



PARECER n. 00964/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.205186/2015-10

INTERESSADOS: ANATEL - COQL - GERÊNCIA DE CONTROLE DE OBRIGAÇÕES DE QUALIDADE

ASSUNTOS: TELECOMUNICAÇÕES: NORMATIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO E OUTROS

EMENTA: 1. Minuta de Regulamento de Fiscalização Regulatória. 2. Retorno dos autos à Procuradoria para manifestação sobre a proposta de alteração do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012. 3. Criação de Plano de Ação. Ponderações. 4. Questionamentos formulados ao órgão jurídico. 5. Considerações da Procuradoria.

1. RELATÓRIO

1. Retornam os autos a esta Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel para manifestação sobre a proposta de alteração do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, a ser efetivada por meio do Regulamento de Fiscalização Regulatória, objeto de análise do processo em epígrafe.

2. Em oportunidade anterior, este órgão jurídico se manifestou, por meio do Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU, sobre a proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória em análise na Agência e teve as seguintes conclusões:

(a) Pela competência da Anatel para revisão da regulamentação da matéria em questão;

(b) Pela necessidade de submissão da proposta em tela ao procedimento de Consulta Pública, arrolado pelo art. 59 do RI-Anatel;

[...]

(f) Pela constatação de que houve consulta interna, em obediência ao art. 60 do RI-Anatel;

(g) Observa-se, ainda, que a presente proposta foi baseada em Análise de Impacto Regulatório (AIR) em cumprimento ao parágrafo único do art. 62 do Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013;

[...]

(h) Pela inexistência de óbice à proposta apresentada, seja quanto ao mérito, seja quanto à forma, destacando-se, no ponto, a observância do art. 40 do Regimento Interno da Anatel, já que o futuro Regulamento de Fiscalização Regulatória será aprovado por meio de Resolução e a Metodologia de Priorização da Fiscalização Regulatória, por meio de Portaria, sendo, de fato, os instrumentos cabíveis para tanto;

[...]

(j) Nesse ponto, cumpre a esta Procuradoria destacar que, de qualquer sorte, **ainda que sejam impostas outras medidas de controle, uma vez identificados indícios de infração, subsiste a necessidade de instauração de procedimento sancionador, para apuração da infração e aplicação da sanção cabível.** Nesse caso, não há de se falar em discricionariedade da Agência. Essa premissa, no entanto, não parece estar clara na proposta. Dessa feita, esta Procuradoria sugere que seja feito um ajuste na redação do §1º do art. 32. Por exemplo, pode ser utilizada a seguinte redação:

[...]

(k) Assim, restará claro que, uma vez constatados indícios de infração ou descumprimento de obrigação tributária, a adoção de outras medidas de controle, que não o PADO e o PAF, inclusive aquelas preventivas, não afastam a necessidade de instauração do respectivo processo administrativo. Nesse caso, outras medidas de controle podem até mesmo influenciar a aplicação da pena, como é o caso da previsão de circunstância atenuante atinente ao cumprimento do Plano de Ação, mas isso não significa o seu afastamento após o curso do respectivo processo sancionador;

[...]

(l) A Procuradoria sugere que o Regulamento estipule expressamente a previsão da discricionariedade de a Administração firmar Planos de Ação com interessados de modo a evitar discussões futuras acerca do tema:

Proposta da PFE

Art. 36 O Plano de Ação constitui um conjunto ordenado de práticas a serem implementadas pelo Administrado com a discricionária concordância da Superintendência, considerando os temas específicos de suas respectivas competências, e objetiva a célere adequação de conduta quando houver a identificação de riscos regulatórios ou indícios de infrações.

(m) Cumpre registrar que o Plano de Ação, disciplinado na forma apresentada na minuta de Regulamento, não estará sujeito à incidência do Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), aprovado

pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013;

[...]

(o) Com o objetivo de deixar mais claro que não serão aplicadas as normas da Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, aos Planos de Ação, esta Procuradoria sugere a inclusão de um parágrafo no art. 36 com a seguinte redação:

Art. 36 (...)

(...)

§6º Não se aplicam ao Plano de Ação, as disposições do Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), aprovado pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013.

(p) Ao que consta, parece que o Plano de Ação diferiria do TAC por não afetar a instauração de processos ou aqueles em curso, nem os parâmetros fiscalizatórios da Agência. Ou seja, mesmo diante do Plano de Ação a prestadora continuaria ordinariamente fiscalizada à luz da regulamentação e condições contratuais. Da leitura da proposta, contudo, não se extrai certeza a respeito dessas conclusões;

[...]

(s) A proposta de Resolução que aprova o Regulamento de Fiscalização Regulatória traz ainda em seu art. 25 a inclusão do art. 20-A ao Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA). O dispositivo a ser acrescido ao RASA prevê o cumprimento do Plano de Ação como uma circunstância atenuante apta a permutar a multa administrativa em uma mera advertência, caso o Plano de Ação tenha sido cumprido por inteiro;

(t) Ocorre que essa atenuação parece destoar do sistema previsto no art. 20 do RASA, pois atualmente é possível atenuar em 90% o valor da multa administrativa *“nos casos de cessação espontânea da infração e reparação total do dano ao serviço e ao usuário, previamente à ação da Agência”*. Percebe-se assim uma incongruência sistêmica, pois uma regra exige maiores obrigações (cessação espontânea da infração e reparação integral do dano previamente à ação da Anatel enquanto o Plano de Ação exige a adequação da conduta) da prestadora ofertando, todavia, menores benefícios (redução de 90% da multa administrativa enquanto o Plano de Ação permite convolar integralmente a multa administrativa em sanção de advertência);

(u) Nesse enfoque, vale mencionar também que o art. 27 do Regulamento de Sanções, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, ao tratar das infrações de simples apuração, previu a possibilidade de redução de 70% (setenta por cento) do valor da multa;

(v) Pela leitura desse dispositivo, observa-se que a Anatel previu que, em relação a determinadas infrações, a cessação da infração, após a atuação da Agência, observadas todas as condições indicadas nos incisos I a IV, teria direito à uma redução de 70% (setenta por cento) do valor da multa;

(w) Assim, é possível organizar a disciplina do estímulo da Agência à cessação da infração da seguinte forma: a) no caso de infração cessada antes da atuação da Agência, o autuado tem direito à redução da multa na proporção de 90% (noventa por cento), b) no caso de infração de simples apuração, a cessação da infração, após a atuação da Agência, e implementadas determinadas condições, implica redução da multa numa proporção de 70% (setenta por cento), c) no caso de cessação de infração, após a atuação da Agência, de forma imediata ou no prazo consignado pela Anatel, o autuado está sujeito a uma atenuante de 50% (cinquenta por cento) do valor da multa;

(x) A disciplina dessas três hipóteses foi estabelecida visando a uma proporção de maior ou menor estímulo para a conduta desejada (quanto mais cedo o autuado cessar a infração, mais interessante será para o setor de telecomunicações e, por isso, deve ser estimulado em maior intensidade).

(y) A criação de um novo instituto de estímulo à cessação da conduta infratora deve considerar o arcabouço já existente, a fim de que o sistema continue coerente;

(z) Embora o objetivo do presente processo não seja apresentar uma ampla revisão do Regulamento de Sanções, o impacto da criação do Plano de Ação no sistema de estímulos à cessação da infração deve ser considerado, razão pela qual esta Procuradoria sugere que a área técnica promova uma adequação entre o art. 37 da Minuta do Regulamento de Fiscalização Regulatória e os arts. 20 e 27 do Regulamento de Sanções, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, de modo que haja coerência no modelo adotado pela Agência para estimular a cessação das infrações;

(aa) Por fim, esta PFE ainda aconselha que se reflita sobre a possível criação de uma majorante caso o Plano de Ação venha a ser descumprido. A inexistência de qualquer consequência para o descumprimento do Plano de Ação pode levá-lo a ser visto pelos autuados como um mecanismo seguro para protelar o PADO, possibilitando que haja requerimentos de Plano de Ação com o simples objetivo de adiar a aplicação da sanção, uma vez que o descumprimento do Plano, na forma como consta na Minuta ora analisada, não prejudicaria em hipótese alguma o autuado;

[...]

