

São Paulo, 2 de setembro de 2010

A

Agência Nacional de Telecomunicações

Sector de Autarquias Sul - SAUS - Quadra 6 - Bloco F - Térreo - Biblioteca

70070-940 - Brasília - DF

Fax: (61) 2312-2002

Ref.: Consulta Pública nº 22, de 29 de junho de 2010

Proposta de alteração no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas

SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA, empresa com sede na Avenida das Nações Unidas, 12.901, 14º e 15º andares, Torre Norte, São Paulo - SP, inscrita no CNPJ sob o nº 72.820.822/0001-20 (doravante "SKY"), vem respeitosamente, em atenção à Consulta Pública nº 22, de 29 de junho de 2010, apresentar suas contribuições ao Texto da Consulta Pública referente à Proposta de Alteração no Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, conforme segue.

Inicialmente, gostaríamos de salientar que uma das principais questões que a SKY entende não ter sido ainda adequadamente equalizada na proposta é a questão da definição e delimitação das infrações e consequentemente de suas penalidades. Nesse tocante, não foram contempladas na proposta, por exemplo, as fórmulas de cálculo dos valores das multas que podem ser aplicadas, tendo sido a tarefa delegada para futuras deliberações do Conselho Diretor.

Dessa forma, a principal função dessa regulamentação, que seria a de estabelecer parâmetros objetivos para a determinação das sanções no caso concreto, eliminando a discrepância hoje existente de critérios entre as gerências e superintendências da ANATEL na determinação das penalidades. A falta de parâmetros objetivamente definidos na legislação, permitindo que dentro da ANATEL cada Superintendência ou Gerência tenha critérios próprios de valoração das infrações atinge o Princípio da Isonomia e, consequentemente e mais gravemente, a segurança jurídica dos administrados.

Outra questão importante a ser salientada é que a *reformatio in pejus* prevista na proposta não tem amparo legal. O direito de recorrer é um direito garantido constitucionalmente e os órgãos da Administração Pública não devem estabelecer regras que possam, mesmo que indiretamente, desestimular o exercício de tal direito.

Segue abaixo a individualização dos comentários por artigos propostos por meio da presente Consulta Pública.

- Artigo 2º, inciso II:

Excluir o inciso, conforme abaixo:

“Art. 2º. Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

II - antecedente: registro de sanção administrativa imposta pela Agência, da qual não caiba mais recurso, no período de 5 (cinco) anos contado do recebimento da notificação da decisão, até o recebimento da notificação de instauração do PADO (Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações) em análise, excluído o caso de reincidência específica;”

Justificativa:


Tendo em vista a grande incidência de PADOS que as operadoras de Telecomunicações sofrem, em vista da quantidade expressiva de obrigações e de divergências de interpretações entre as operadoras e os Agentes de Fiscalização, essa agravante deve sempre aplicável. Dessa forma, entendemos que apenas a reincidência específica deve ser utilizada para agravar a penalidade de determinada infração.

• Artigo 2º, inciso X:

Alterar a redação do inciso, conforme abaixo:

“Art. 2º. Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:
X - suspensão temporária: sanção de suspensão da prestação ou comercialização do serviço de telecomunicações, em regime privado, ou de uso de radiotelefonia, em caso de infração grave, cujas circunstâncias não justifiquem a aplicação de caducidade;”

Justificativa:

A suspensão da prestação dos serviços de telecomunicação como sanção traz em primeiro lugar uma penalidade aos usuários, que terão o serviço indisponível pelo prazo estabelecido pela ANATEL. Além disso, essa sanção força as operadoras a descumprir outras obrigações com seus usuários, já que o serviço não pode ser descontinuado sem aviso prévio e desconto. Dessa forma, a aplicação dessa sanção pela ANATEL pode, em tese, inviabilizar a continuidade da operação da empresa, já que seus usuários provavelmente migrarão para outras operadoras de telecomunicações durante a suspensão dos serviços, além dos impactos do ponto de vista de direito de consumidor que as empresas estariam sujeitas em virtude de uma penalidade aplicada pela ANATEL.

