

# UMA ANÁLISE BREVE DA ATUAÇÃO DA ANATEL SOB A PERSPECTIVA DA REGULAÇÃO RESPONSIVA<sup>1</sup>

**Alexandre Almeida da Silva**

Mestrando em Direito Público no programa de mestrado profissional da Escola de Direito da FGV/SP, especialista em Direito Privado Patrimonial pela PUC/Rio e graduado em Direito pela UFRJ. Sócio da Jacó Coelho Advogados.

**RESUMO:** O presente artigo procura avaliar o processo de mudança de método de regulação que vem sendo empreendido pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), que pela análise crítica do método de comando e controle e pela experimentação de ferramentas da regulação responsiva vem implementando novas formas de desenvolver o mercado de telecomunicações para aumentar a percepção de satisfação do consumidor, simplificando regras e atendendo à efetividade das intervenções regulatórias.

**PALAVRAS-CHAVE:** agência reguladora; regulação responsiva; telecomunicações; sanções administrativas; regulação por comando e controle.

**ABSTRACT:** regulatory agency; responsive regulation; telecommunications; administrative sanctions; command and control regulation.

**KEYWORDS:** The present article seeks to assess the process of changing the regulation method that has been undertaken by the National Telecommunications Agency (ANATEL), which, through the critical analysis of the command and control method and in the experimentation of responsive regulation tools, has been implementing new ways of developing the telecommunications market to increase the perception of consumer satisfaction, simplifying rules and taking into account the effectiveness of regulatory interventions.

1. Introdução. 2. Regulação responsiva. 3. Contexto normativo na Anatel. 3.1. Lei das Agências. 3.2. Resolução Anatel 717/2019. 3.3. Consulta Pública 53/2018. 3.4. Resolução 589/2012. 3.5. Relatório Anual de Gestão da Anatel (2019). 4. Estratégia de comando e controle e a sua obsolescência na regulação atual. 5. Conclusão.

## 1. Introdução:

---

<sup>1</sup> Este breve artigo, com alguns ajustes e complementações atuais, foi elaborado em razão da avaliação final da disciplina Governança e Controle Público no Mestrado Profissional em Direito Público da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo em julho de 2020. Agradecimentos ao professor André Rosilho e à minha orientadora Juliana Bonacorsi de Palma pela leitura e excelentes e importantes críticas ao texto. Eventuais falhas ou equívocos são de inteira responsabilidade do autor.

A ANATEL iniciou um processo de revisão de seus regulamentos e passou a adotar um discurso aderente ao modelo de regulação responsável.

Aparentemente, foi incorporada, dentro da Agência, a consciência de que o regramento técnico é rapidamente afetado pela obsolescência e que há grande assimetria de informação entre regulador e regulado. Como corolário os objetivos pretendidos são prejudicados por uma postura adversarial das partes envolvidas, razão pela qual foi dada preferência ao fomento do diálogo e da transparência no processo de regulação, assumindo a Agência que o foco da atividade de ordenação do mercado deve estar no resultado, na eficiência, esta aferida principalmente pela satisfação do usuário. Paralelamente, os próprios atores do mercado já assumem uma conduta mais ativa e de colaboração na resolução das questões, em direção a um futuro processo de autorregulação, buscam, por isso, formar mais consenso com a Agência.

Apesar do que foi dito, ainda é válida, para a melhor contextualização do problema, uma rápida abordagem histórica.

Até a década de 90 do século passado a telefonia no Brasil estava longe de ser um serviço universalizado, neste contexto se faz útil mencionar que, naquele tempo, existia um mercado paralelo de linhas telefônicas, e que não eram acessíveis, pois custavam muito dinheiro. Já as novas linhas eram adquiridas mediante contratos de investimento para expansão da rede (os chamados “planos de expansão”), firmados com empresas do Sistema Telebrás e que sujeitavam o usuário a contribuir financeiramente com a expansão da infraestrutura do serviço e a aguardar durante anos até que finalmente lhe fosse entregue a linha telefônica. A propósito, as linhas telefônicas eram de tão modo valorizadas que constavam no arrolamento de bens no processo de inventário de pessoas falecidas, algo que hoje pode parecer estranho para os mais jovens.

Em meados da década de 1990 começou o processo de privatizações, isto no curso do mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso. No mesmo período chegou ao Brasil a tecnologia de telefonia celular (atual Serviço Móvel Pessoal - SMP). Mas, como todo bem escasso, de alta demanda e de última geração, era extremamente valorizado, portanto alcançável por uma parcela muito pequena da população, assim não foi neste momento que de fato se viu iniciado o verdadeiro processo de universalização do serviço de telecomunicações.

Nesse período também não se falava muito em qualidade do serviço, seja porque o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) era uma norma ainda em fase de amadurecimento, seja porque não haviam meios fáceis de acesso ao judiciário, aos reguladores e aos órgãos de defesa do consumidor, seja, enfim, pela escassez e simples desejo pelo bem, de modo que era muito mais relevante ao consumidor conseguir ter acesso a ele do que se importar se o serviço era prestado com eficiência, qualidade e modicidade.

Mas, paulatinamente todo o contexto começou a se alterar, pois evoluíram, a partir de então, as privatizações, o que melhorou o ambiente competitivo, paralelamente houve a formação de um sistema de proteção ao consumidor que, além de uma lei avançada, contou com a criação e consolidação dos Juizados Especiais e de órgãos de defesa do consumidor (especialmente, agência reguladora, Procons e representações especializadas dos Ministérios Públicos estaduais), ocorreu ainda, no curso dos anos, o aumento da

concorrência pela via das “empresas espelho” e, finalmente, agora sim, o mercado começou a mudar radicalmente, mas era só o começo<sup>2</sup>.

