



RQ/DAR/0133/2010 - JS

À Superintendência Executiva da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL

Referências: Processo n.º 53500.020772/2005

Consulta Pública n.º 22, de 24 de junho de 2010

Assunto:

Contribuições da TIM à proposta de alteração do Regulamento de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução n.º 344, de 18 de julho de 2003

TIM CELULAR S.A., com sede na Av. Giovanni Gronchi, n.º 7.143, São Paulo, SP, inscrita no CNPJ/MF sob n.º 04.206.050/0001-80, com endereço para notificações e demais comunicações de rotina na Av. das Américas, n.º 3.434, 5º andar, Rio de Janeiro, RJ, CEP 22640-102, incorporadora de TIM NORDESTE S.A. (doravante "TIM"), vem, por seu procurador que a presente subscreve (Anexo I), apresentar contribuições para serem apreciadas por essa d. Agência na análise da Consulta Pública n.º 22 supra referenciada, nos termos a seguir elencados.

De início, todavia, a TIM gostaria de manifestar sua satisfação com a iniciativa da Anatel em propor a revisão conjunta dos Regulamentos de Fiscalização e de Aplicação de Sanções Administrativas porque traz em seu bojo aspectos positivos para o setor de telecomunicações.

A TIM reconhece a necessidade de a Anatel em fiscalizar a execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento das redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita, de numeração, do espectro de radiofrequência.

Nesse sentido, torna-se essencial a revisão de tais regulamentos, visando adequar tais regras à nova realidade apresentada pelo setor de telecomunicações pátrio.

Uma vez feitas as considerações preliminares acima, a TIM passa a expor de forma objetiva as suas sugestões, na forma dos comentários específicos abaixo retratados.

8

¹ A incorporação da TIM NORDESTE S.A. pela TIM CELULAR S.A. foi autorizada pela Anatel nos termos do Ato n.º 7.477, de 17 de dezembro de 2009, publicado no Diário Oficial da União de 22 de dezembro de 2009. A concretização da operação foi informada à Agência por meio de petição protocolada em 1º de fevereiro de 2010, sob n.º 53500.002253/2010.

1. ALTERAÇÃO - Artigo 2º, incisos II e IX, do Regulamento de Sanções Administrativas

“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 de instauração do PADO (Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações) em análise, excluído o caso de reincidência específica;
 IX - reincidência específica: repetição de falta de igual natureza, no período de 5 (cinco) anos contado do recebimento da notificação da decisão administrativa da qual não caiba mais recurso, até o recebimento de instauração do PADO em análise;”

NOVA REDAÇÃO

Alteração da redação dos dispositivos propostos, conforme a seguir:

“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 2 (dois) anos contado do recebimento da notificação da decisão, até o recebimento de instauração do PADO (Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações) em análise, excluído o caso de reincidência específica;

IX - reincidência específica: repetição de falta de igual natureza, no período de 2 (dois) anos contado do recebimento da notificação da decisão administrativa da qual não caiba mais recurso, até o recebimento de instauração do PADO em análise;”

JUSTIFICATIVAS

É louvável a intenção de a Anatel em aprimorar os parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas, reconhecendo-se a necessidade de fortalecimento do papel regulador do Estado, mediante a criação de incentivos à regulamentação de infrações e reparação de danos aos usuários.

Atualmente, a TIM entende que os prazos previstos nos conceitos para caracterização de “antecedente” e “reincidência específica” merecem ser revisados e reduzidos de forma alinhada para 02 (dois) anos estando em consonância com o previsto na Cláusula 25.2 do Contrato de Concessão, sendo, portanto, defeso que o Regulamento traga disposição diversa aplicável às Prestadoras.

Além disso, tenha se presente que a aplicação do prazo de 05 (cinco) anos para as prestadoras em regime privado também se constitui em uma inversão do princípio da assimetria regulatória, visto que estar-se-ia privilegiando sem nenhum tipo de motivação aquelas prestadoras que prestam serviços no regime público.

Portanto, a TIM entende que os prazos previstos devem ser alterados para que a caracterização de "antecedente" e "reincidência específica" parta da premissa de lapso temporal de 02 (dois) anos do recebimento da notificação da decisão administrativa, até o recebimento da notificação de instauração do PADO, no 1º caso e, da notificação da decisão administrativa da qual não caiba mais recurso, até o recebimento da notificação de instauração do PADO em análise, no 2º caso.