(gg) Em relação ao art. 22, §3º, verifica-se que foi excluída a referência à Lei nº 11.934, de 2009. Ao que parece, a intenção da proposta foi a de excluir a restrição de multa diária aos casos da Lei nº 11.934, de 2009. No entanto, verifica-se que o *caput* do art. 22 também faz referência à referida lei. Dessa feita, em sendo essa a intenção da proposta, o *caput* do art. 22 também deve ser alterado;

(hh) Nesse caso, é ainda interessante que seja alterado o parágrafo único do art. 3º, inserido no Capítulo III do Regulamento de Sanções, que trata das Sanções, uma vez que tal dispositivo, apesar de conter a previsão de multa diária, também a restringe às

obrigações estabelecidas pela Lei nº 11.934, de 2009. Assim, restará clara a possibilidade de aplicação de multa diária pela Agência, não apenas em relação às obrigações estabelecidas pela referida Lei;

[...]

(jj) Como salientado neste opinativo, não há dúvidas acerca da possibilidade de imposição de multa diária pela Anatel, a qual como salientado, não se restringe às hipóteses da Lei nº 11.934/2009. Assim, esta Procuradoria não vislumbra óbice à proposta da área técnica, e sugere apenas um ajuste na redação do *caput* do art. 22 e do parágrafo único do art. 3º, para retirar de ambos os dispositivos a referência à Lei nº 11.934/2009, e, ainda, no que se refere ao este último, para restar clara a possibilidade de aplicação de multa diária pela Anatel em caso de descumprimento de obrigações por ela estabelecidas. Em suma, sugere-se as seguintes alterações no Regulamento de Sanções:

Proposta da PFE:

Art. 3º

(...)

Parágrafo único. O descumprimento das obrigações estabelecidas na Lei nº 11.934, de 5 de maio de 2009, pela Anatel sujeita os infratores à aplicação das sanções previstas no **caput** e, ainda, à sanção de multa diária nos termos do art. 18 da referida lei.

Art. 22. O valor da sanção de multa diária aplicável aos infratores da Lei nº 11.934, de 2009, deve observar a gravidade da falta e a extensão do dano ou prejuízo causado ao bem jurídico tutelado pela referida lei, e ser fundamentado pela Agência.

§ 1º A intimação da sanção de multa diária deverá conter, no mínimo, a descrição da obrigação imposta, o prazo razoável estipulado pela Agência para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada pelo seu descumprimento.

§ 2º A sanção de multa diária incide a partir do primeiro dia de atraso no cumprimento da obrigação, sem necessidade de nova intimação para tanto.

§ 3º A aplicação da sanção de multa diária não exclui a aplicação das demais sanções administrativas estabelecidas neste Regulamento, nem a adoção de outras medidas administrativas que visam evitar danos ou prejuízos ao bem jurídico tutelado pela Lei nº 11.934, de 2009.

§ 4º A multa diária prevista no *caput* deverá ter seu valor máximo fixado no instrumento decisório.

(kk) Feitas essas considerações, esta Procuradoria requer que, após a conclusão dos atos finais de instrução pela área técnica, conforme a praxe e com base nas disposições regimentais pertinentes, os autos lhe sejam oportunamente restituídos, para exame da legalidade dos fundamentos da proposta, com o fito de subsidiar a tomada da decisão final do Conselho Diretor da Agência.

3. Por meio do Informe nº 1/2016/SEI/COQL7/COQL/SCO, a área técnica se manifestou sobre o Parecer da Procuradoria e sugeriu algumas novas alterações no RASA a fim de excluir seu Capítulo XV, que trata da decisão sumária de arquivamento, agrupar todos os incentivos no art. 20, incluir o art. 20-A para criar um novo fator de redução, e incluir uma circunstância agravante no rol previsto no art. 19. Ao final, propôs a submissão da proposta de Regulamento de Fiscalização à Consulta Pública. A proposta de alteração do RASA resultaria na seguinte redação, segundo a área técnica:

Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas - RASA

Art. 3º (...)

Parágrafo único. O descumprimento das obrigações sujeita os infratores à aplicação das sanções previstas no *caput* e, ainda, à sanção de multa diária.

(...)

Art. 17. A multa pode ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ultrapassar o valor previsto na lei.

§1º. O valor da multa, para cada infração cometida, após a aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como descontos previstos, deve respeitar os limites mínimos e máximos previstos no Anexo ao presente Regulamento.

Art. 19. O valor da multa será acrescido, nos percentuais abaixo, caso incidam as seguintes circunstâncias agravantes:

(...)

IV - 40% (quarenta por cento), nos casos de descumprimento de Plano de Ação.

(...)

§ 3º Para fins de aplicação da hipótese prevista no inciso IV deste artigo, o descumprimento do Plano de Ação deve ser atestado até a prolação da decisão de primeira instância do Pado que trate do objeto das infrações contidas no plano.

Art. 20. O valor da multa será reduzido, nos percentuais abaixo, caso incidam as seguintes circunstâncias atenuantes:

I - 90% (noventa por cento), nos casos de cessação da infração antes da intimação da instauração do Pado;

II - 70% (setenta por cento), nos casos de cessação da infração até o final do prazo das Alegações Finais;

III - 10% (dez por cento), nos casos de confissão do infrator perante a Anatel;

IV - 5% (cinco por cento), nos casos de adoção de medidas, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida;

§ 1º A cessação da infração por ação da Anatel, e não do infrator, obsta a incidência

das atenuantes previstas nos incisos I e II.

§ 2º *Cabe ao infrator o ônus de comprovar perante a Anatel o cumprimento dos requisitos previstos neste artigo.*

§ 3º *A Anatel, na busca pela verdade real, pode, a seu critério, adotar as medidas que julgar cabíveis para comprovar o cumprimento dos requisitos previstos neste artigo.*

§ 4º *Para efeito de incidência das atenuantes previstas nos incisos III e IV, a confissão ou a comprovação da adoção de medida, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida devem ser apresentadas à Agência até o final do prazo das Alegações Finais.*

§ 5º *A retratação da confissão torna prejudicada a incidência da atenuante prevista no inciso III.*

§ 6º *Na hipótese de incidência de mais de uma circunstância atenuante, seus valores deverão ser aplicados na ordem dos incisos previstos neste artigo.*

Art 20-A. *Ao valor da multa será aplicado desconto de 35% (trinta e cinco por cento) nos casos de renúncia à litigância administrativa pelo infrator, desde que expressamente apresentada até o final do prazo das Alegações Finais.*

Parágrafo Único. O desconto previsto no caput poderá ser cumulativo com as circunstâncias atenuantes previstas no art. 20.

Art. 21. *Incidirão sobre o valor base da multa as circunstâncias agravantes constantes do art. 19, sobre este resultado, as atenuantes estabelecidas no art. 20 e, do valor resultante, o desconto previsto no art. 20-A deste Regulamento.*

Art. 22. *O valor da sanção de multa diária deve observar a gravidade da falta e a extensão do dano ou prejuízo causado ao bem jurídico tutelado, e ser fundamentado pela Agência.*

(...)

§ 3º *A aplicação da multa diária não exclui a aplicação das sanções administrativas estabelecidas neste Regulamento, nem a adoção de outras medidas administrativas que visam evitar danos ou prejuízos ao bem jurídico tutelado.*

§ 4º *A multa diária prevista neste artigo deve ter seu valor máximo fixado no instrumento decisório.*

4. Designado o Conselheiro Aníbal Diniz como relator da proposta em análise, ele enviou à área técnica o Memorando nº 58/2017/SEI/AD, determinando a realização de diligências no sentido de ser elaborada Análise de Impacto Regulatório - AIR em razão da possível alteração do RASA e submissão da proposta em análise à Consulta Interna. No mesmo documento questionou se o pedido de Plano de Ação apresentado pela prestadora caracterizaria a incidência da confissão, com a aplicação da correspondente atenuante.

5. Em resposta às diligências formuladas pelo Conselheiro Relator, a área técnica, por meio do Informe nº 101/2017/SEI/PRRE/SPR, teve as seguintes conclusões:

- a) As alterações propostas para o RASA já foram objeto da AIR, não havendo que se falar em outra AIR;
- b) Proposta semelhante à encaminhada à Procuradoria, referente a alterações do RASA, já havia sido objeto da Consulta Interna nº 646/2015, sem que tivessem sido ofertadas contribuições. Não obstante, a proposta de alterações do RASA foi submetida à Consulta Interna nº 748/2017.
- c) Sugestão à PFE-Anatel para se manifestar sobre eventual aplicação do art. 2º, inc. IV, da Lei nº 9.873, de 1999, no caso de Plano de Ação;
- d) A propositura e celebração de Plano de Ação não caracterizaria confissão, em linha com a regulamentação do Termo de Ajustamento de Conduta - TAC; e
- e) A avaliação da possibilidade ou impossibilidade de se firmar um Termo de Ajustamento de Conduta em um processo sancionador que já foi objetivo de Plano de Ação firmado entre a Prestadora e a Anatel deverá ocorrer no caso concreto, não devendo o Regulamento de Fiscalização Regulatória ser taxativo quanto a essa questão.