Voltando a questão da qualidade dos serviços e ao cumprimento dos ditames regulatórios, o controle e fiscalização das operadoras que serviam o SMP e o STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado) era pautado no método regulatório denominado “comando e controle”, orientado por pesadas sanções que eram aplicadas por meio dos PADOs (Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações). E, foi assim que, no curso dos últimos 24 (vinte e quatro) anos, a Agência Nacional de Telecomunicações organizou o mercado, tendo na sanção pecuniária um meio de dissuasão, aplicada sempre que constatado o descumprimento de alguma obrigação contratual ou regulatória.

No entanto, da década de 90 para cá muita coisa mudou. O serviço público concedido (o STFC) praticamente caiu em desuso nas residências brasileiras, o celular (SMP), serviço autorizado e prestado em regime de direito privado, passou a ser muito mais relevante e este sim universalizou a telecomunicação no Brasil<sup>3</sup>. Mas não só.

Nos últimos 10 (dez) anos a indústria de telecomunicações entrou em um verdadeiro processo disruptivo. Empresas como **Facebook, Instagram, Whatsapp, Telegram, Netflix, Amazon Prime, Spotify, Skype** dentre outras, conhecidas como OTTs (*Over-the-Top*), a partir da infraestrutura servida pelas operadoras tradicionais, passaram a ofertar serviços que com aquelas abriam competição. E, se por um lado as operadoras sofriam forte regulação, eram submetidas às penalidades da Agência Nacional de Telecomunicações e viram parcela importante de sua receita sendo dragada por estas empresas entrantes<sup>4</sup>, por outro lado ainda hoje a regulação sobre as OTTs reclama por uma definição mais formal e precisa, mas as operadoras que antes eram refratárias ao novo modelo, hoje atuam em parceria com muitas das novas empresas de tecnologia em telecomunicações, reconhecendo que a realidade se impõe.

Enfim, dado este rápido quadro histórico, por mais que a agência reguladora pretenda se manter atualizada em suas normas, o mercado é demasiadamente dinâmico e isso demanda a adoção de estratégias mais condizentes com o contexto que se pretende regular. Talvez por isso a ANATEL, em linha com a necessidade atual, tenha no final do ano de 2019 aprovado a Resolução 717 (Regulamento de Qualidade) e em 2018 lançou a Consulta Pública 53, que pretende alterar a Resolução 589/2012 (Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas – RASA) e substituir a Resolução 596/2012 (atual Regulamento de Fiscalização).

---

<sup>2</sup> Por mais que o senso comum seja extremamente crítico em relação à qualidade da prestação dos serviços de telecomunicações no Brasil seria uma utopia acreditar que os referidos serviços alcançariam a sofisticação e a universalização que tem hoje sem o processo de privatização das empresas do Sistema Telebrás, ainda que se possa criticar a forma como isso foi feito.

<sup>3</sup> Em abril de 2020 o Brasil tinha 225,6 milhões de celulares, com tele densidade de 106,54 para cada 100 habitantes. Fonte: Teleco (<https://www.teleco.com.br/ncel.asp>) acesso em 08/07/2020.

<sup>4</sup> É possível mencionar que as receitas decorrentes de mensagens de texto e comunicação por voz foram muito afetadas pelo serviço do *Whatsapp* e similares, por exemplo. Isso sem mencionar que a viabilidade de serviços de *streaming* é totalmente dependente de investimentos em infraestrutura de rede, investimentos que ficam no orçamento das prestadoras do serviço de acesso à internet banda larga.

Outrossim, tanto na Resolução quanto na Consulta Pública há direta referência à adoção da regulação responsiva como estratégia de interação com o mercado. Diante desta afirmação a inferência lógica é que estaria superada a antiga estratégia de comando e controle (baseada na punição), uma vez que a regulação responsiva não somente difere do método anterior por perseguir o diálogo com os atores do processo antes de utilizar ferramentas de dissuasão, como visa promover o resultado mais eficiente e aderente à finalidade pública, ao invés de ter a multa como resposta imediata ao ato de infração.

Logo, esta mudança de discurso aponta para adoção de estratégias dialógicas, com maior dose de consensualidade e soluções diversas e inovadoras em relação ao que antes se empregava.

A indagação que resta então é se as normas, atuais e em fase de elaboração, caminham em direção a uma verdadeira regulação responsiva. Por ora, o que se pode afirmar é que a experiência regulatória brasileira em telecomunicações é ainda pautada pelo método de comando e controle. As sanções, até então, possuem foco na punição e apenas, como se verificará, uma proporção marginal das multas aplicadas tem recolhimento efetivo. É regra o tratamento litigioso, inicialmente administrativo, seguido do judicial, e isso carrega custos elevados (para regulador, regulado e usuários), até por isso não traz resultados práticos e eficientes. Daí vem a importância de analisar se a proposta em curso na Anatel para alterar o Regulamento de Qualidade, de Aplicação de Sanções e o Processo de Fiscalização é de fato fundada, objetivamente, na superação da estratégia de comando e controle por um método de regulação responsiva.

## **2. Regulação responsiva**

Feita uma nota introdutória e contextual, é preciso neste ponto aprofundar o conhecimento sobre o que é o método denominado regulação responsiva, o qual guarda diferenciação clara em relação ao método de comando e controle apesar de ambas tratarem de método de ordenação de condutas e aplicação de sanções.

Em uma abordagem muito superficial poder-se-ia afirmar que a regulação responsiva é uma técnica que visa alocar a maior parte da atividade de controle do mercado no diálogo colaborativo entre o regulador e o regulado, e com isso se pretende que a adoção das melhores práticas sejam estabelecidas por ação espontânea ou induzida (persuasão) e na qual, idealmente, as questões sejam resolvidas pela autorregulação dos administrados ou com mínimas intervenções do regulador que, neste ponto, o apoia, orienta e conduz. No insucesso do diálogo colaborativo o método responsivo indica meios de escalonamento e “descalonamento” das pirâmides de sanções e de colaboração, sendo certo que no caso de aplicação de sanções é importante que sejam severas, mas bem motivadas, ou mesmo que ocorra a incapacitação do regulado arredo e, se a severidade servir para recuperar o engajamento do agente no processo de regulação, que seja possível mitigar os efeitos das sanções ou mesmo perdoar o infrator, isso a depender do contexto.