2. ALTERAÇÃO - Artigo 5º do Regulamento de Sanções Administrativas

"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 infratores, compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, bem como acordo substitutivo em processo sancionatório, na forma de regulamentação específica."

CONTRIBUIÇÃO

Alteração da redação dos dispositivos propostos, conforme a seguir:

"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 infratores, compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, bem como acordo substitutivo em processo sancionatório, na forma de regulamentação específica, que será expedida no prazo de 90 dias após a publicação do Regulamento de Sangões.

Parágrafo Primeiro. O acordo substitutivo proposto pela Anatel resultará na reversão da sanção aplicada em obrigação de fazer, respeitados os limites legais e os princípios da publicidade, motivação e razoabilidade.

Parágrafo Segundo. A celebração de compromisso de ajustamento de conduta ou de acordo substitutivo se constitui em uma faculdade do administrador.

Parágrafo Terceiro. Os atos dos processos administrativos nos quais forem celebrados compromisso de ajustamento de conduta ou de acordo substitutivo serão públicos e estarão à disposição da sociedade para consultas e apresentações de manifestações acerca do cumprimento das obrigações eventualmente assumidas pelas prestadoras."

JUSTIFICATIVAS

Rememora-se que a previsão do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) esta em perfeita consonância com a permissão contida na Lei de Ação Civil Pública, n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

Nada obstante, a legitima previsão e competência da Anatel em celebrá-lo com as Prestadoras de Telecomunicações, é imprescindível a estipulação de prazo para que a

Agência publique uma Resolução Específica que devera conter os parâmetros e critérios norteadores para a celebração correta do referido acordo.

Além disso, é salutar que a aplicabilidade do TAC, ou do Acordo Substitutivo, seja permitida em qualquer estágio processual, desde que previamente ao trânsito em julgado do processo administrativo.

Adicionalmente, é muito importante que a celebração do Acordo Substitutivo tenha caráter de obrigação de fazer, que, em momento algum, extrapole o valor de eventual sanção inicialmente proposta, mas que, objetivamente, isente de multa a Prestadora sancionada.

A finalidade pretendida pela Agência merece estar voltada para a redução da incidência de aplicação de sanção pecuniária que não deve ser encarada como a única alternativa para prevenção de reincidência de infração, tendo em vista o caráter educativo da sanção.

A TIM entende que o objetivo da previsão do TAC e do Acordo Substitutivo seja transgredir com a Agência, por meio da reversão da sanção aplicada em **medida benéfica para a sociedade**, mas é muito importante que seja editada Resolução específica que trate desse assunto seja proposta com a brevidade possível.

Outrossim, a TIM entende que é salutar deixar evidenciado no texto regulamentar que a celebração de tais instrumentos se constitui em uma faculdade, tanto ao alcance da Anatel, quanto ao alcance das prestadoras administradas.

Por fim, a TIM se manifesta pela publicidade dos autos que tratem de TACs ou Acordos Substitutivos, visto que a transparência no acompanhamento das obrigações de fazer eventualmente assumidas pelas prestadoras se constitui em fator positivo, visto que uma visão externa pode se tornar essencial para que seja garantido o efetivo benefício social.

3. SUPRESSÃO - Capítulo IV do Regulamento de Sanções Administrativas

“Capítulo IV - DA MA-FE E DA MA-FE PROCESSUAL

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.

§ 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.

§ 2º. No cálculo do valor da multa a ser aplicada ao administrador ou ao controlador devem ser consideradas os parâmetros adotados neste Regulamento.

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

f

§ 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 expresso de leis, regulamentos, contratos, termos e atos da Agência.

Art. 8º. Considera-se má-fé processual, dentre outros, os seguintes comportamentos:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de leis, regulamentos, contratos, termos e atos aplicáveis ou fatos incontroversos;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opor resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados;

VII – peticionar com intuito manifestamente protelatório.