• Artigo 3º, parágrafo 3º:



“Art. 3º. Os infratores estão sujeitos às seguintes sanções, sem prejuízo daquelas de natureza civil e penal, inclusive a prevista pelo art. 183 da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V – declaração de inidoneidade; e

VI - cassação.

(...)

§ 3º: As sanções previstas no caput deste artigo poderão ser substituídas conforme o disposto nos arts. 5 e 25 deste regulamento.”

Justificativa:

Conferir expressamente a possibilidade de substituir uma sanção por outra menos gravosa quando a situação permitir ou, também, pela assinatura de um Termo de Ajustamento de Condução.

• **Artigo 5º:**

Nova redação:

“Art. 5º. A Anatel poderá, a seu critério e na órbita de suas competências legais, com

vistas ao melhor atendimento do interesse público, celebrar, com os

interferes administrados a qualquer momento, compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, bem como acordo substitutivo em processo sancionatório, na forma de regulamentação específica.”

Justificativa:

A finalidade da transação é justamente possibilitar que regulador e regulado tenham a possibilidade de sanar rapidamente irregularidades sem que tenham que recorrer ao processo. Por esse motivo, é importante que haja previsão expressa da possibilidade de celebração do Compromisso de Ajustamento de Conduta a qualquer momento, possibilitando à Agência celebrar o compromisso rapidamente e em qualquer tempo, primando pela adequação das prestações das prestadoras as normas consideradas mais adequadas e não pela punição isolada das prestadoras.

Ademais, o compromisso de ajustamento de conduta, visando regularizar a situação rapidamente já se faz presente em regulamentos vigentes. É o caso do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas da Anel que em seu artigo 21 dispõe:

“Art. 21. Poderá a ANEEL, alternativamente à imposição de penalidade, firmar com a concessionária, permissionária ou autorizada de serviços e instalações de energia elétrica termo de compromisso de ajuste de conduta, visando à adequação da conduta irregular às disposições regulamentares e/ou contratuais aplicáveis, conforme regulamentação específica.”

Esse tipo de regulamentação prima por um serviço de qualidade, pois ao invés de incentivar a punição das prestadoras que, porventura, cometam alguma falha, oferece as prestadoras a possibilidade de adequar sua conduta ao comportamento almejado pela Anatel. Dessa maneira, a prestação do serviço estará sempre de acordo com o previsto na regulamentação competente.

Excluir os artigos 6º, 7º e 9º.

“Art. 6º. Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também serão punidos com a sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido de má-fé;

5-1º. A apuração da infração praticada por administrador ou controlador deve ser realizada em autos apartados, apensados ao processo principal instaurado em desfavor da pessoa jurídica, observando-se todos os princípios processuais legais;

5-2º. No cálculo do valor da multa a ser aplicada ao administrador ou ao controlador devem ser considerados os parâmetros adotados neste Regulamento;

5-3º. Configurada a má-fé disposta no caput, ela será considerada infração de natureza grave;

5-4º. A sanção prevista no caput é de responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador ou controlador;

Art. 7º. Considera-se má-fé material, dentre outros, agir deliberadamente contra texto exposto de leis, regulamentos, contratos, termos e atos da Agência;

Art. 9º. Os conceitos de má-fé previstos neste Capítulo aplicam-se aos infratores e/ou aos seus administradores ou controladores.”

Justificativa:

O Código de Processo Civil, em seu artigo 17, estabelece um rol taxativo das condutas que, se praticadas, serão consideradas como de má-fé, estando seus autores sujeitos ao

pagamento de multa, além da obrigação de ressarcir os prejuízos causados pela sua conduta.

As condutas descritas como de má-fé são: (i) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (iii) alterar a verdade dos fatos; (iiii) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (iv) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (v) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (vi) provocar incidentes manifestamente infundados; (vii) interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Como se pode observar, as condutas tipificadas no referido artigo são censuráveis e dificultam a aplicação da justiça, pois atrapalham seriamente o andamento processual. Por esse motivo, são passíveis de apenamento.