Quanto ao conteúdo sancionatório, neste modelo, as penalidades somente seriam adotadas em casos extremos, depois de tentativas de diálogo, e o regulador deve estar sensível e considerar as dificuldades do mercado e dos incentivos econômicos incidentes, buscando sempre a definição mais eficiente e não a imediata resposta à infração pela penalidade.

Todavia, apesar de correta a aceção, o resumo é bastante simplista, já que a regulação responsiva é mais complexa do que o que se expôs imediatamente acima.

A obra edificante sobre o tema é de autoria de Ian Ayres e John Braithwaite – *Responsive Regulation. Transcending the deregulation debate* (Oxford University Press). Nela os autores desenvolvem a tese na qual os atores da regulação tem perfis diversos, alguns obedecem à lei por um cálculo econômico, isto é, somente estarão aderentes a ela se os custos do descumprimento superarem os benefícios do não cumprimento, outros são absolutamente aderentes, ou seja, se está na lei eles cumprirão os ditames propostos, e há ainda aqueles que são arredios a qualquer tipo de ordenação de condutas, estes não pretendem participar do jogo da regulação, portanto não merecem integrar o cenário e, por isso, ao fim do processo devem ser incapacitados.

Outro ponto importante na teoria é o que informa ser menos custosa a estratégia de persuasão do que aquela baseada na punição, e os motivos chegam a ser óbvios. O *enforcement* demandado para conduzir um processo de fiscalização e controle tradicional é complexo e demorado. Se faz necessário o monitoramento e fiscalizações, por vezes *in loco*, identificada alguma infração é iniciado um procedimento de inquirições e quando se verifica materialidade dá-se início ao processo, que respeitará o contraditório, demandará análises, decisões e recursos, nestes casos em julgamentos colegiados. Vencida a fase administrativa, inicia-se a judicial; e o ciclo parte mais uma vez do princípio. Em resumo, são investidos anos para o encerramento de controvérsias e o resultado acaba, no mais das vezes, sendo tomado pela decisão judiciária.

Neste contexto, a interação persuasiva é muito otimizada pela possibilidade, ainda que potencial, do uso da força (estratégia de dissuasão), mas é a capacidade de persuasão do regulador que verdadeiramente contribuirá para a construção da confiança e da cooperação. Quando o regulador opta por uma estratégia que se baseia exclusivamente na punição ele tende a destruir a possibilidade de ter com o regulado uma relação baseada na confiança e acaba por incentivar a resistência e o comportamento oportunista. Logo, se o regulador é capaz de identificar o perfil de conduta de seus regulados e organizar o *enforcement*, ele pode adotar estratégias diversas e personalizadas que seguirão o caminho determinado pela postura do regulado, se colaborativa, estabelecendo o diálogo regulatório, adotando orientações, advertências, medidas reparatórias ou de cunho mais informativo e reputacional, se, por outro lado a conduta for de resistência à regulação, o regulador pode fazer uso de instrumentos mais severos, escalando-os, isso até que o regulado compreenda a necessidade e volte a colaborar. Já nos casos mais graves a escalada pode culminar, inclusive, em medidas incapacitantes, como a cassação de licenças e autorizações para atuação no mercado, ou mesmo a caducidade dos contratos firmados.

A ilustração mais comum para organizar a ideia e as ferramentas da regulação responsiva é a pirâmide<sup>5</sup> (vide figura abaixo)<sup>6</sup>, na qual de um lado se postam as medidas de apoio para adesão às normas regulatórias, neste caso utilizadas para os regulados colaboradores e, de outro lado, as medidas de sanção, indicadas para os reativos. Entre os lados deve haver comunicação, de modo que seja fluída a variação entre as medidas de colaboração para as medidas de sanção, caso o regulado não demonstre disposição colaborativa. Retomado o diálogo retorna-se ao lado das medidas de persuasão e apoio. Finalmente, o objetivo é que o regulado passe a colaborar voluntariamente (no sentido ideal, autorregulação) ou nos casos indicados, em contrário, que severas medidas sejam adotadas, como multas e mesmo, como dito antes, a eliminação do não colaborador do mercado<sup>7</sup>.

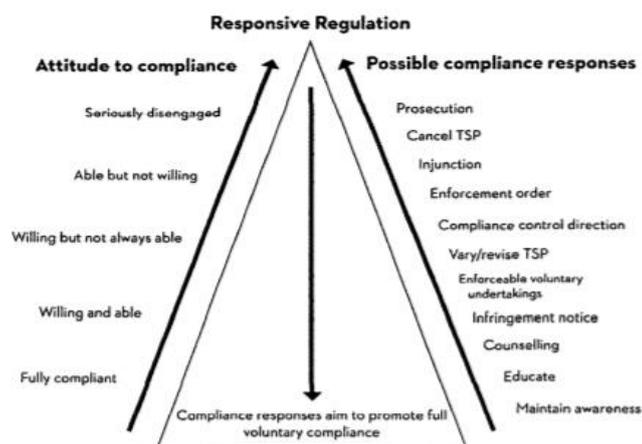


Figure 2: Australian Office of Transport Safety Responsive Regulatory Philosophy (TSP: Transport Safety Plan).

<sup>5</sup> “...Ayres e Braithwaite propõem que modelos sancionatórios responsivos e eficientes, orientados pela estratégia TFT, sejam estruturados sob a forma de uma pirâmide. A base seria composta de medidas essencialmente persuasivas, que se tornariam tanto mais severas quanto mais próximas do vértice. A ideia é que a maior parte das respostas estatais permaneça na camada inferior. Daí se progrediria para o uso de instrumentos intermediários, como notificações e advertências, seguidas de multas e de suspensões temporárias de direitos, até se chegar ao vértice, em que situada a medida extrema e excepcional – por isso big gun – de incapacitação definitiva dos agentes para o exercício da atividade (a exemplo da cassação de sua licença)”. Voronoff, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 143.