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

JUSTIFICATIVAS

A previsão regulamentar proposta acerca doo instituto da má-fé material não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, deve ser colocado que a Anatel extrapola a sua competência ao criar, por regulamento, um instituto que somente poderia ser criado pelo Poder Legislativo.

Alia-se a questão formal acima retratada o fato de que se trata de um conceito que leva a consequências indesejáveis na ótica dos direitos dos administrados. O instituto delimitado pela Agência representa verdadeira ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, pois, por via imprópria, tenta inibir a apresentação de recursos, principalmente para os casos em que não há interpretação clara da norma regulamentar.

Nesse mesmo diapasão, a TIM entende que o conceito de má-fé processual, expresso no texto da proposta de Regulamento em Consulta, torna-se desnecessário, visto que é mera repetição de ditames legais já consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio, o que significa dizer que a submissão das prestadoras de serviços de telecomunicações a tal instituto independe de previsão expressa neste Regulamento.

Dessa forma, a TIM sugere que o Capítulo IV seja excluído por completo do texto final do Regulamento de Sanções.

4. ALTERAÇÃO - Artigo 12 do Regulamento de Sanções Administrativas

“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 a infração continuada, observando-se, no caso de multa, o número de ocorrências como critério de definição do valor base da sanção.”

CONTRIBUIÇÃO

Alteração da redação dos dispositivos propostos, conforme a seguir:

“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 a infração continuada, observando-se, no caso de multa, a pena de uma só infração, como critério de definição do valor base da sanção.”

JUSTIFICATIVAS

Depreende-se da previsão elencada pela Agência que a mesma encontra respaldo no Direito Penal, que prevê em seu artigo 71, a figura do “crime continuado”:

Nota-se que os requisitos objetivos previstos pelo artigo 71 do Código Penal são os mesmos presentes no artigo 12 da proposta de Regulamento apresentada nessa Consulta Pública.

É salutar a revisão do parâmetro utilizado para cálculo da sanção, qual seja, o número de ocorrências, objetivando a aplicação da pena de uma só infração, estando esse entendimento defendido pela TIM em linha com a previsão legal disposta no artigo 71 do Código Penal, em observância dos direitos e garantias da Prestadora e em conformidade com o ordenamento pátrio.

Essa alteração se mostra mais adequada ao instituto do “crime continuado” que não pode se confundir com o instituto “concurso material” como proposto na parte final do texto, quando se considerou o número de ocorrências para a penalização do administrador.

A TIM entende que essa conclusão é a mais razoável e coerente com o sistema sancionatório vigente uma vez que não se pretende a aplicação de penas excessivamente altas, quando desnecessárias, mas também não tolera reiterações delituosas.

5. ALTERAÇÃO – §1º do Art. 10 do Regulamento de Sanções

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

I – leve;

II – média; e

III – grave.

8

§ 1º. A infração deve ser considerada leve quando a Agência não constatar presente nenhum dos fatores enumerados no § 2º ou no § 3º deste artigo."

CONTRIBUIÇÃO

"§ 1º. A infração deve ser considerada leve quando:

- a) a Agência não constatar presente nenhum dos fatores enumerados no § 2º ou no § 3º deste artigo ou
- b) no caso de infrações associadas aos direitos e garantias dos usuários em que o dolo da Prestadora não restar configurado e for constatado que não houve prejuízo ao usuário ou que aquele fora comprovadamente reparado pela entidade fiscalizada."

JUSTIFICATIVAS

Observa-se que os critérios de aplicação de sanção pecuniária devem observar estritamente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo vedada a aplicação de sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público – conforme se extrai do disposto no artigo 2º da Lei 9.784/99.

Ao longo do ano de 2009, foi noticiado que a Anatel reconheceu que as sanções até então aplicadas alcançaram patamares tão elevados que as tornam inexequíveis à luz da capacidade financeira das prestadoras do STFC, em especial aquelas que prestam o STFC no regime público.

A TIM entende que qualquer previsão regulamentar que expanda o universo de infrações que são consideradas de natureza grave pode agravar ainda mais o cenário descrito no parágrafo acima. Portanto, para evitar a manutenção desse cenário, que, de alguma forma, pode contribuir para uma ineficácia das decisões da Agência, a TIM sugere que outros parâmetros também sejam levados em consideração na classificação das infrações.