Assim, considerando os impactos causados quando uma atitude é considerada praticada de má-fé, não é possível que a Agência amplie seu conceito, com uma definição genérica de "agir deliberadamente contra texto expresso de leis, regulamentos, contratos, termos e atos da Agência", uma vez que o desconhecimento da norma não escusa seu cumprimento. Caso esse conceito seja ampliado e considerando que o desconhecimento da norma não pode ser invocado em defesa própria, toda transgressão à norma seria reputada como de má-fé, pois foi praticada em contrariedade a texto de lei, ou regulamento da Agência.

Com relação a punição dos controladores/administradores da sociedade quando restar configurada a má-fé, não há como se admitir essa possibilidade considerando que a pessoa jurídica também será punida pelo mesmo fato. Nesse caso, existiria um claro *bis in idem*, pois um mesmo fato geraria duas punições independentes.

Também não há como se admitir que o controlador/administrador seja penalizado por uma conduta de pessoa jurídica. Não há como se presumir que essa pessoa física tenha

7

ciência de tudo quanto é realizado pela pessoa jurídica, pois isso seria uma responsabilização objetiva, vedada pelo direito administrativo sancionador.

• Artigo 10º, Parágrafo 3º, Inciso III:

Suprimir o inciso III, do parágrafo 3º do artigo 10º:

“Art. 10. As infrações são classificadas, segundo sua natureza e gravidade, em:

I – leve;

II – média; e

III – grave.

§ 3º. A infração deve ser considerada grave quando a Agência constatar presente um dos seguintes fatores:

(...)

III – quando atingidos 10% (dez por cento) ou mais do número de usuários da infração;”

Justificativa:

O fato de determinada infração atingir uma quantidade específica de usuários não reflete sua gravidade. Um pequeno equívoco ou uma situação isolada/inesperada pode atingir um grande número de usuários mas, não lhes trazer transtorno ou malefício algum, da mesma maneira que uma infração nitidamente dolosa e de má-fé, muito mais prejudicial ao ordenamento jurídico pode não atingir essa quantidade de usuários. A quantidade de usuários reflete o tamanho da infração, não sua gravidade, devendo, portanto, ser excluída a alínea em questão para uma adequação mais justa da gravidade das infrações.

• Artigo 10º, Parágrafo 3º, Inciso VI:

Suprimir o inciso VI, do parágrafo 3º do artigo 10º:



“§ 3º. A infração deve ser considerada grave quando a Agência constatar presente um dos seguintes fatores:

(...)

~~VI – por resistência injustificada ao andamento de fiscalização ou à execução de decisão da Agência”~~

Justificativa:

A hipótese do inciso VI não é um agravante da sanção, mas sim configura uma infração por si só. Dessa forma, uma mesma situação estaria sendo considerada para apenas duplamente as operadoras, como infração isolada e também como agravante.

• **Artigo 11º:**

Alterar o artigo 11, incluindo na nova redação do artigo a metodologia a ser utilizada, conforme previsto no artigo 21 da própria proposta. A redação originalmente proposta ao artigo 11 pode ser transformada em um parágrafo da nova redação do artigo 11.

“Art. 11. [Metodologia para cálculo do valor base das sanções de multa, conforme previsto no artigo 21]

Parágrafo Único. Na aplicação de sanções devem ser considerados os seguintes parâmetros e critérios:

I – a classificação da infração;

II – os danos resultantes para o serviço e para os usuários efetivos ou potenciais;

III – as circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme definições dos arts. 18 e 19

deste regulamento;



IV – os antecedentes do infrator; e

V – a reincidência específica.