6. É o breve relatório. Passa-se ao opinativo.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Desnecessidade de realização de nova Análise de Impacto Regulatório

7. O Conselheiro Relator Aníbal Diniz determinou à área, em diligência, a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), em razão da proposta de alteração do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 2012.

8. Com efeito, nos termos do art. 62 do Regimento Interno da Anatel, os atos de caráter normativo a serem expedidos no uso da competência exclusiva do Conselho Diretor deverão ser precedidos de Análise de Impacto Regulatório, salvo em situações expressamente justificadas.

9. No entanto, a área técnica demonstrou no Informe nº 101/2017/SEI/PRRE/SPR que as alterações propostas para o RASA já foram objeto de AIR, de modo que a exigência regimental já fora atendida. Confirmam-se a justificativa apresentada pela área técnica, *in verbis*:

3.13. Dito isso, e em que pese o entendimento do d. Conselheiro, as alterações propostas para o RASA já foram objeto da AIR, sendo decorrentes das soluções encontradas para corrigir o problema acima apontado. As alterações propostas para o RASA no contexto do projeto de reavaliação dos procedimentos de acompanhamento e controle de obrigações têm por intuito alterar o foco da atuação repressiva e o incentivo à atuação responsiva.

3.14. Na melhor doutrina, não há o desenrolar da AIR com outra AIR daquilo que foi

apontado como solução para o problema delineado. Como dito, a AIR pressupõe um problema e não parece plausível que a solução apontada para resolver um problema seja também um problema.

3.15. Dessa forma, não haveria que se falar em AIR das alterações do RASA. O documento AIR possui metodologia própria e não tem relação com a profundidade ou relevância da alteração proposta, mas com a existência de um problema em si.

3.16. Nesse contexto, e para atendimento à demanda do Conselheiro-relator, cumpre-nos aprofundar as razões das alterações do RASA, mais especificamente das circunstâncias atenuantes, que geraram preocupação ao Conselheiro-relator.

10. Assim, tendo em vista que a proposta de alteração do RASA é fruto da solução encontrada em Análise de Impacto Regulatório já realizada anteriormente, observa-se ser, nos termos da argumentação expendida pela área técnica, desnecessária a realização de nova AIR.

11. Dessa forma, verifica-se que o requisito relativo à realização de AIR fora cumprido, atendendo-se o disposto no art. 62 do Regimento Interno.

2.2 Submissão da proposta de alteração normativa a Consulta Interna

12. O Conselheiro Aníbal também entendeu pela necessidade de submissão à Consulta Interna das alterações que pretende fazer ao Regulamento de Sanções.

13. Em atendimento à diligência, a área técnica realizou a Consulta Interna nº 748/2017, no período de 25.7.2017 a 31.7.2017, conforme se observa do Informe nº 101/2017/SEI/PRRE/SPR, *in verbis*:

3.40. Não obstante isso, tendo em vista o entendimento do Conselheiro-relator, a proposta de alterações do RASA prevista no âmbito do Projeto de Fiscalização Regulatória foi submetida à Consulta Interna nº 748/2017, que recebeu contribuições no período de 25/07/2017 a 31/07/2017.

3.41. Durante a Consulta Interna foram recebidas 6 (seis) contribuições, sendo 5 (cinco) pelo Sistema de Acompanhamento de Consulta Pública - SACP e 1 (uma) por e-mail, após o término do prazo da Consulta Interna.

3.42. As contribuições recebidas foram agrupadas em planilha e encontram-se analisadas conforme anexo.

14. Portanto, a determinação constante do art. 60 do Regimento Interno, referente à realização de Consulta Interna, foi devidamente atendida.

2.3 Plano de ação

15. Assim estabelece o art. 36 da minuta a respeito do Plano de Ação, *in verbis*:

Art. 36. O Plano de Ação constitui um instrumento por meio do qual o Administrado se compromete com a célere correção ou melhoria de condutas, quando houver a identificação de riscos regulatórios ou indícios de infrações, aprovado com discricionária concordância da Superintendência, considerando os temas específicos de suas respectivas competências.

§ 1º O Plano de Ação pode ser proposto pela Anatel, de ofício, ou pelo Administrado e deve conter compromissos com finalização até 2 (dois) anos antes do prazo de prescrição da ação punitiva.

§ 2º A aprovação pela Superintendência da proposta de Plano de Ação deve considerar a efetividade deste instrumento para promover a conformidade regulatória.

§ 3º O Plano de Ação deve conter, no mínimo, os prazos e os resultados esperados.

§ 4º Em atendimento ao interesse público, a Superintendência pode fixar prazo para que o Administrado promova a adequação da proposta de Plano de Ação apresentada.

§ 5º Caso não seja atendido o disposto no § 4º deste artigo no prazo fixado ou a proposta de Plano de Ação não seja aprovada pela Superintendência, podem ser adotadas outras medidas de Controle.

§ 6º As disposições do Regulamento de Celebração e Acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), aprovado pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, não se aplicam ao Plano de Ação.

16. Ocorre que das disposições da minuta surgem diversas dúvidas a respeito dessa medida de controle. Nesse contexto, não está claro se o Plano de Ação pode ser proposto antes da instauração do PADO ou apenas durante sua tramitação.

17. Se o Plano de Ação for aprovado pela Agência antes da instauração do PADO, não está claro na minuta se a Agência pode imediatamente instaurá-lo ou se é necessário esperar o cumprimento do Plano de Ação. Numa hipótese de Plano de Ação aprovado antes da instauração do PADO, e considerando que o efeito jurídico de seu cumprimento é a incidência de uma atenuante de 70% no valor da multa, parece incoerente que, depois disso, seja instaurado um PADO para que ainda se chegue a um valor de multa base para que possa incidir o percentual da atenuante.

18. Por outro lado, dada a aparente amplitude do instituto, ponto de reflexão é a competência monocrática de um Superintendente para aprová-lo, quando comparado com a competência para a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), em que se faz necessário seja analisado por uma Comissão de Negociação e posteriormente aprovado pelo órgão máximo da Agência, o Conselho Diretor. Observe-se que, nos termos da minuta, o cumprimento do Plano de Ação pode acarretar, como se verá mais adiante, desconto de até 90% (noventa por cento) do valor da multa que seria aplicada pela prática da infração que constitui seu objeto. No TAC, os descontos máximos são inferiores a esse

patamar, e demanda a análise e aprovação de uma Comissão de Negociação e do Conselho Diretor, respectivamente.

19. Outro ponto que merece maiores ponderações diz respeito ao prazo máximo para cumprimento do Plano de Ação. Nos termos do § 1º do art. 36 da minuta de Regulamento, o Plano de Ação deve "*conter compromissos com finalização até 2 (dois) anos antes do prazo de prescrição da ação punitiva*". Contudo, se essa medida de controle, na hipótese de o Plano de Ação ser aprovado depois de instaurado o PADO, ele poderá ter o prazo máximo de 1 (um) ano, visto que durante o processo também tem curso o prazo da prescrição intercorrente (três anos)?

20. Ainda nessa seara, durante o Plano de Ação, se ainda não tiver PADO instaurado, a Agência deve aguardar o seu cumprimento, observado o prazo de, pelo menos, 2 (dois) anos antes do prazo da prescrição quinquenal, para instaurar o correspondente processo sancionador? E se for aprovado o Plano no curso do PADO, ele deve ficar suspenso até o seu termo final? Portanto, vê-se a necessidade de esclarecimento de vários pontos a respeito do Plano de Ação.

21. As preocupações levantadas acerca do Plano de Ação já foram objeto de manifestação deste órgão jurídico no Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU, conforme segue, *in verbis*:

51. Portanto, entende-se que, da forma como proposto, o Plano de Ação carece de maiores detalhamentos quanto aos seus contornos, como, por exemplo, prazo de duração e os efeitos para a prestadora e para a Anatel. Dessa forma, recomenda-se que o próprio regulamento traga mais detalhes que permitam uma melhor clareza acerca do instituto a ser criado, de modo a que sua aplicação não gere dúvidas.