<sup>6</sup> As we move up de sanctions pyramid, increasingly demanding interventions are involved. The idea of the pyramid is that our presumption should always be to start at the base of the pyramid first. Then escalate to somewhat punitive approaches only reluctantly and only when dialogue fails. Then escalate to even more punitive approaches only when more modest sanctions fail. A regulator might escalate with a recalcitrant company from persuasion to a warning to civil penalties to criminal penalties and ultimately to corporate capital punishment – permantly revoking the companie’s license to operate. (Braithwaite, John. The essence of responsive regulation. p. 482 e 483).

<sup>7</sup> A ideia fundamental da regulação responsiva é que a função primacial de significativa parcela da regulação é capacitar os regulados para a colaboração. Cada vez mais a regulação produzida no interior da máquina pública sem diálogo com sociedade e regulado se tona impraticável, seja pela assimetria informacional, seja pela questão de legitimidade. Para tanto, é fundamental que as relações entre reguladores e regulados sejam o máximo possível menos adversarial. A regulação pela via do *deterrence effect*, lastreada na sanção, é mais custosa, incentiva a cultura de resistência à regulação e define uma dinâmica de “caça e caçador” entre regulador e regulado, motivando que este explore as brechas legais Palma, Juliana Bonacorsi de. Identidade das sanções administrativas nas concessões de serviços públicos, *in mimeo*, p. 22.

Nota-se da ilustração que em um processo de regulação responsiva é oportuno que se considere os predicados do regulado, como seus antecedentes, seu esforço para estar aderente às normas (investimentos, programas de treinamento, controles e fiscalizações internas e histórico de respostas e correções em casos anteriores, incluindo ajustes de conduta espontâneos) e os resultados eficientes devem ser capazes, se justificável e motivado, para, inclusive, afastar responsabilização (*waive of liability*). Na medida que o nível de disposição para colaboração for fomentado, haverá mais transparência entre regulador e regulado, o esforço de organização do mercado será reduzido e ele se tornará mais eficiente. Por mais que não seja de todo viável que se confie unicamente na autorregulação, da mesma forma não se deveria apostar todas as fichas na punição, sendo mais adequada, atualmente, uma combinação de estratégias com execução que vislumbre resultado, eficiência econômica, satisfação do usuário e a manutenção de um ambiente competitivo no mercado.

Não se pretenderia, portanto, abdicar das sanções como ferramentas de dissuasão, pois ela tem extrema importância, mas não para servir como repressão às condutas que evoquem a infração. O melhor uso, ao menos de início, é que as sanções sirvam à estratégia *stick and carrot*, como um mecanismo de indução de comportamentos desejáveis (pela ameaça de punição). A propósito, não somente por isso, elas também se prestam a ser uma ameaça constante ao infrator e, por isso, precisam ser rigorosas. Este contexto serve de referência para o agente racional e calculista que ponderando risco de ser flagrado na infração, e considerando a perda disso decorrente, retrocede e se mantém aderente à regra.

Passo seguinte, quando houver a falência das tentativas de diálogo persuasivo e de dissuasão sancionatória na escala de gravidade, deve-se aplicar a sanção mais severa, pois isso servirá não somente para realizar a pena decorrente da infração, como passará uma clara e pedagógica mensagem ao mercado, induzindo aos pares que não sigam o mesmo caminho do ator sancionado.

Existem ainda aqueles atores que não se integram ao diálogo regulatório, o refutam e não entram ou acabam abandonando o “jogo”. Para estes, resta reservado o vértice da pirâmide sancionatória e que representa a real sanção incapacitante, que é a retirada do regulado do mercado, cassando-se suas licenças e autorizações e decretando a caducidade de seus contratos, quando os ajustes legais (leis, regulamentos e contratos) permitirem. Mas, enfim, será uma estratégia que sirva de via indutora de comportamentos aderentes às regras que terá mais possibilidades de alcançar os resultados estabelecidos nas metas baseadas nas melhores finalidades públicas, para tanto o regulador deve ser capaz de, ao mesmo tempo, cooperar, mostrar força e legitimidade e, até, perdoar (nos casos que isso se justificar). A punição deve ser a *ultima ratio* e ter conteúdo pedagógico, não somente para o regulado, como também para os seus pares competidores.

Em uma análise ainda mais desenvolvida do modelo, Alice Voronoff<sup>8</sup> preceitua que é “*necessária [a] avaliação do desempenho do regime regulatório, com vistas a deflagrar as mudanças que se fizerem necessárias. Trata-se de uma espécie de sensibilidade à performance, que precisa ser permanente. Cabe ao regulador analisar se*

---

<sup>8</sup> Voronoff, Alice. Direito Administrativo Sancionador no Brasil. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 154.

*as estratégias e ferramentas regulatórias adotadas têm logrado alcançar os objetivos de interesse público almejados; se há atividades que impedem ou dificultam o alcance desses objetivos, mas que não estão abarcadas pelas ferramentas existentes, e se há atividades “off the screen”, ou seja, fora do raio de detecção e controle pelo regulador. Sem esse diagnóstico, não há como identificar mudanças necessárias. Ao mesmo tempo, o regulador deve ser sensível às alterações nos objetivos e nos ambientes regulatórios para propor ajustes”.*

Um processo bem articulado e dinâmico de regulação responsiva, no qual todas as chances de ajuste são esgotadas e o regulador age proativamente para mitigar riscos, antecipar recomendações e ajustes de regras, teria como consequência, inclusive, o reforço de legitimidade e razoabilidade da decisão final que, eventualmente, imponha uma sanção, de modo que, diante de evidências nesse sentido, se levada ao crivo do judiciário, a decisão administrativa terá mais chances de manutenção, o que elevará o respeito e o rigor das decisões do regulador, impulsionando um círculo virtuoso.

Finalizando cumpre mencionar que em um espectro mais restrito há a chamada *regulação por indução ou por incentivos*<sup>9</sup>. Esta técnica é muito menos complexa, se comparada com a regulação responsiva e busca em uma abordagem mais focada em critérios econômicos gerar o incentivo para a adesão voluntária do regulado ao comportamento desejável pelo regulador, mas como não é esse o centro de nosso estudo, não haverá o aprofundamento do tema neste texto, bastando a breve menção.