VI – o serviço explorado;

VII – a abrangência dos interesses a que o serviço atende; e

VIII – o regime jurídico de exploração do serviço;”

Justificativa:

Um regulamento de sanções somente cumpre adequadamente sua função quando estabelece claramente a metodologia de cálculo, conforme previsto no artigo 21, não podendo a tarefa ser deixada para ser realizada posteriormente. Entendemos que o instrumento adequado para a previsão da metodologia é justamente a resolução, de forma a que os critérios estejam devidamente positivados, possibilitando um tratamento equânime a todos os administrados sujeitos à regulação da Agência.

• Artigo 12º:

Alterar redação, conforme segue:

“Art. 12. Quando o infrator, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica duas ou mais infrações da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem as subsequentes ser havidas como continuação da primeira, considerar-se-á infração continuada, observando-se, no caso de multa, o número de ocorrências como critério de definição do valor base da sanção, respeitados os valores limites de aplicação de multa estabelecidos no anexo do presente regulamento.”

Justificativa:



A redação original do artigo pode levar a uma interpretação dúbia de seu conteúdo, com a possibilidade de aplicação da sanção de multa por cada infração constatada. Consequentemente, o valor da multa aplicada extrapolaria os limites estabelecidos no anexo.

A inclusão do trecho final busca assegurar que, independente da quantidade de infrações apuradas, o valor da multa aplicada não extrapolará o limite legal estabelecido no anexo do regulamento, garantindo, assim, a segurança jurídica dos administrados.

• Artigo 17º, Parágrafo 1º:

Nova redação ao parágrafo 1º do artigo 17:

“Art. 17. No cálculo do valor base da multa devem ser considerados os seguintes aspectos:

§ 1º. Para fins de apuração do disposto no inciso II do caput, deve ser adotada a receita operacional líquida do infrator, considerada por serviço prestado, exceto nas hipóteses em que não seja possível a sua identificação ou não seja aplicável, hipótese em que a Agência poderá adotar outro critério, acompanhado de fundamentação.”

Justificativa:

Os parâmetros para a determinação do valor das multas devem estar previamente estabelecidos, não podendo haver margem para alteração dos critérios previamente estabelecidos, mesmo que em decisão fundamentada.

• Artigo 18º, Parágrafo Único:

Alterar redação do parágrafo único, conforme segue:



“Parágrafo único. Na hipótese de incidência de mais de um dos incisos deste artigo, deverão ser somados os percentuais relativos a cada fator, limitado o percentual até 50%.”

Justificativa:

Não havendo limitação, o percentual pode atingir 75% do valor da multa, valor desproporcional que praticamente dobra a multa aplicada, desvirtuando sua finalidade.

• **Artigo 19:**

Nova redação ao artigo 19 e incisos:

“Art. 19. O valor da multa será reduzido, nos percentuais abaixo, caso incidam as seguintes circunstâncias atenuantes:

I – 70% (setenta 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 imediata, ou em prazo consignado pela Anatel, da infração e reparação total do dano ao serviço e ao usuário, após ação da Agência;

III – 30% (trinta por cento), nos casos de adoção de medidas, por livre iniciativa do infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida;

IV – 20% (vinte por cento), nos casos de confissão do infrator perante a Anatel, previamente à ação da Agência; e

V – 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.

Parágrafo único. Na hipótese de incidência de mais de um dos incisos deste artigo, deverão ser somados os percentuais relativos a cada fator, ~~considerando o limite máximo de 70% (setenta por cento)~~ para fins de redução do valor da multa, podendo, ainda, ser substituída a sanção de multa pela de advertência, quando a situação permitir.

Justificativa:

A norma inscrita no artigo 19 prima pelo serviço prestado e não pela simples punição do infrator. A esse respeito, merece destaque a lição do festejado professor Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo p. 799, Editora Malheiros - 20ª Edição – São Paulo):

“Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um “mal”, objetivando castigar o sujeito, levá-lo à expiação pela nocividade de sua conduta. O Direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto. Onde, não entram em pauta intentos de “represália”, de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente. É claro que também não se trata, quando em pauta sanções pecuniárias – caso das multas - , de captar proveitos econômicos para o Poder Público, questão radicalmente estranha à natureza das infrações e, consequentemente, das sanções administrativas.”