22. Além disso, o Plano de Ação, na formatação constante da minuta do Regulamento de Fiscalização Regulatória, não parece diferenciar ontologicamente do Termo de Ajustamento de Conduta, como já exposto por este órgão jurídico em oportunidade anterior neste mesmo processo. Nessa mesma linha, o efeito jurídico do cumprimento do Plano de Ação (atenuante de 70% no valor da multa) seria o mesmo de quando o infrator, por sua iniciativa ou mesmo após interações com a Agência, cessa a infração até a prolação da decisão de primeira instância, de modo que não parece claro o propósito do instituto, ponto a ser refletido pela Agência.

23. De qualquer forma, no âmbito da regulamentação da Agência, se houver, é relevante que fique claro em quais casos é cabível a adoção do plano de ação (se seria para toda e qualquer infração ou apenas para infrações de menor gravidade, por exemplo), se o requerimento de Plano de Ação ou sua aprovação suspende ou não o Pado, e qual será o efeito jurídico do cumprimento do Plano de Ação (se em todos os casos incidirá a atenuante prevista no inciso II do art. 20 do RASA ou se será possível, por exemplo, a incidência da atenuante prevista no inciso I do art. 20 do RASA).

24. Desse modo, mostra-se altamente recomendável a reanálise pela Agência em prosseguir com a inclusão do Plano de Ação no Regulamento de Fiscalização Regulatória, levando-se em consideração as ponderações aqui ventiladas e o interesse público envolvido.

2.4 Alterações no RASA referentes ao sistema de incentivos ao infrator para cessar a infração

25. De outro lado, como já adiantado, o sistema de incentivos a ser criado àquele que aderir a um Plano de Ação, com as alterações no Regulamento de Sanções, parece ser idêntico ao infrator que cessar a infração nos mesmos marcos temporais propostos. No entanto, a operacionalização, acompanhamento e fiscalização exigidos da Agência para verificação do Plano de Ação é sensivelmente maior que o necessário para aferição do descumprimento de obrigações por infratores que não o aderiram. Porém, o benefício a estes últimos infratores é igual ao daquele que demandou mais recursos da Agência para cessar a infração mediante a celebração de Plano de Ação.

26. Nesse ponto, algumas considerações são necessárias relativas à proposta de alteração das atenuantes previstas no art. 20 do RASA. Confirmam-se os termos da proposta, *in verbis*:

Art. 27. O artigo 20 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução nº 589, de 07 de maio de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.20. (...):

I - 90% (noventa por cento), nos casos de cessação da infração antes da intimação da instauração do Pado;

II - 70% (setenta por cento), nos casos de cessação da infração até a prolação da decisão de primeira instância pela autoridade competente;

III - 10% (dez por cento), nos casos de confissão do infrator perante a Anatel;

IV - 5% (cinco por cento), nos casos de adoção de medidas, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida;

§ 1º Cabe ao infrator o ônus de comprovar perante a Anatel o cumprimento dos requisitos previstos neste artigo.

§ 2º A Anatel, na busca pela verdade real, pode, a seu critério, adotar as medidas que julgar cabíveis para comprovar o cumprimento dos requisitos previstos neste artigo.

§ 3º Para efeito de incidência das atenuantes previstas nos incisos III e IV, a confissão ou a comprovação da adoção de medida, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida devem ser apresentadas à Agência até o final do prazo das Alegações Finais.

§ 4º A retratação da confissão torna prejudicada a incidência da atenuante prevista no inciso III.

§ 5º Na hipótese de incidência de mais de uma circunstância atenuante, seus valores deverão ser aplicados na ordem dos incisos previstos neste artigo."

27. Acerca da atenuante prevista no inciso I do art. 20 do RASA, a alteração propõe retirar o incentivo que o infrator tinha para cessar espontaneamente a infração antes de qualquer ação da Agência. Com a redação proposta, o infrator que cessar a infração antes da intimação da instauração do PADO terá direito a esse benefício, seja porque a cessou por meio de Plano de Ação, aprovado antes da instauração de processo sancionador, seja porque cessou a infração administrativa antes de qualquer ação da Agência, por sua própria iniciativa, seja porque cessou depois de várias ações fiscalizatórias que ainda não tenham resultado em intimação da instauração de PADO.

28. Assim, aquele que propôs à Agência a celebração de Plano de Ação, ou foi demandado pelo órgão regulador, para a cessação de infração que vinha praticando terá o mesmo desconto de 90% (noventa por cento) do valor da multa a ser aplicada em PADO que aquele infrator que, espontaneamente, antes de qualquer ação da Agência, cessar a prática da infração. Não há, dessa forma, qualquer incentivo para evitar fiscalização da Agência, nem para cessar a infração espontaneamente.

29. Tal preocupação se revela ainda mais pertinente num contexto em que a Agência parece caminhar para a não abertura imediata dos PADOs quando detectadas irregularidades, e sim para o retardamento dessa instauração com vistas a um tratamento amplo e sistemático do acompanhamento dessas questões. Ou seja, a atenuante de 90%, da forma como proposto, poderia incidir inclusive naqueles casos em que já houve várias ações de fiscalização da Anatel, mas não a intimação da instauração do PADO.

30. Portanto, parece que a redação atual do inciso I do artigo 20 do RASA está mais consentânea com o sistema de incentivos à cessação da infração o quanto antes, e de forma que necessite de menos recursos da Agência envolvidos em fiscalização do cumprimento de obrigações regulatórias.

31. Em relação ao inciso II do art. 20 do RASA, em que se eleva o atual desconto de 50% (cinquenta por cento) para os casos de cessação da infração imediatamente ou em prazo consignado pela Anatel, após a ação da Agência, para 70% (setenta por cento), nos casos de cessação da infração até a prolação da decisão de primeira instância pela autoridade competente, faz-se necessário, primeiramente, melhor motivação, pela área técnica, sobre a modificação proposta, no sentido de justificar o aumento do percentual de 50% (cinquenta por cento) para 70% (setenta por cento) de desconto, inclusive à luz da efetividade do dispositivo em sua redação atual, bem como a razão pela qual se propõe que a cessação da infração possa ocorrer em um marco temporal dentro do processo mais alargado, passando de momento imediatamente ou em prazo consignado pela Agência para "*até a prolação da decisão de primeira instância pela autoridade competente*".

32. Nesse contexto, também não parece salutar estabelecer a decisão de primeira instância para a cessação da infração como marco temporal para incidir a atenuante prevista no inciso II do art. 20 do RASA, uma vez que o atuado poderia interpor recurso alegando que, na data da decisão já tinha cessado a infração. Tendo em vista que a decisão sobre o PADO é um ato da Anatel e que o ônus da prova da configuração da atenuante é um ato da parte, o mais adequado é restringir a incidência da atenuante ao término do prazo para alegações finais, que também é um ato da parte e é anterior à decisão administrativa. Assim, recomenda-se que a atenuante seja aplicável para a cessação da infração ocorrida até o término do prazo para alegações finais, como ocorre na hipótese proposta para incidir as atenuantes de confissão ou de adoção de medidas, pelo infrator, para minimizar os efeitos decorrentes da infração cometida (art. 20, incs. III e IV, e § 3º). No entanto, ressalte-se que, ainda assim, esse alargamento de prazo para incidência dessa atenuante não parece estar coerente com o objetivo de incutir no infrator o interesse em cessar a infração no menor prazo possível.

33. Como exemplo, imagine-se um PADO em que, entre a data de notificação para defesa e a data de intimação para apresentação de alegações finais transcorra o prazo de 2 (dois) anos, tendo ocorrido nesse processo várias diligências da Agência no sentido de aferir o efetivo cumprimento das infrações apuradas. Não parece haver interesse público que, ainda assim, esse infrator seja beneficiado com desconto de 70% (setenta por cento).

34. Vale observar, também, que a atenuante de 70% (setenta por cento) incidirá tanto para os casos em que a infração for cessada mediante Plano de Ação, como nos casos em que o infrator passar a cumprir a legislação regulatória sem celebrar a referida medida de controle. Portanto, não se verifica qualquer incentivo para o infrator cessar a infração sem a necessidade de Plano de Ação, que demandaria muito mais trabalho e recursos da Agência para propor e acompanhar o seu cumprimento.