### **3. Contexto normativo na Anatel**

Neste momento faz-se necessário estudar o contexto normativo mais recente incidente ou originado na Agência, além disso será útil a abordagem do relatório de gestão, pois tal documento declara as intenções no que toca a implementação do programa regulatório. Desta forma, a iniciar pela recente Lei das Agências será realizada análise sob a perspectiva da regulação responsiva e de sua aplicação prática.

#### **3.1. Lei das Agências**

A denominada Lei das Agências (Lei 13.848/2019) não é muito relevante no que toca à atividade sancionatória, mas para efeito de contextualizar a temática pode ser dito que ela veio para tutelar a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. E, na linha de uma orientação de conduta, determina que a

---

<sup>9</sup> “Em determinadas situações regulatórias, a aplicação de mecanismos normativos menos intrusivos à esfera de liberdade dos agentes regulados pode se mostrar pragmaticamente mais eficiente à obtenção dos resultados socialmente desejados, em caráter autônomo ou complementar à regulação por normas de comando e controle. Nesse sentido, cabe ao regulador conceber hipóteses normativas de estímulo ou indução voluntária de comportamentos, evidentemente acompanhadas de mecanismos econômicos de recompensa ou de geração de posições jurídicas de vantagem, em caso de aceitação do trade off proposto no esquema regulatório. Daí a essência da regulação por incentivos: conceder prêmios ou recompensas ao regulado que adira voluntariamente a uma proposta normativa não cogente, incluída no espectro de políticas públicas desenhadas para determinado setor”. Binenbojm, Gustavo: Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 166.

atividade regulatória deverá observar “a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público” (grifos nossos), conforme art. 4º da lei.

Outra orientação que aponta para uma mudança de posicionamento estratégico para as agências é o estabelecimento, pela norma, da elaboração de metas, relatórios de gestão e apresentações que devem ter foco em resultados, é o que dispõem os arts. 15 e 16<sup>10</sup>. Tudo isso parece orientar para uma preocupação com a eficiência da intervenção administrativa.

### 3.2. Resolução Anatel 717/2019

Na Resolução 717, de 23 de dezembro de 2019, que se aplica a todas as prestadoras dos serviços Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, do Serviço Móvel Pessoal – SMP, do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM e dos serviços de Televisão por Assinatura, em regime público ou privado, que tenham oferta desses serviços aos consumidores no varejo, por meio de rede própria, por meio de infraestrutura de terceiros, ou que prestam serviço na modalidade de Autorizada de Rede Virtual, a ANATEL realizou a sua adequação ao que dispôs a Lei das Agências, para tanto, a título de exemplo, providenciou a criação de sua Ouvidoria, tal como previsto na Lei, e fez outras mudanças normativas.

Na mesma Resolução a Agência aprovou o seu novo Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações (RQUAL) que, em duas passagens (art.s 6º e 13), faz remissões à regulação responsiva, a qual deve ser, a partir de então, o método adotado

---

<sup>10</sup> Art. 15. A agência reguladora deverá elaborar relatório anual circunstanciado de suas atividades, no qual destacará o cumprimento da política do setor, definida pelos Poderes Legislativo e Executivo, e o cumprimento dos seguintes planos:

I - plano estratégico vigente, previsto no art. 17 desta Lei;

II - plano de gestão anual, previsto no art. 18 desta Lei.

§ 1º São objetivos dos planos referidos no caput:

I - aperfeiçoar o acompanhamento das ações da agência reguladora, inclusive de sua gestão, promovendo maior transparência e controle social;

II - aperfeiçoar as relações de cooperação da agência reguladora com o Poder Público, em particular no cumprimento das políticas públicas definidas em lei;

III - promover o aumento da eficiência e da qualidade dos serviços da agência reguladora de forma a melhorar o seu desempenho, bem como incrementar a satisfação dos interesses da sociedade, **com foco nos resultados**;

IV - permitir o acompanhamento da atuação administrativa e a avaliação da gestão da agência.

§ 2º O relatório anual de atividades de que trata o caput deverá conter sumário executivo e será elaborado em consonância com o relatório de gestão integrante da prestação de contas da agência reguladora, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, devendo ser encaminhado pela agência reguladora, por escrito, no prazo de até 90 (noventa) dias após a abertura da sessão legislativa do Congresso Nacional, ao ministro de Estado da pasta a que estiver vinculada, ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados e ao Tribunal de Contas da União, e disponibilizado aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet.

§ 3º (VETADO).

§ 4º É do presidente, diretor-presidente ou diretor-geral da agência reguladora o dever de cumprir os prazos estabelecidos neste artigo, sob pena de responsabilidade.

Art. 16. A agência reguladora deverá implementar, em cada exercício, plano de comunicação voltado à divulgação, com caráter informativo e educativo, de suas atividades e dos direitos dos usuários perante a agência reguladora e as empresas que compõem o setor regulado.

para avaliação e regulação da qualidade dos serviços, e mais, institui a atuação responsiva como princípio de atuação do órgão<sup>11</sup>.

O Regulamento cria o Selo de Qualidade que classificará as operadoras entre A (melhor colocação) e E (pior desempenho). A aferição será anual, por serviço, no município, na unidade federativa e em abrangência nacional. As empresas classificadas como desempenho D e E poderão sofrer medidas, tais como e sem prejuízo de outras estabelecidas em normas específicas, conforme abaixo:

- medidas adicionais de transparência e comunicação aos usuários;
- exigência de plano de ação;
- expedição de medidas cautelares;
- compensação aos consumidores do respectivo município.