Assim, a norma insculpida no artigo 19 está em total acordo com a doutrina pátria, devendo ter seus percentuais elevados de maneira a incentivar a reparação de situações fáticas que possam resultar em prejuízo aos consumidores, prezando pela qualidade dos serviços prestados e não somente pela punição dos infratores.

Artigo 21º:

Excluir o artigo 21



~~“Art. 21. A Anatel criará Grupo de Trabalho para que, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da publicação do presente Regulamento, encaminhe para aprovação do Conselho Diretor, proposta de Resolução específica que preveja as metodologias para cálculo do valor base das sanções de multa.”~~

Justificativa:

A metodologia de cálculo das sanções deve fazer parte da redação original do regulamento de sanções, não devendo ser elaborado por grupo de trabalho posteriormente à publicação da regulamentação.

• **Artigo 21º, parágrafo 2º:**

Excluir o parágrafo 2º do referido artigo:

~~§ 2º. Até a entrada em vigor da Resolução prevista no caput, as Superintendências poderão aplicar metodologias próprias.~~

Justificativa:

A redação do parágrafo 2º do artigo 21 confronta o Princípio da Legalidade que obriga o administrador público agir de acordo com o que está disposto em lei, cria uma insegurança jurídica e pode atrapalhar a elaboração de Resolução específica sobre as metodologias de cálculo dos valores de multa, pois a situação fática, cada superintendência aplicando sua metodologia, não exige a elaboração de uma resolução geral.

• **Artigo 24º:**



“Art. 24. A sanção de caducidade será aplicada nas hipóteses expressamente previstas em Lei ou em Regulamento, bem como em infração grave, quando os antecedentes do infrator demonstrarem a ineficácia de outra sanção menos grave.”

Justificativa:

Dada a seriedade da aplicação da sanção de caducidade, não há como se admitir sua aplicação somente por decisão fundamentada discricionária, devendo sua aplicação ser restrita em último caso e somente nos casos em que há expressa previsão legal.

• **Capítulo XV – Do Rito Sumário (Artigos 26 a 32):**

Excluir o Capítulo XV – Do Rito Sumário – Artigos 26 a 32.

Justificativa:

A previsão do rito sumário da forma feita, sem previsões procedimentais e garantias de ampla defesa e contraditório, não pode ser aceita por não cumprir os requisitos mínimos de segurança jurídica e transparência necessários aos processos administrativos, de forma a que se impõe a sua exclusão.

• **Artigo 34º, parágrafo único:**

Excluir o parágrafo único do artigo 34:

“Art. 34. A autoridade competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua

competência.



~~Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão."~~

Justificativa:

A *Reformatio in Pejus*, prevista nesse dispositivo, não tem amparo constitucional, pois contraria os princípios da ampla defesa e do contraditório, positivados na Constituição Federal, motivo pelo qual deve ser excluída da presente proposta.

Nesse sentido, considerando o consagrado princípio do *non reformatio in pejus*, não há como se admitir que a parte que apresentou um recurso possa ter sua situação prejudicada pelo próprio recurso interposto.

A segurança jurídica existente e o duplo grau de jurisdição somente podem ser legitimamente exercidos caso não haja possibilidade de reforma da decisão para pior, pois em havendo tal possibilidade, o recorrente pode abrir mão de seu direito pela possibilidade de ter sua situação piorada.

Por esses motivos, para assegurar o direito de recorrer conferido aos administrados, o parágrafo único em comento deve ser excluído, garantindo a segurança jurídica daqueles que buscam a reforma de uma decisão com a qual não concordam.

• Artigo 37º:

Alterar a redação:

"Art. 37. Após o julgamento final do processo administrativo, o pagamento da multa deve ser efetuado no prazo de 30 dias (trinta e cinco) dias contados a partir do



recebimento da notificação da decisão definitiva, devendo ser observado o disposto nos §§ 4º e 5º do artigo 35 deste Regulamento.”