35. Nessa perspectiva, esta Procuradoria sugere, como já ventilado, que a Agência avalie inclusive a própria necessidade de criar o instituto do Plano de Ação, uma vez que, definida na regulamentação uma atenuante de 70% para cessar a infração antes da decisão de primeira instância (ou até o término do prazo de alegações finais como sugere a Procuradoria), há um grande incentivo para que o atuado cesse a infração no curso do Pado, independentemente do aval da Agência para dar início à efetivação das medidas para cessar a infração.

36. Pelo procedimento exposto, a eficácia do Plano de Ação depende da proposta do administrado e da aprovação discricionária da Anatel. A incidência da atenuante de 70% prevista no inciso II do art. 20, por outro lado, não exige a realização desses dois atos, bastando que o Administrado cesse a infração até o momento em que ela se aplica e demonstre isso nos autos para a Agência.

37. Ao que parece, o principal ganho da criação do Plano de Ação, comparada à atenuante do inciso II do art. 20, em termos de política regulatória, seria conceder um prazo maior que o do rito comum do Pado para que a infração seja cessada, especialmente nos casos em que seria justificável um prazo maior para a cessação da infração. Nesse sentido, talvez ficaria mais simples, em vez de criar a figura do Plano de Ação, apenas incluir um parágrafo no art. 20 para prever que o Administrado pode requerer a suspensão do processo por até 180 dias, para efeito de cessar a infração no curso do processo e se beneficiar da atenuante, sem que a incidência dela exija que o Administrado proponha o Plano e que a Agência tome uma decisão discricionária acerca do Plano, em especial se ele atende ou não os objetivos almejados.

38. Ainda sobre as alterações propostas para o art. 20 do RASA, sugere-se manter a previsão no

sentido de que a cessação da infração por ação da Anatel, e não do infrator, obsta a incidência da atenuante prevista no inciso II e, caso não seja atendida a recomendação acima acerca do inciso I, também afasta a possibilidade de aplicação dessa atenuante.

39. Quanto ao disposto no §4º do art. 20 do RASA, sugere-se incluir a expressão "em qualquer instância recursal", a fim de ficar claro que a retratação da confissão, em qualquer momento do processo antes do trânsito em julgado, torna prejudicada a incidência da respectiva atenuante. Sugere-se, desse modo, a renumeração do §4º para §5º, em razão de sugestão de inclusão de texto sugerida mais adiante, e com a seguinte redação:

Proposta da PFE

Art. 20 [...]

[...]

§ 5º A retratação da confissão, em qualquer instância recursal, torna prejudicada a incidência da atenuante prevista no inciso III.

40. O art. 29 da minuta prevê a inclusão do §6º ao art. 33 do RASA, nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 33. [...]

[...]

§6º O infrator que expressamente renunciar à litigância administrativa até o final do prazo das Alegações Finais fará jus a um fator de redução de 35% (trinta e cinco por cento) no valor da multa a ser aplicada.

41. Observe-se que a redação atual do RASA, em seu art. 33, § 5º, já prevê fator de redução no importe de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor da multa aplicada ao infrator que renunciar expressamente ao direito de recorrer da decisão de primeira instância, desde que faça o pagamento no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da intimação da decisão de aplicação de sanção.

42. Esse fator de redução de 25% (vinte e cinco por cento), existente atualmente, tem por finalidade diminuir a litigância administrativa, incentivando o administrado apenas em decisão de primeira instância a renunciar ao direito de interposição de recurso, culminando na solução definitiva da lide, em troca da concessão de um desconto no valor da multa que lhe fora aplicada. A solução da lide ocorre de forma plena, na medida em que até mesmo o valor da multa é pago pelo autuado (cumprimento de fato da sanção administrativa).

43. Note-se que a apresentação de renúncia ao direito de recorrer da decisão de primeira instância evita o prolongamento da discussão administrativa em torno do objeto litigioso, acarretando economia de recursos humanos e financeiros por parte da Administração no prosseguimento desse processo.

44. Sobre o fator de redução, confirmam-se trecho do Parecer nº 1413/2011/DFT/ICL/IGP/LFF/MGN/PFS/PGF/PFE-Anatel, que analisou a minuta do atual RASA, *in verbis*:

709. Vale lembrar que, pela proposta, o desconto só incidirá sobre crédito não tributário ainda não constituído definitivamente. A referida redução só poderá ser concedida imediatamente após a prolação da decisão de primeira instância, tendo em vista que a intenção da Agência é evitar que a parte interponha recurso administrativo com caráter protelatório, e, conseqüentemente, com vista a conferir maior celeridade ao ingresso dos valores aos cofres públicos.

710. Convém esclarecer que o montante do desconto proposto não deve, em nenhuma circunstância, retirar o caráter sancionador e pedagógico da sanção, de modo que o valor da multa deve ser suficiente para desestimular o cometimento de novas infrações similares. Cumpre destacar que a aplicação de multa não possui intuito arrecadatório e que a ideia de concessão de descontos em razão de renúncia ao recurso administrativo é razoável e até conveniente, para estimular o cumprimento das obrigações, o rápido julgamento dos processos, e a dispensa de cobrança do crédito não tributário.

45. Entretanto, a proposta de inclusão de novo fator de redução, no importe de 35% (trinta e cinco por cento), não cumpre a mesma finalidade do fator já previsto no art. 33, § 5º, do RASA. Segundo o texto que se pretende adicionar ao Regulamento de Sanções, o infrator poderá renunciar à litigância administrativa até o final do prazo para alegações finais, e terá direito a um fator de redução de 35% (trinta e cinco por cento) no valor da multa a ser aplicada.

46. Ocorre que o administrado, antes da decisão de primeira instância, não tem conhecimento do valor da multa que lhe será aplicada, sendo, no mínimo, duvidoso haver interesse do infrator de já, neste momento, renunciar ao direito de recorrer da eventual sanção de multa que lhe venha a ser imposta. Para o administrado ter condições de análise sobre a vantagem em recorrer ou renunciar a esse direito, ele precisa ter conhecimento do valor da sanção de multa que lhe será imposto.

47. Outra dificuldade que se vislumbra na proposta de inclusão de novo fator de redução é que, decidido o processo, ainda que já esteja com o desconto de 35% (trinta e cinco por cento), se o infrator não concordar com a decisão, não há qualquer impedimento legal para ele interpor o recurso cabível.

48. Para melhor compreender a problemática que envolve essa proposta, imagine-se a hipótese em que o infrator, em um exercício de futurologia, suponha que lhe será aplicada uma penalidade de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por determinada infração. Acreditando que a multa a ser imposta seja nesse valor, ele resolve renunciar à litigância administrativa, no prazo das alegações finais, para fazer jus ao fator de redução de 35% (trinta e cinco por cento) sobre esse valor, a fim de que a eventual multa lhe seja aplicada na importância de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais). No entanto, a autoridade de primeira instância, no momento de decidir o litígio, entende que o valor mais adequado para a infração praticada seja no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que, após a incidência do fator de redução sugerido, terá seu valor reduzido para R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais).

49. Inconformado com a decisão, o infrator decide interpor recurso. A apresentação de impugnação à decisão afastará, de imediato, a incidência do desconto de 35% (trinta e cinco por cento), e gerará, automaticamente, a necessidade de cumprimento do procedimento relativo à *reformatio in pejus*, com a notificação do recorrente para apresentação de alegações, nos termos do art. 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784, de 1999. Nesse caso, ressalte-se que o não conhecimento da base de cálculo sobre a qual incidirá o desconto de 35% tornará questionável a própria renúncia à litigância administrativa feita anteriormente, de onde se depreende a fragilidade desse fator de redução da multa ainda na fase de alegações finais.

50. Cabe lembrar que, em relação ao fator de redução previsto no §5º do art. 33 do RASA, se a área técnica constatar que o autuado requereu a incidência do fator de redução, porém não efetuou o pagamento no prazo adequado, é possível restabelecer o valor da multa (desconsiderando, portanto, o fator de redução de 25%), sem necessidade de observar o procedimento previsto no parágrafo único do art. 64 da Lei nº 9.784, de 1999. Tendo em vista que o fato que justifica a incidência do fator de redução é posterior à decisão recorrida, a incidência ou o afastamento do fator de redução não significam alteração (nem agravamento) da decisão condenatória de primeira instância, conforme já manifestado por este órgão jurídico em momento anterior.

