ 6.889.274,40 (seis milhões, oitocentos

e oitenta e nove mil, duzentos e setenta e quatro reais e quarenta centavos) para R\$ 10.333.911,60 (dez milhões, trezentos e trinta e três mil, novecentos e onze reais e sessenta centavos), em virtude da caracterização da ofensa ao art. 98, parágrafo único, do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado (RSTFC/2005), aprovado pela Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005; e (ii) determinar à Prestadora: (a) a devolução de valores cobrados indevidamente; e (b) a cessação da prática irregular.

2. Nem toda infração procedimental tem a capacidade de atingir a integralidade da base de usuários da Prestadora, sendo possível que seus efeitos se restrinjam a determinados segmentos de usuários. No caso concreto, a ofensa ao art. 82, § 1º, atingiu todos os clientes de serviços de terceiros, serviços adicionais, Cobiliing e Ruralcel da Prestadora, na abrangência da fiscalização. Já o descumprimento ao art. 98, parágrafo único, teve seu potencial ofensivo restrito aos usuários que não solicitaram o serviço, foram por eles indevidamente cobrados e não receberam a restituição na forma regulamentar. (...)" (destacou-se)

ACÓRDÃO Nº 31, DE 11 DE FEVEREIRO DE 2020

"Processo nº 53500.014190/2012-10

Recorrente/Interessado: OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL

CNPJ nº 76.535.764/0001-43

Conselheiro Relator: Vicente Bandeira de Aquino Neto

Fórum Deliberativo: Reunião nº 881, de 6 de fevereiro de 2020

EMENTA

RECURSO ADMINISTRATIVO. PADO. DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS. REGULAMENTO DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO (RSTFC/2005). INFRAÇÕES AOS ARTS. 37 E 40 DO RSTFC/2005 C/C CLÁUSULA 11.3 DO CONTRATO DE CONCESSÃO E AO ART. 107 DO LGT. MATERIALIDADE NÃO CONFIRMADA. DESCARACTERIZAÇÃO. INFRAÇÃO AO ART. 11, INCISOS VII e X, DO CDC. NECESSIDADE DE RETIFICAÇÃO DE ENQUADRAMENTO E DA CLASSIFICAÇÃO QUANTO À NATUREZA E GRAVIDADE. INFRAÇÃO PONTUAL DE GRAU MÉDIA. METODOLOGIA ADEQUADA AO RASA/2012. NECESSIDADE DE REVISÃO DOS FATORES "UA" E "UT" APLICADOS PARA O CÁLCULO DAS MULTAS PELAS INFRAÇÕES AOS ARTS. 11, VII e X, DO RSTFC/2005 C/C ART. 6º, INCISOS II, III e IV, DO CDC; 40, § 1º, E 11, INCISO XVII DO RSTFC/2005 E ART. 3º, INCISO XII, DA LGT C/C ART. 6º, INCISO VI, DO CDC. NECESSIDADE DE REVISÃO DO FATOR "FG" DO CÁLCULO DA MULTA RELATIVO AO ART. 11, INCISOS VII E X DO RSTFC/2005 C/C ART. 6º INCISOS II, III E IV, DO CDC. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES CORRETAMENTE CONSIDERADAS. ESTABELECIMENTO DE VALORES MÍNIMOS PELA AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REFORMATIO IN MELLIUS. RECURSO ADMINISTRATIVO CONHECIDO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Recurso Administrativo interposto em face de decisão que aplicou sanção pecuniária no valor de R\$ 9.097.234,38 (nove milhões, noventa e sete mil, duzentos e trinta e quatro reais e trinta e oito centavos), por infrações ao Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado (RSTFC/2005), aprovado pela Resolução nº 426, de 9 de dezembro de 2005, e à Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor - CDC).

2. A oferta temporária não é proibida pela Agência e não importa em tratamento discriminatório, posto não serem levadas em consideração quando da análise da solicitação de adesão, condições subjetivas ou pessoais do usuário, mas tão somente a data de solicitação da adesão ao plano de serviço. Descaracterização da ofensa ao art. 37 do RSTFC/2005.

3. Não há informação nos autos quanto à ausência de comunicação do Plano "Fale 230" à Anatel, nem quanto à intempetividade ou qualidade de tal comunicação. Não subsunção do fato à norma prevista no art. 41 do RSTFC/2005.

4. Configura erro material o enquadramento da conduta descrita como "alteração de plano de serviço do usuário sem seu prévio conhecimento e consentimento" no art. 11, incisos VII e X, do CDC. Tal prática corresponde à ofensa ao art. 11, incisos VII e X, do RSTFC/2005. Necessidade de se retificar aludida tipificação.

5. A infração sistêmica consubstancia a conduta procedimental que vai de encontro à norma estabelecida e que afeta a esfera jurídica de uma coletividade não empiricamente verificada, mas revelada por meio de deduções seguras. Tal coletividade pode ser composta por parte ou pela totalidade dos usuários de uma prestadora, conforme as especificidades do caso concreto.

6. A conduta descrita como alteração de plano básico de serviço dos usuários do STFC para o "Plano Fale 230", sem prévio consentimento ou conhecimento da alteração e das condições de contratação e prestação do serviço, tipificada nos arts. 11, incisos VII e X, c/c art. 6º, incisos II, III e

IV, do CDC, atingiu apenas 35 (trinta e cinco) usuários migrados do "Plano Básico" para o "Plano Fale 230", em relação aos quais se detectou falha na informação quanto às condições da nova contratação.