Nesse sentido, a TIM entende que, devem ser consideradas leves as infrações que envolvem direitos e garantias dos usuários, desde que se constate que: (i) não houve prejuízo para o usuário; (ii) ausência de dolo da Prestadora (conduta involuntária ou escusável) e (iii) prejuízo foi minimizado e/ou reparado.

6. ALTERAÇÃO – Art. 17 §1º do Regulamento de Sanções

"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, excepcionados os casos em que não seja possível a sua identificação ou não seja aplicável, hipótese em que a Agência poderá adotar outro critério, acompanhado de fundamentação."

CONTRIBUIÇÃO

Alteração da redação dos dispositivos propostos, conforme a seguir:

§ 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.

JUSTIFICATIVA:

A TIM entende que sempre será possível aferir a receita operacional líquida do infrator e, portanto, torna-se desnecessária a previsão proposta de se manter em aberto a hipótese de aplicação de outro critério, sem a clareza devida, evitando um grau de subjetividade que poderia viciar a razoabilidade da aplicação da sanção.

7. SUPRESSÃO - Artigo 34, § único e artigo 38 do Regulamento de Sanções Administrativas

“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 grave prejuízo à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão. (...)”

Art. 38. Diante da reforma de decisão, decorrente de recurso administrativo ou pedido de reconsideração, que determine o aumento do valor da multa inicialmente aplicada, o valor a ser pago deve corresponder à diferença entre o novo valor da multa e a quantia já paga, devendo o seu recolhimento ser efetuado no prazo definido no caput do art. 35.”

JUSTIFICATIVAS

A definição e a divulgação dos critérios a serem eventualmente adotados pela Anatel para justificar o agravamento da penalidade anteriormente aplicada são de suma importância, em respeito aos princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e Segurança Jurídica.

A ausência de parâmetros que subsidiem a aplicação desse instituto pela Anatel representa coação ao exercício de defesa da Prestadora, inibe o direito de recurso, sendo necessário, portanto, a propagação da cultura de observância dos precedentes da Agência, a fim de fomentar decisões uniformes e proporcionar maior segurança jurídica aos administrados.

A proposta ora em análise que vislumbra a possibilidade de agravamento da pena é, por si só, um elemento inibidor do exercício do direito de defesa. A operadora, toda vez que se sentir afrontada por uma pena que reputa injusta, será obrigada a avaliar o risco de recorrer, pois sempre haverá a possibilidade de sua pena ser aumentada.

Salienta-se também a importância da congruência dessa previsão com a disposição constitucional prevista no artigo 5º, inciso XL e artigo 2º, § único, do Código Penal, que tratam do princípio da irretratividade da Lei Penal, a menos que seja benéfica para o infrator.

O que se observa no presente caso é que a proposta da Anatel sem a previsão de parâmetros objetivos que baseiem a justa e razoável aplicação do instituto da “*reformatio in pejus*”, aliada a ausência da previsão da figura da “*reformatio in melius*”, que encontra amparo no ordenamento jurídico vigente, representa ofensa aos Direitos e Garantias Constitucionais e Regulamentares da Prestadora, merecendo, portanto, ser excluída da presente proposta. Cabe ainda destacar a ligação de Lucia Valle Figueiredo: “*Se houvesse a possibilidade de ser agravada a pena, por evidente que esse fato obstará a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.*”²

Nesse sentido, a TIM reitera a sua posição de que o artigo 34, § único e artigo 38 devem ser excluídos do texto final do Regulamento de Sanções.

8. ALTERAÇÃO - Artigo 43 do Regulamento de Sanções Administrativas

“Art. 43. As disposições deste Regulamento aplicam-se desde logo aos processos pendentes de decisão de primeira instância.”

CONTRIBUIÇÃO

Alteração da redação dos dispositivos propostos, conforme a seguir:

“Art. 43. As disposições deste Regulamento aplicam-se desde logo aos processos administrativos que não transitaram em julgado.”

JUSTIFICATIVAS

Preliminarmente, a TIM gostaria de registrar o acerto da Anatel em propor a aplicação das novas disposições regulamentares aos processos que já estão em curso. Trata-se de medida positiva, que traz perspectivas para os administrados de que eventuais problemas outora enfrentados podem ser sanados.