51. Em consequência, no exemplo citado, a renúncia apresentada no prazo das alegações finais não diminuiu, em qualquer grau, a litigância administrativa. Pelo contrário, a apresentação de recurso contra a decisão que aplicou sanção de multa com o desconto de 35% (trinta e cinco por cento) já cria a necessidade de notificá-lo mais uma vez a fim de apresentar alegações, em razão da possibilidade de agravamento da sua sanção. Além disso, o fato de o administrado abrir mão de continuar a discutir o objeto do processo sancionador antes do julgamento de primeira instância não afasta a necessidade de a área técnica produzir Informe com análise do feito, e a autoridade competente de decidir o processo. Ou seja, não há, de fato, com a pretensa criação desse novo fator de redução, um impedimento real a que o administrado continue a litigar administrativamente no âmbito desse mesmo processo, de onde se infere a sua não vantajosidade para a Administração.

52. Diante disso, esta Procuradoria recomenda a exclusão da minuta em análise do acréscimo do § 6º ao art. 33 do RASA. Uma vez acolhida essa recomendação, a redação das propostas de alteração dos arts. 17, § 2º, e 21, do RASA, deverão ser adaptadas a esse entendimento.

53. Além das alterações propostas ao Regulamento de Sanções, a área técnica sugeriu a exclusão integral do seu Capítulo XV, referente à Decisão Sumária de Arquivamento, conforme razões expostas no Informe nº 1/2016/SEI/COQL7/COQL/SCO, que seguem, *in verbis*:

3.12.3.4. Quanto à previsão do Capítulo XV - Da decisão sumária de arquivamento, verificou-se dificuldades operacionais no procedimento que impediram, até o presente momento, a sua utilização, como, por exemplo, a necessidade de o Agente de Fiscalização já entregar o boleto da multa no momento da atividade em campo e a possibilidade de a Anatel ter que devolver valores quando os requisitos necessários para seguir o rito sumário não foram cumpridos. A necessidade de estabelecimento, *a priori*, de um valor fixo para a multa também se mostrou uma situação bastante complexa para determinadas infrações.

3.12.3.5. Diante destas dificuldades e tendo em vista a necessidade de definição não só de sanções, como também de mecanismos de estímulo à cessação da conduta, é relevante, para adoção do modelo que hora se propõe por meio do Regulamento de Fiscalização Regulatória, propor alterações no RASA que promovam o incentivo à conformidade.

3.12.3.6. Como forma de melhor organização das circunstâncias atenuantes do RASA, propôs-se agrupar todos incentivos previstos no art. 20 e a inclusão do art. 20-A para a possibilidade de renúncia à litigância.

3.12.3.7. Por fim, em relação à proposição da PFE-Anatel sobre a possibilidade de agravamento da sanção nos casos em que o Plano de Ação venha a ser descumprido, entendeu-se relevante incluir essa circunstância agravante no rol previsto no art. 19. Nesta mesma linha, também se propôs a proibição temporária de utilização desta mesma medida nos casos de descumprimento, conforme apresentado no item 3.12.2.8 do presente Informe.

3.12.3.8. Assim, considerando o acima exposto, bem como a manifestação da PFE-Anatel, procedeu-se alterações nos arts. 17, §1º, 19 e 20 do RASA, inclusão do art. 20-A, assim como a exclusão integral do Capítulo XV e seus artigos, nos seguintes termos:

54. Com efeito, se desde a edição da Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, que aprovou o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, não se viabilizou a realização do procedimento relativo ao sancionamento pela prática de infrações de simples apuração, mostra-se justificada sua exclusão.

55. Apresentada a motivação, pela área técnica, para exclusão do Capítulo XV do RASA, esta Procuradoria não vislumbra qualquer óbice jurídico para a Agência prosseguir nesse propósito.

2.5 Outros questionamentos formulados à Procuradoria: prescrição, confissão, possibilidade de se firmar TAC

56. Caso superadas as ponderações apresentadas acima por este órgão jurídico no sentido de excluir do Regulamento de Fiscalização Regulatória a parte relativa ao Plano de Ação, analisa-se a seguir alguns outros questionamentos formulados à Procuradoria.

57. O Conselheiro Relator e a área técnica questionam este órgão jurídico se: a) a proposta de Plano de Ação constitui "*ato inequívoco que importe em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória*", apto a interromper a prescrição da ação punitiva, nos termos do art. 2º, inc. IV, da Lei nº 9.873, de 1999; b) a proposta de Plano de Ação, aceita ou não, caracterizaria confissão, possibilitando-se a aplicação da respectiva atenuante; e c) é possível ou não a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em processo sancionador que já foi objeto de Plano de Ação firmado entre a prestadora e a Anatel.

58. Quanto ao primeiro ponto, a respeito da aptidão de o Plano de Ação interromper a prescrição quinquenal, com fundamento no art. 2º, inc. IV, da Lei nº 9.873, de 1999, nos termos já expostos por esta Procuradoria, no Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU, não se vislumbra óbice jurídico a que o requerimento do Plano de Ação apresentado pelo autuado, ou sua assinatura pelo autuado (no caso de Plano de Ação proposto pela Agência) interrompam a prescrição. Aqui, vale lembrar que, conforme consta da proposta, não há formalmente, diferentemente do TAC, uma assinatura conjunta de um Termo, mas (i) um requerimento de Plano de Ação (ato do administrado) seguido de aprovação pelo Superintendente (ato da Administração); ou (ii) uma proposta de Plano de Ação de ofício (ato da Administração) seguido do ato de concordância do interessado (ato do administrado). Em ambos os casos, por óbvio, é o ato do administrado que se afigura com aptidão à interrupção da prescrição.

59. O Plano de Ação somente poderá ser realizado se houver a concordância das partes interessadas, prestadora e Anatel e, ademais, seu cumprimento possibilitará a atenuação de sanção a ser imposta, na hipótese de plano elaborado em razão de indícios de infrações. Em sentido contrário, no caso de seu descumprimento, incidirá circunstância agravante no importe de 40% (quarenta por cento), segundo a minuta, em seu art. 26, que inclui o inc. IV ao art. 19 do RASA.

60. Ou seja, o Plano de Ação, ao que tudo indica, tem caráter negocial e, portanto, demonstra ser uma tentativa de solução conciliatória em que o administrado terá benefícios (atenuante) no caso de cumpri-lo, e agravamento de sanção (agravante), na hipótese de seu descumprimento, se existirem indícios de infrações.

61. Inclusive, esta Procuradoria já se manifestou no Parecer nº 991/2009/PGF/PFE-Anatel, sobre a possibilidade de termos de ajustamento de conduta ou termos congêneres interromperem a prescrição da pretensão punitiva do Estado, conforme trechos abaixo transcritos, *in verbis*:

36. Por fim, cumpre comentar a recente introdução legislativa de mais uma hipótese de interrupção da prescrição da pretensão punitiva, qual seja: a realização de atos inequívocos que importem **expressa tentativa de solução conciliatória no âmbito interno** da Administração Pública Federal (inciso IV do art. 2º).

37. Apesar do ineditismo do emprego da expressão “tentativa de solução conciliatória” associada aos procedimentos administrativos que tenham por objeto o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal, deve-se compreendê-la como uma alusão à possibilidade de celebração de termos de ajustamento de conduta ou termos congêneres. Contudo, há de se alertar que tal “tentativa de solução conciliatória”, além de inequívoca, deverá ser juridicamente possível, embasada em autorizações legais e regulamentares expressas para tanto.

38. Dessa forma, a correta interpretação do art. 2º, IV, da Lei nº 9.873, de 1999, somente será possível mediante exame do caso concreto, a fim de que seja apurada a legalidade da proposta de solução conciliatória, nos seus aspectos formais, materiais e temporais, à luz da legislação em vigor à época da prática do ato. Em outras palavras, é válido afirmar que uma tentativa de solução conciliatória reputada juridicamente impossível não servirá como evento interruptivo da prescrição quinquenal. [Grifos no original].