Justificativa:

O pagamento de multa aplicada pela Agência, dada sua excepcionalidade e, por vezes, seu valor elevado, demanda um grande número de aprovações internas dentro da hierarquia de grandes empresas, bem como um aporte e direcionamento de recursos. Referidas aprovações e providências consomem tempo e recursos humanos de uma empresa. Por isso, seria de grande valia a existência de um prazo maior para quitação desse tipo de débito, considerando as barreiras existentes que necessitam ser transpostas para viabilizar seu pagamento.

• **Artigo 37º, parágrafo 3º:**

Incluir um parágrafo 3º no artigo 37:

“§3º Não incidirão juros de mora ou multa durante todo o período que a sanção pecuniária encontrava-se com sua exigibilidade suspensa.”

Justificativa:

O artigo 36 do regulamento dispõe que: “Suspende a exigibilidade da multa aplicada a interposição de Recurso Administrativo ou a apresentação de Pedido de Reconsideração.”. Dessa maneira, considerando que a sanção aplicada não era prontamente exigível, não devem incidir juros de mora ou multa durante o período em que a sanção ainda estava sendo discutida.

• **Artigo 39º, inciso I:**





Alteração da redação, conforme abaixo:

"1 - multa moratória de 0,3316% (trinta e três dezesséis centésimos por cento) por dia de atraso, até o limite de 2010% (vinte e dez por cento), calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo para pagamento, até o dia em que ocorrer o seu pagamento, salvo disposição em contrário;

Justificativa:

O limite de 20% para aplicação de multa moratória eleva desproporcionalmente seu valor, pois em apenas 2 meses, seu valor já estará 1/5 maior do que o original. Considerando que sobre este valor também incidirá a atualização monetária pela taxa SELIC, resta nítida a atualização desproporcional do seu valor. Essa atualização não respeita a finalidade educativa da aplicação da pena, sendo que o disposto nesse artigo visa somente reprimir o administrado e coagi-lo ao recolhimento dos valores impostos rapidamente.

• Artigo 43º:

"Art. 43. As disposições deste Regulamento aplicam-se desde logo aos processos pendentes de decisão de primeira instância e, também, aos processos já julgados em que houver pedido expresso do administrado."

Justificativa:

Deixar expressa a possibilidade de aplicação dos termos do novo regulamento quando houver processo julgado no qual conste pedido expresso do administrado para aplicação do novo regulamento, buscando a aplicação da norma punitiva mais benéfica ao infrator.

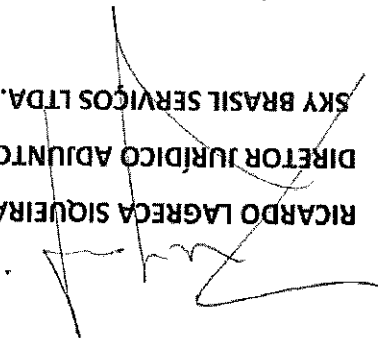


Anexo ao Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, item 1:

Alterar o item 1 do Anexo ao Regulamento de Sanções Administrativas, estabelecendo novos critérios além do faturamento para distinguir os patamares de multa entre as prestadoras.

Justificativa:

Pela atual redação proposta, diversas empresas do setor seriam classificadas como grandes, estando, portanto, sujeitas a multas de até R\$ 50.000.000,00. Porém, referido critério não reflete o cenário do mercado, pois existem empresas que ultrapassam demasiadamente o limite estabelecido, pois possuem um faturamento muito maior do que outras empresas do setor, como por exemplo as concessionárias e as celulares. Caso a redação atual proposta permaneça, inúmeras empresas serão classificadas como grandes embora não disponham dos mesmos recursos, sejam financeiros e humanos, dessas empresas, sendo indevidamente classificadas.


RICARDO LAGRECA SIQUEIRA
DIRETOR JURÍDICO ADJUNTO
SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.
* * *

Legenda:

Sugestão de inclusão.

~~Sugestão de exclusão.~~

Sugestão de alteração de local.