Entretanto, torna-se imprescindível a extensão da aplicação desse Regulamento que trata exclusivamente das Sanções Administrativas para aqueles processos administrativos que ainda não transitaram em julgado, e, portanto, suas decisões podem, de alguma forma, ainda serem revistas pela Anatel.

² Lucia Valle Figueiredo, “Estado de Direito e Devido Processo Legal”, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 11, fevereiro, 2002.

Além disso, é salutar destacar que, na aplicação de um regulamento não pode haver a classificação de que tipos de decisões serão abarcadas pelo mesmo, em respeito as previsões já existentes no campo do Direito Tributário expressa no artigo 106, inciso II, alínea c, do Código Tributário Nacional, bem como, aquelas previstas constitucionalmente no artigo 5º, inciso XL, e no Código Penal, no artigo 2º, parágrafo único.

Portanto, a TIM entende legítima extensão da aplicabilidade do Regulamento de Sanções Administrativas aos Processos Administrativos pendentes de decisão final de mérito, já que, de fato, nesses casos estar-se diante de situações passíveis de revisão.

9. ALTERAÇÃO - Artigo 21 do Regulamento de Sanções Administrativas

“Art. 21. A Anatel cria 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.”

CONTRIBUIÇÃO

Alteração da redação dos dispositivos propostos, conforme a seguir:

“Art. 21. A Anatel cria 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. (...)

§ 3º. A Resolução específica que preveja as metodologias para cálculo do valor base das sanções de multa deverá ser apreciada pelo Conselho Diretor no prazo máximo de 30 (trinta) dias e, posteriormente, sujeitar-se à apreciação da sociedade por meio do processo de Consulta Pública, servindo de anexo ao presente Regulamento.”

JUSTIFICATIVAS

Em respeito aos princípios basilares do Direito Administrativo e que devem nortear a atividade de fiscalização da Anatel, é imprescindível que as metodologias que justificarão a aplicação de sanção às Prestadoras sejam objetos de conhecimento e discussão prévia por parte da sociedade.

Ademais, registra-se necessidade de previsões razoáveis, revestidas de parâmetros e critérios objetivos, a fim de garantir a aplicação de sanções justas e razoáveis, em observância as previsões regulamentares e contratuais que prezam pelo cumprimento também dos Direitos e Garantias das Prestadoras e segurança jurídica no Processo Administrativo sancionador.



RQ/DAR/0133/2010 - JS

Dessa forma, a TIM entende que é de extrema relevância a publicação das metodologias que serão adotadas pela Anatel, bem como, é legítima a sua sujeição ao processo de Consulta Pública.

Sendo o que se apresenta para o momento, a TIM reitera a importância de apreciação, consideração e apreço das manifestações ora apresentadas por essa Prestadora perante a Anatel.

Cordialmente,



Carlos Franco

Procurador

TIM CELULAR SA

Av. das Américas, 3434, Bl 01 e 05 - Barra da Tijuca - 22640-102 - Rio de Janeiro - RJ
Tel: 55 21 4009-4000





Confirmação de Envio de Contribuição para

CONSULTA PÚBLICA Nº 22

TIM CELULAR S.A. - TIM Celular S.A.,

Sua contribuição para o(s) Item(ns):

- Art. 2, inciso II
- Art. 2, inciso IX
- Art. 5º
- Capítulo IV
- Art. 6º, "caput"
- Art. 6º, § 1º
- Art. 6º, § 2º
- Art. 6º, § 3º
- Art. 6º, § 4º
- Art. 7º
- Art. 8º
- Art. 9º
- Art. 10, § 1º
- Art. 12
- Art. 17, § 1º
- Art. 21, "caput"
- Art. 34
- Art. 38
- Art. 43

foi inserida com sucesso em: 04/09/2010.

Este recibo é o comprovante do envio de sua contribuição. É importante guardá-lo. Caso sua contribuição não conste nos relatórios do SACP, favor enviar um e-mail para: noreply@anatel.gov.br ou entrar em contato com a Biblioteca da ANATEL pelo telefone (0XX61)2312-2001, informando o(s) item(ns) descrito(s) acima.

A ANATEL agradece a sua contribuição.