62. Por outro lado, como já exposto por este órgão jurídico, o Plano de Ação, na forma como está apresentado na minuta de Regulamento, não se submete às disposições do Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), aprovado pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013. Confirmam-se os argumentos tecidos por esta PFE no Parecer nº 554/2016/PFE-ANATEL/PGF/AGU nesse sentido, *in verbis*:

44. Da leitura do excerto acima destacado, a área técnica pretende criar uma nova forma de ajuste entre prestadoras e Anatel com vistas a prevenir ou reparar algum ilícito identificado pela Administração, independentemente da sanção, se for o caso. Como se vê, o instituto pretendido pela Anatel não difere ontologicamente do Termo de Ajustamento de Conduta previsto no art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), vez que ambos possuem um nítido caráter de bilateralidade (há discussão se o TAC seria um negócio jurídico ou um ato administrativo negocial) e têm como objetivo adequar a conduta do particular à legislação de regência.

45. Ao que parece, portanto, o Plano de Ação possui caráter negocial. Se assim o é, interessante se estipular expressamente a previsão da discricionariedade de a Administração firmar Planos de Ação com interessados de modo a evitar discussões futuras acerca do tema.

Proposta da PFE

Art. 36 O Plano de Ação constitui um conjunto ordenado de práticas a serem implementadas pelo Administrado com a discricionária concordância da Superintendência, considerando os temas específicos de suas respectivas competências, e objetiva a célere adequação de conduta quando houver a identificação de riscos regulatórios ou indícios de infrações.

46. Cumpre registrar que o Plano de Ação, disciplinado na forma apresentada na minuta de Regulamento, não estará sujeito à incidência do Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), aprovado pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013.

47. Vale dizer: Termo de Ajustamento de Conduta é um instituto previsto em legislação ordinária (Lei nº 7.347, de 1985, entre outras), enquanto o Plano de Ação é um instituto que constará de atos infralegais (Regulamento da Agência), o qual, em apertada síntese, constitui uma atenuante (uma vez firmado e cumprido possibilita substituir uma multa por advertência) a exemplo de outras já previstas no art. 20 do Regulamento de Sanções Administrativas.

48. Nessa perspectiva, é oportuno destacar que não se vislumbra óbice jurídico à criação, por ato infralegal, de uma nova forma de adequação da conduta dos administrados à

regulamentação, com regras diversas das estabelecidas pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, desde que não haja violação a normas de hierarquia superior. No caso em tela, a instituição do Plano de Ação não colide com normas de hierarquia superior.

63. Porém, para deixar essa possibilidade clara no regulamento, recomenda-se acrescentar disposição expressa no sentido de que a proposta de Plano de Ação apresentada pela prestadora, ou a aceitação por ela de Plano de Ação ofertado pela Agência, importará em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória, com a consequente interrupção do prazo de prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 2º, inc. IV, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.

64. Nessa linha, sugere-se a inclusão da seguinte redação no § 2º do art. 36 da minuta, com a renumeração do atual § 2º e demais parágrafos:

Proposta da PFE

Art. 36 [...]

[...]

§ 2º A apresentação de proposta de Plano de Ação pelo administrado, ou sua aceitação ao Plano de Ação ofertado pela Anatel, importará em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória, com a consequente interrupção do prazo de prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 2º, inc. IV, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.

65. Outro ponto levantado pelo Conselheiro Relator e pela área técnica diz respeito à capacidade de o Plano de Ação caracterizar a confissão, de forma a incidir a correspondente atenuante na aplicação da sanção.

66. Observe-se que se o interessado na realização do Plano de Ação está se obrigando a cessar a infração que está praticando, adequando sua conduta ao disposto em lei, significa, necessariamente, reconhecimento da ilicitude, em maior ou menor intensidade, dos atos praticados por ele. O objetivo do Plano de Ação, ao que tudo indica, é permitir àquele que infringiu as regras de direito aplicáveis a correção de sua conduta, em cronograma a ser estabelecido entre o administrado e a Agência. Portanto, é consequência da aprovação do Plano de Ação o reconhecimento, ainda que tácito, do desajuste da conduta praticada pelo interessado.

67. Desse modo, a aprovação do Plano de Ação, tendo em vista depender da concordância do interessado, pode importar em sua confissão quanto à matéria de fato, bem como no reconhecimento da ilicitude da conduta em apuração, e no seu compromisso de "*célere correção ou melhoria de condutas*". Convém observar, por outro lado, que o mero requerimento formulado pelo interessado na aprovação de Plano de Ação não pode ter essa mesma consequência. Entender de modo diverso desestimula a própria utilização desse instituto pelo Administrado, uma vez que o mero requerimento já lhe traria um efeito jurídico desfavorável (confissão) sendo que o efeito possivelmente favorável (concessão de prazo para cessar a infração, com incidência de atenuante) dependeria de uma decisão discricionária, e não de um ato vinculado.

68. Além disso, se o mero requerimento de Plano de Ação for suficiente para caracterizar a confissão do interessado sobre a matéria de fato à qual corresponderá o objeto de eventual medida de controle a ser imposta ao administrado com a sua concordância, poderá inibir os interessados de demonstrar interesse em cessar as infrações praticadas mediante o cumprimento de Plano de Ação, haja vista que a aprovação do Plano de Ação não depende apenas do preenchimento de requisitos pelo administrado, mas sim de uma decisão discricionária da Administração.

69. Ou seja, se a simples proposta de Plano de Ação apresentada pelo administrado importar em reconhecimento da ilicitude da conduta em apuração, a Agência poderia deixar de aprovar o Plano de Ação e utilizar a confissão como prova no processo sancionador em que está ou será apurada a afronta a obrigação regulatória.

70. Portanto, deve-se deixar claro que apenas a aprovação do Plano de Ação ou sua aceitação, no caso de proposta de ofício da Agência, é hábil ao efeito aventado.

71. Nessa linha, recomenda-se a inclusão da seguinte redação no § 4º no art. 20 do RASA, com a renumeração do atual § 4º e dos demais parágrafos, que explicita esse entendimento, com a seguinte redação:

Proposta da PFE

Art. 20. [...]

[...]

§ 4º A aprovação pela Agência de Plano de Ação proposto pelo Administrado ou a assinatura pelo autuado de Plano de Ação proposto pela Agência caracteriza confissão para fins de aplicação da atenuante prevista no inciso III.

72. Tendo em vista que o instituto do Plano de Ação é objeto de disciplina exclusivamente infralegal, não há óbice jurídico a que a o Conselho Diretor discorde desta Procuradoria e, ao editar a Resolução, entenda que não se deve atribuir efeito de confissão para os Planos de Ação aprovados pela Agência, a exemplo do que consta na Resolução n. 629, de 16 de dezembro de 2013, que trata do Regulamento de TAC (art. 5º, § 1º). Todavia, para que haja maior clareza na utilização desse instituto, esta Procuradoria sugere que haja dispositivo expresso no Regulamento tratando do tema, seja atribuindo efeito de confissão aos Planos de Ação aprovados, conforme sugerido pela Procuradoria, seja deixando expresso que não ocorre esse efeito jurídico (a exemplo do art. 5º, § 1º, do RTAC)

73. Por fim, questiona-se desta Procuradoria se é possível a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) em processo sancionador que já foi objeto de Plano de Ação firmado entre a prestadora e a Anatel.

74. Para responder a essa questão, é importante trazer à tona o disposto no art. 38 da minuta do Regulamento, *in verbis*:

Art. 38. O descumprimento de Plano de Ação impede a celebração de novo plano com o

mesmo objeto pelo período de 2 (dois) anos, a contar da data da decisão que atestou o descumprimento.

Parágrafo único. No decorrer do Plano de Ação, caso a Anatel identifique que não serão alcançados os resultados propostos, poderá adotar outras medidas de controle.

75. Nos termos do dispositivo transcrito acima, o administrado que descumprir Plano de Ação aprovado pela Agência ficará impedido de celebrar novo plano com o mesmo objeto pelo período de 2 (dois) anos. Ora, se o descumprimento de Plano de Ação impede a aprovação de novo Plano, não seria coerente permitir a celebração de TAC relativo à infração que já fora objeto de Plano de Ação, sob pena de contrariar a lógica de incentivos existente na regulamentação da Agência para a regularização de condutas infrativas. Desse sistema fazem parte a política de atenuantes previstas no RASA para aplicação em PADO's e a possibilidade de celebração de TAC, nos termos da Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013.

76. Não parece manter coerência com a atual política sancionatória e de regularização de condutas da Agência conceder ao infrator a possibilidade de corrigir sua conduta mediante Plano de Ação e, caso o descumpra, permitir-lhe tentar corrigir, novamente, sua prática irregular com a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta.