Será ainda instituído um grupo técnico de qualidade (Grupo Técnico de Qualidade – GTQUAL). Coordenado pela ANATEL e integrado por representantes seus, da Entidade de Suporte a Aferição da Qualidade (ESAQ)<sup>12</sup> e das prestadoras, tendo por

---

<sup>11</sup> Art. 6º A gestão da Qualidade é regida pelos princípios e regras contidos na Constituição Federal, na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na regulamentação da Anatel e em especial, pelos seguintes princípios:

- I - liberdade econômica;
- II - função social das redes de telecomunicações;
- III - livre concorrência;
- IV - redução das desigualdades regionais e sociais;
- V - defesa do consumidor;
- VI - **atuação de forma responsiva;**
- VII - **incentivo ao comportamento responsivo dos entes regulados;**
- VIII - avaliação da qualidade por meio da percepção dos consumidores em complemento às medições técnicas;
- IX - estímulo à melhoria contínua da prestação dos serviços de telecomunicações;
- X - promoção da transparência e da disseminação de dados e informações à sociedade, observados os dispositivos legais aplicáveis;
- XI - diversidade na oferta dos serviços de telecomunicações, compatíveis com a exigência dos usuários; e,
- XII - máxima granularidade e precisão dos indicadores, nos limites das capacidades técnica, econômica e estatística.

Art. 13. A Anatel, para alcançar os objetivos e princípios da Qualidade estabelecidos neste Regulamento, deve basear-se na **regulação responsiva**, com adoção de medidas proporcionais ao risco identificado e à conduta das prestadoras, especialmente quando as prestadoras forem classificadas com Selo "D" e "E" em municípios e/ou UF, podendo adotar, dentre outras, as seguintes medidas, sem prejuízo das fixadas em regulamentação específica:

- I - medidas adicionais de transparência e comunicação aos usuários;
- II - exigência de plano de ação;
- III - expedição de medidas cautelares;
- IV - compensação aos consumidores do respectivo município.

<sup>12</sup> A ESAQ executa o processo de aferição de qualidade, consolida e publica os resultados, devendo dar garantias de impessoalidade, isonomia e integridade na execução de suas atividades, além de conceder pleno acesso à ANATEL às suas informações e deve ainda permitir que a agência, a qualquer tempo, a audite. No mais, segundo o art. 17 a “*ESAQ deve atender aos seguintes requisitos:*

- I - ser pessoa jurídica dotada de independência administrativa, autonomia financeira, patrimonial e impessoalidade decisória;*

objetivo “estabelecer os parâmetros técnicos de execução, operacionalização e atualização dos procedimentos para aferição dos índices e indicadores de qualidade”, conforme art. 14 da Resolução 717.

As atribuições conferidas ao GTQUAL são a coordenação das atividades de atribuição do grupo, discussão e proposição do Manual Operacional, bem como suas atualizações, especificação e validação dos requisitos para as soluções a serem desenvolvidas pela ESAQ, proposição ao Conselho Diretor da Anatel sobre a inclusão ou exclusão de indicadores a serem coletados, consolidados e publicados; e, por fim, dar subsídios aos estudos para a elaboração do documento que estabelecerá os valores de referência.

Os artigos 33 e 34, estabelecendo transparência e devida colaboração, tratam das sanções e dispõem que:

Art. 33. A constatação das seguintes condutas configura infração e sujeita a prestadora à aplicação de sanções, conforme regulamentação específica:

I - o uso de procedimento que possa conduzir a resultados incorretos ou levar a uma interpretação equivocada dos dados aferidos e avaliados;

II - a não publicação do Selo de Qualidade nos termos definidos no Manual Operacional;

III - a não disponibilização dos dados e meios necessários para a aferição de qualidade, ressalvadas as exceções estabelecidas no Manual Operacional;

IV - a não comunicação aos interessados e a não realização do ressarcimento das interrupções aos consumidores prejudicados, nos prazos e formas estabelecidos;

V - o descumprimento de providências determinadas pela Agência para melhorias de desempenho da prestadora, nos termos do art. 13.

Art. 34. Caso sejam apurados indícios de procedimentos que possam levar a uma interpretação equivocada dos dados, em desacordo com os procedimentos validados pelo GTQUAL ou no Manual Operacional, além da sanção cabível, será apurada a má-fé da prestadora, nos termos da regulamentação específica.

Neste ponto verifica-se a opção do Regulador de responder com penalidades quando a operadora falhar no encargo de prestar as devidas informações com correção e tempestividade, perquirindo, inclusive a má-fé, se manifesta, também demonstra que há a intenção de induzir um comportamento leal, honesto e transparente, o que vai de encontro a instituição de um ambiente de diálogo.

### **3.3. Consulta Pública 53/2018**

Já nos seus “considerandos” a consulta pública sobre o regulamento que tratará do novo processo de fiscalização da ANATEL elege os princípios da regulação

---

*II - ser constituída segundo as leis brasileiras;*

*III - ter prazo de duração indeterminado;*

*IV - deter capacidade técnica para executar o dimensionamento, contratação, especificação, planejamento, administração e atualização dos equipamentos, sistemas e soluções necessários ao desempenho de suas atribuições”.*

responsiva como norteadores ao processo de controle e fiscalização. Este documento pretende conformar a norma que substituirá a Resolução 596/2012 (atual Regulamento de Fiscalização) e alterar a Resolução 589/2012 (Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas – RASA).

As multas seriam reservadas às hipóteses nas quais não fosse cabível a sanção de advertência, quando o infrator tenha descumprido medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas e, ainda, em caso de risco à vida e desenvolvimento clandestino do serviço de telecomunicações. Somente seriam graves as condutas que implicarem em dano direto com prejuízo efetivo e significativo ao serviço e aos usuários, quando houver má-fé, ou quando estiver caracterizado óbice à atividade regulatória ou, finalmente, quando a conduta infracional implicar em algum risco à vida.

Há ainda prevista inovação na disposição do art. 20 do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas quando o texto passa a prever redução de até 90% da multa em caso de reparação do dano antes da intimação de instauração do PADO, hipótese que na regulamentação vigente somente seria adequada por correção espontânea antes de ação do regulador.

A advertência, por sua vez, seria reservada àquelas situações em que não seja justificável sanção mais grave, a conduta do infrator tiver sido escusável, se as consequências da conduta forem de baixa ofensividade ou se o infrator tiver cumprido as medidas preventivas ou reparatórias a ele impostas.