7. A caracterização da ofensa ao art. 40, § 1º, c/c art. 11, inciso XVIII, do RSTFC/2005 deu-se pela constatação de que a Prestadora tornava disponível serviços adicionais de Prestação, Utilidade ou Comodidade (PUC's) aos assinantes do "Plano Fale 230" de forma obrigatória e sem autorização expressa. De tal modo, o universo de usuários atingidos pela irregularidade restringe-se aos assinantes do referido plano, que, no caso dos autos, corresponde ao total de 850.000 (oitocentos e cinquenta mil). O mesmo segmento de usuários foi atingido pela cobrança de tais facilidades.

8. A metodologia aprovada pela Portaria nº 791, de 26 de agosto de 2014, empregada para o cálculo das multas aplicadas nestes autos, considera os parâmetros estabelecidos no art. 10 do Regulamento para Aplicação de Sanções Administrativas (RASA/2012), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012.

9. O número de usuários atingidos pelas irregularidades deve corresponder ao Fator "Ua" da fórmula de cálculo das multas, sendo que o Fator "Ut" deve refletir o número de usuários totais do STFC da Prestadora, na abrangência e período fiscalizados pela Agência. Necessidade de se recalcular a sanção, considerando-se tais parâmetros. (...) (destacou-se)

4.27. Desse modo, diante da relevância do tema sobre as condutas sistêmicas, assim compreendidas aquelas que envolvem falhas nos procedimentos adotados pela Prestadora, podendo atingir um segmento de seus usuários (ex.: assinantes de um plano) ou até mesmo toda a base da empresa (ex.: inexistência de call center), **proponho** realizar ajustes pontuais no texto da minuta de Resolução Interna, trazendo para o cálculo da sanção as particularidades do caso concreto.

4.28. Outro ponto da Análise nº 269/2020/EC que merece destaque refere-se aos novos parâmetros definidos para os fatores Dano (D) e Tempo (T) da fórmula.

4.29. Nos termos propostos pelo Relator, para o fator dano (D) houve a **exclusão** das condutas (i) Negativa de atendimento, (ii) Omissão de informação e (iii) Informação errônea ou que induza o usuário a erro, por estarem abrangidas por outras condutas; e o **agrupamento** das condutas (i) oferta discriminatória, (ii) desrespeito a regras de sigilo e (iii) venda casada com outras condutas existentes.

4.30. De início, observo que a listagem de condutas merece ser revista, uma vez que, ao contrário do que consta da Análise, as opções "oferta discriminatória" e "desrespeito a regras de sigilo" não estão "agrupadas" a outras condutas existentes na Tabela de referência. Vejamos:

	Conduta	1	2	3	4	5	10
a)	Lesão à integridade física						x
b)	Ameaça à integridade física					x	
c)	Danos materiais, inclusive cobrança indevida ou venda casada					x	
d)	Infração sem prejuízo perceptível ao usuário	x					
e)	Impedimento à fruição do serviço sem culpa do Usuário				x		
f)	Dificuldade à fruição do serviço sem culpa do Usuário			x			
g)	Desrespeito a regras de sigilo			x			
h)	Inserção indevida em cadastros de devedores				x		
i)	Impedimento para o exercício de direito			x			
j)	Dificuldade para o exercício de direito		x				

4.31. Quanto à conduta relativa à "oferta discriminatória", entendo que esta melhor se enquadre na hipótese de "impedimento para o exercício de direito" prevista no item "i" da Tabela acima. Por certo, a veiculação de ofertas e publicidades que não privilegiam o direito de escolha dos consumidores enseja tratamento desigual, em flagrante ofensa aos deveres de isonomia e da não discriminação do usuário. Logo, em que pese o Conselheiro Relator fazer referência ao agrupamento desta conduta, entendo que o mais apropriado seja a sua exclusão da Tabela de referência.

4.32. Já sobre a conduta atinente a "desrespeito a regras de sigilo", considero que

esta deva ser mantida na Tabela de referência por tratar-se de ação autônoma e passível de ponderação na fórmula. Nesse ponto, vale registrar que a listagem de condutas permanecerá inalterada, vez que as divergência ora apontada se restringiu aos termos da Análise.

4.33. Adicionalmente, com vistas a deixar mais proporcional os valores de multa, **proponho**, ainda, realizar ajuste nos valores atribuídos ao fator Tempo (T), conforme tabela abaixo:

Tempo	
0,10	Até 1 dia
0,15	De 1 dia a 30 dias
0,20	Entre 30 dias e 6 meses
0,25	Entre 6 meses e 1 ano
0,30	Mais de um ano

4.34. Quanto à necessidade de realização de Consulta Pública em razão da proposta de alteração na Portaria nº 791/2014, manifesto minha concordância com a proposta trazida pela Conselheiro Relator, por considera-la conveniente e oportuna. Assim, proponho submeter a proposta de alteração da metodologia nos termos constante dessa matéria aos comentários da sociedade, com os acréscimos por mim apresentados nesse Voto.

5. CONCLUSÃO

5.1. Por todo o exposto, acompanho os termos da Análise nº 269/2020/EC (SEI nº6211596), com os acréscimos relativos à infrações sistêmicas e alterações nos parâmetros Dano (D) e Tempo (T), além de ajustes pontuais para aprimoramento e clareza do conteúdo, nos termos do presente Voto e Minuta de Resolução (SEI nº 6569582).



Documento assinado eletronicamente por **Carlos Manuel Baigorri, Conselheiro**, em 25/02/2021, às 19:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 23, inciso II, da [Portaria nº 912/2017](#) da Anatel.



A autenticidade deste documento pode ser conferida em <http://www.anatel.gov.br/autenticidade>, informando o código verificador **6452798** e o código CRC **7F81ED45**.