77. Para essa impossibilidade ficar clara na minuta do Regulamento, propõe-se incluir um segundo parágrafo no art. 38, com a renumeração do parágrafo único para § 1º, com a seguinte redação:

Proposta da PFE

Art. 38. [...]

§ 1º [...]

§ 2º A aprovação de Plano de Ação impede a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta com o mesmo objeto.

78. Vale ressaltar, entretanto, a recomendação feita acima no sentido de a Agência reavaliar o interesse público em incluir o Plano de Ação na minuta do Regulamento de Fiscalização Regulatória, tendo em vista as ponderações feitas no corpo deste opinativo.

3. CONCLUSÃO

79. Diante do exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia-Geral da União - AGU, opina:

a) Tendo em vista que a proposta de alteração do RASA é fruto da solução encontrada em Análise de Impacto Regulatório já realizada anteriormente, observa-se ser, nos termos da argumentação expendida pela área técnica, desnecessária a realização de nova AIR. Dessa forma, verifica-se que o requisito relativo à realização de AIR fora cumprido, atendendo-se o disposto no art. 62 do Regimento Interno;

b) A determinação constante do art. 60 do Regimento Interno, referente à realização de Consulta Interna, foi devidamente atendida;

c) Diversas dúvidas surgem das disposições da minuta do Regulamento de Fiscalização Regulatória a respeito do Plano de Ação. Nesse contexto, são necessários esclarecimentos relativos aos seguintes pontos:

c.1) Quando o Plano de Ação pode ser proposto, antes da instauração do PADO, ou durante sua tramitação?

c.2) Se o Plano de Ação for aprovado pela Agência antes da instauração do PADO, não está claro na minuta se a Agência deve imediatamente instaurá-lo ou se é necessário esperar o cumprimento do Plano de Ação.

c.3) Por outro lado, ponto de reflexão é a competência monocrática de um Superintendente para aprová-lo, quando comparado com a competência para a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), em que se faz necessário seja analisado por uma Comissão de Negociação e posteriormente aprovado pelo órgão máximo da Agência, o Conselho Diretor. Observe-se que, nos termos da minuta, o cumprimento do Plano de Ação pode acarretar, como se verá mais adiante, desconto de até 90% (noventa por cento) do valor da multa que seria aplicada pela prática da infração que constitui seu objeto. No TAC, os descontos máximos são inferiores a esse patamar, e demanda a análise e aprovação de uma Comissão de Negociação e do Conselho Diretor, respectivamente.

c.4) O Plano de Ação deve "*conter compromissos com finalização até 2 (dois) anos antes do prazo de prescrição da ação punitiva*". Contudo, se essa medida de controle, na hipótese de o Plano de Ação ser aprovado depois de instaurado o PADO, ele poderá ter o prazo máximo de 1 (um) ano, visto que durante o processo também tem curso o prazo da prescrição intercorrente (três anos)?

c.5) O Plano de Ação, na formatação constante da minuta do Regulamento de Fiscalização Regulatória, não parece diferenciar ontologicamente do Termo de Ajustamento de Conduta, de modo que é relevante deixar claro em que situação é cabível a utilização de Plano de Ação (se seria para toda e qualquer infração ou apenas para aquelas com multas de valor mais baixo, por exemplo), se o requerimento do Plano de Ação suspende o PADO, quais os efeitos jurídicos do cumprimento do Plano de Ação.

d) Mostra-se altamente recomendável a reanálise pela Agência em prosseguir com a inclusão do Plano de Ação no Regulamento de Fiscalização Regulatória, levando-se em consideração o interesse público envolvido e a possibilidade de a atenuante do inciso II do art. 20 cumprir os objetivos para os quais o Plano de Ação seria instituído, conforme apresentando neste Parecer;

e) A redação atual do inciso I do artigo 20 do RASA parece estar mais consentânea com o

sistema de incentivos à cessação da infração o quanto antes, e de forma que necessite de menos recursos da Agência envolvidos em fiscalização do cumprimento de obrigações regulatórias;

f) Faz-se necessário motivação, pela área técnica, sobre a modificação proposta, no sentido de justificar o aumento do percentual de 50% (cinquenta por cento) para 70% (setenta por cento) de desconto, inclusive à luz da efetividade do dispositivo em sua redação atual, bem como a razão pela qual se propõe que a cessação da infração possa ocorrer em um marco temporal dentro do processo mais alargado, passando de momento imediato ou em prazo consignado pela Agência para "*até a prolação da decisão de primeira instância pela autoridade competente*";

g) Ainda sobre as alterações propostas para o art. 20 do RASA, sugere-se manter a previsão no sentido de que a cessação da infração por ação da Anatel, e não do infrator, obsta a incidência da atenuante prevista no inciso II e, caso não seja atendida a recomendação acima acerca do inciso I, também afasta a possibilidade de aplicação dessa atenuante;

h) Quanto ao disposto no §4º do art. 20 do RASA, sugere-se sua renumeração para §5º, em razão de sugestão de inclusão de texto proposta por esta Procuradoria neste opinativo, e com a seguinte redação:

Proposta da PFE

Art. 20 [...]

[...]

§ 5º A retratação da confissão, em qualquer instância recursal, torna prejudicada a incidência da atenuante prevista no inciso III.

i) Pela exclusão da minuta em análise do acréscimo do § 6º ao art. 33 do RASA. Uma vez acolhida essa recomendação, a redação das propostas de alteração dos arts. 17, § 2º, e 21, do RASA, deverão ser adaptadas a esse entendimento;

j) Não se vislumbra óbice jurídico para exclusão do Capítulo XV do RASA, nos termos da motivação apresentada pela área técnica;

k) Sugere-se a inclusão da seguinte redação no § 2º do art. 36 da minuta, com a renumeração do atual § 2º e demais parágrafos:

Proposta da PFE

Art. 36 [...]

[...]

§ 2º A apresentação de proposta de Plano de Ação pelo administrado, ou sua aceitação ao Plano de Ação ofertado pela Anatel, importará em manifestação expressa de tentativa de solução conciliatória, com a consequente interrupção do prazo de prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 2º, inc. IV, da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.

l) Recomenda-se a inclusão da seguinte redação no § 4º no art. 20 do RASA, com a renumeração do atual § 4º e dos demais parágrafos, com a seguinte redação:

Proposta da PFE

Art. 20. [...]

[...]

§ 4º A aprovação pela Agência de Plano de Ação proposto pelo Administrado ou a assinatura pelo autuado de Plano de Ação proposto pela Agência caracteriza confissão para fins de aplicação da atenuante prevista no inciso III.

m) Propõe-se incluir um segundo parágrafo no art. 38, com a renumeração do parágrafo único para § 1º, com a seguinte redação:

Proposta da PFE

Art. 38. [...]

§ 1º [...]

§ 2º A aprovação de Plano de Ação impede a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta com o mesmo objeto.

É o Parecer. À consideração superior.

À consideração superior.

Brasília, 8 de dezembro de 2017.

LEANDRO DE CARVALHO PINTO
PROCURADOR FEDERAL
COORDENADOR DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

IGOR GUIMARÃES PEREIRA
PROCURADOR FEDERAL
ASSESSOR ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500205186201510 e da chave de acesso b4be5f78

Documento assinado eletronicamente por IGOR GUIMARAES PEREIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 87471418 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): IGOR GUIMARAES PEREIRA. Data e Hora: 08-12-2017 18:05. Número de Série: 4239120642836377665. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por LEANDRO DE CARVALHO PINTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 87471418 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LEANDRO DE CARVALHO PINTO. Data e Hora: 08-12-2017 18:03. Número de Série: 3119737330213051911. Emissor: AC CAIXA PF v2.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - SEDE
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL
SAUS, QUADRA 6, BLOCO H, 6º ANDAR, ALA NORTE - BRASÍLIA/DF - CEP 70.070-940 - (61) 2312-2377

DESPACHO n. 03065/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.205186/2015-10

INTERESSADOS: ANATEL - COQL - GERÊNCIA DE CONTROLE DE OBRIGAÇÕES DE QUALIDADE

ASSUNTOS: TELECOMUNICAÇÕES: NORMATIZAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO E OUTROS

1. Aprovo o **PARECER n. 964/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU**
2. Restituam-se os autos à origem.

Brasília, 08 de dezembro de 2017.

PAULO FIRMEZA SOARES
PROCURADOR-GERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500205186201510 e da chave de acesso b4be5f78

Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 97066706 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 08-12-2017 18:10. Número de Série: 1277741. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.