Quando a consulta entra na *minuta do Regulamento de Fiscalização estabelece que esta atividade perfaz o “conjunto de medidas, aplicáveis no todo ou em parte, de acompanhamento, análise, verificação, prevenção, persuasão, reação e correção por intermédio dos processos de Acompanhamento e de Controle, com o objetivo de alcançar os resultados regulatórios esperados e promover conformidade e melhoria na prestação dos serviços de telecomunicações”* (inciso IX do art. 4º). Portanto, há inscrito na norma o estabelecimento de um objetivo (ao menos ideal) de consecução de resultados e de melhoria na prestação dos serviços, o que é reforçado por disposições constantes do art. 5º da minuta, que referenciam a regulação por evidências e gestão de riscos, com foco e orientação e gestão por resultados (inciso II), a coordenação entre a ANATEL e órgãos da Administração Pública (inciso III), a atuação responsiva e que considere a postura dos Administrados (inciso IV) e a previsão de transparência e autorregulação, tudo isso converge ao objetivo de um controle mais atuante para o alcance de resultados.

É importante destacar, sobre o processo de acompanhamento, que a Minuta do Regulamento prevê, no art. 14, três conclusões, conjuntas ou isoladas, e são elas: a adoção de medidas preventivas ou reparatórias, a adoção de medidas de controle e composição de base de dados para os próximos ciclos. Considerando que o processo de acompanhamento é um campo fértil para diálogos no processo de regulação, em se tratando de uma norma que tem como princípio a regulação responsiva, esta previsão poderia ter sido aproveitada para esclarecer com mais detalhes como a Agência pretende implementar o método responsivo que se propõe a realizar.

Outro viés detém a previsão de adoção de medidas de prevenção e reparação. Estas, que podem ser: a divulgação de informações, a orientação aos Administrados, a notificação para regularização e o termo de conformidade, estão dentro de um contexto

de aplicação de regulação responsiva e parecem ter lugar muito eficiente, podendo ser aplicadas em uma abordagem inicial já em um processo de escalada das medidas de dissuasão, mas antecedentes a aplicação de penalidades. Entretanto, deve ser considerado que o art. 46, mais adiante, trata a notificação para regularização como atenuante, se cumprida, ou agravante, em caso contrário, isso para efeito das disposições dos arts. 19 e 20 do RASA, de modo que, neste ponto, parece haver incongruência ou um elevado apego a tradição de sanção como resposta às condutas em infração à norma.

Por sua vez o processo de controle, previsto no art. 52 e seguintes, enumera como ferramentas a divulgação de informações, a medida cautelar e o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO). No rol não há inovações, mas a aplicação a ser dada às ferramentas pode ir de encontro a uma regulação responsiva ou mesmo dela se afastar, se a atuação do regulador continuar priorizando a estratégia de comando e controle pela imposição direta e preliminar de sanções pecuniárias.

A considerar o parágrafo terceiro deste art. 52, que prevê um regime diferenciado e certa tolerância a depender da postura do Administrado, parece haver espaço para uma atuação mais adequada ao contexto. Por outro lado, também pode ser dúbia a interpretação do art. 53, prevendo que *“quando identificados riscos regulatórios, a Anatel, previamente à adoção de medidas punitivas, deve, sempre que possível, adotar medidas de controle que visem prevenir e corrigir condutas de forma tempestiva, objetivando cessar ou reduzir o impacto aos consumidores e ao setor”*, assim é possível intentar pela não aplicação de penalidade caso o impacto da conduta seja corrigido ou mitigado ou, em sentido contrário, poderá o Regulador apenas considerar o fato como uma circunstância atenuante, portanto há de se verificar qual será a linha interpretativa adotada pela Agência, caso prevaleça este texto.

### **3.4. Resolução 589/2012 (Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas - RASA)**

A Resolução 589, de 07 de maio de 2012, a princípio, será parcialmente alterada, conforme já retratado. Mas como o seu conteúdo majoritariamente permanecerá hígido, vale uma abordagem geral para uma melhor percepção se há convergência entre esta Resolução e aquela que trata do Regulamento de Qualidade e a que foi objeto de consulta pública.

O RASA tem por objetivo estabelecer critérios para a aplicação de sanções administrativas, e dentre elas está a advertência, a multa, a suspensão temporária, a obrigação de fazer e de não fazer, a caducidade e a declaração de inidoneidade, e em alguns casos previstos em lei, há ainda a multa diária.

Nos casos de má-fé o Regulamento<sup>13</sup> prevê que os controladores e administradores também serão multados, se, por hipótese, tiverem trilhado a mesma conduta. A propósito,

---

<sup>13</sup> Art. 7º Considera-se má-fé os seguintes comportamentos:

I - descumprir deliberadamente as disposições de leis, regulamentos, súmulas, contratos, termos e atos da Agência;

II - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de leis, regulamentos, súmulas, contratos, termos e atos aplicáveis ou fatos incontroversos;

o art. 7º descreve os comportamentos que serão tidos como má-fé, indo na linha do que dispõe o art. 80 do Código de Processo Civil em relação às hipóteses previstas, diferindo em relação à multa, que pode alcançar até 50% daquela que foi aplicada a empresa. Assim, existe no regulamento instrumento de agravamento da severidade das sanções quando se entender que a conduta do regulado foi maliciosa.

O RASA também estabelece critérios para definição das sanções, em seu art. 10, sendo eles: (I) a classificação da infração; (II) os danos resultantes para o serviço e para os usuários efetivos ou potenciais; (III) as circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme definições dos arts. 19 e 20 deste regulamento; (IV) os antecedentes do infrator; (V) a reincidência específica; (VI) o serviço explorado; (VII) a abrangência dos interesses a que o serviço atende; (VIII) o regime jurídico de exploração do serviço; (IX) a situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio; (X) a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; e (XI) o vulto da vantagem auferida, direta ou indiretamente, pelo infrator.

Ainda há, no art. 18, critérios objetivos que reforçam aqueles outros do art. 10, dentre os quais se incluem a quantidade de usuários afetados e o período de duração da infração.

Portanto, ao que parece, diante de critérios tão diversos e expressivos, não haveria razão para que a dosimetria das sanções fosse reduzida a mera operação matemática, existindo margem, prevista em norma, para que o regulador empreenda uma análise mais crítica para efetivar gradação mais paritária e equitativa em razão de eventuais sanções que pudesse vir a aplicar, fazendo uma subsunção entre a infração e todo o contexto apurado, incluindo uma abordagem consequencialista, isso poderia ser objeto de diálogo no contexto do processo de controle e fiscalização, o que abriria a oportunidade, antes da fixação de uma sanção, para se estabelecer medidas reparatórias, sanções não pecuniárias ou substitutivas, ou então, ao menos, se fazer uma correta dosimetria da multa.

Acresce-se à análise as sanções previstas no art. 3º (advertência, multa, suspensão temporária, obrigação de fazer, obrigação de não fazer, caducidade e declaração de inidoneidade, as quais podem ser escaladas nas hipóteses em que a resposta esperada não seja suficiente e satisfatória e, a depender do resultado final obtido, poderiam ser

---

III - alterar a verdade dos fatos, bem como juntar, aos autos, documentos falsos;

IV - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

V - opor resistência injustificada ao andamento do processo;

VI - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VII - provocar incidentes manifestamente infundados;

VIII - peticionar com intuito manifestamente protelatório.

Parágrafo único. Os conceitos de má-fé previstos neste artigo aplicam-se aos infratores e/ou aos seus administradores ou controladores.

Art. 8º 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, observando-se todos os princípios processuais legais.

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

§ 3º A má-fé disposta no caput será considerada infração de natureza grave.

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

substituídas por medidas menos gravosas, conforme autoriza o art. 24 do RASA – procedimentalmente, inclusive, esta medida poderia, em tese, ser adotada mesmo após decisão terminativa, pela via do pedido de reconsideração previsto no art. 31 do Regulamento.

### 3.5. Relatório Anual de Gestão da Anatel (2019)

O relatório que informa sobre a gestão da agência no exercício, neste caso, o mais recente (2019) é importante para a análise, pois ele declara textualmente que:

*“O projeto “Fiscalização Regulatória” merece destaque visto que a Agência revisou seus instrumentos de acompanhamento e controle de forma a torná-los mais responsivos, com resultados para a melhoria do serviço e não apenas com a imposição de sanções pecuniárias” (p. 9).*

E, continua:

*“Nesse sentido, a imposição de “obrigação de fazer” como forma de sanção foi instituída. Em alguns casos, a penalidade pode ser substituída por uma obrigação, como a implantação de infraestrutura para acesso 4G em localidades de baixa atratividade econômica, as quais, não seriam objeto da atuação comercial voluntária das prestadoras” (p. 9 e 10).*

Mas, o trecho mais importante, neste contexto, parece ser:

*“Almejando uma regulação mais simples e racional ao mesmo tempo que menos intervencionista, burocrática e custosa, a Anatel promoveu a simplificação e a redução da carga regulatória com a revogação expressa de 170 resoluções em 2019, o que representou 24% do total de resoluções aprovadas desde a criação da Agência. Para além disso, está em curso o projeto batizado como “guilhotina regulatória”, no qual se busca identificar ainda outras normas vigentes que tenham se tornado obsoletas ou ineficientes” (p. 10).*

Pelo relatório da gestão em 2019 é possível inferir uma alteração de estratégia, ainda que incipiente neste momento. A adoção de um tipo de sanção não financeira que já existia desde o ano de 2012, ano da aprovação da Resolução 589 (RASA)<sup>14</sup>, é uma demonstração clara disso.

---

<sup>14</sup> Resolução 589/2012. Art. 3º Os infratores estão sujeitos às seguintes sanções, sem prejuízo das medidas previstas na legislação consumerista e das sanções de natureza civil e penal, inclusive a prevista pelo art. 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

**IV - obrigação de fazer;**

**V - obrigação de não fazer;**

VI - caducidade; e

VII - declaração de inidoneidade.

Parágrafo único. O descumprimento das obrigações estabelecidas na Lei nº 11.934, de 5 de maio de 2009, 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.

Todavia, o que mais parece estar indo ao encontro de uma regulação mais responsiva é a simplificação do aparato regulatório. Por certo, esta medida tende a abrir frentes de diálogo e dará mais discricionariedade para decisões que persigam a eficiência e a melhor finalidade pública.

#### **4. Estratégia de comando e controle e a sua obsolescência na regulação atual**

De início deve se estabelecer o consenso de que a sanção administrativa tem uma função própria, uma finalidade. Dentre diversificados meios de intervenção que o Estado dispõe, ela se propõe a induzir que determinadas condutas sejam corretas e legais, existindo então a punição para que o ator de mercado saiba que se não seguidas determinadas prescrições, o agente econômico estará sujeito à penalidade que, por sua vez, deveria ser suficiente para esvaziar a racionalidade de condutas ilícitas, antecipando então o resultado, qual seja, para não sofrer a punição o regulado segue a regra.

Mas na realidade prática não é sempre desta forma, pois as sanções administrativas, que em uma escala de respostas deveria estar no fim do processo de controle, na prática se tornam medidas iniciais. E isso denota uma certa cultura de punição que existe na Administração Pública e, em alguns casos, servem de tentativa de um “reforço tributário”, posto que fica evidente que a intenção do agente do Estado mira mais a arrecadação de multas impostas do que a melhoria dos serviços regulados, o que não deveria ser a tônica de abordagem do tema.

Ainda que se admita que em determinado mercado os agentes apenas entendem a punição no contexto de revisão de condutas, é certo que, ainda neste caso, seria devida maior margem de manobra, a fim de produzir a conversão de multas em medidas substitutivas que pudessem entregar aos interessados melhorias que não viriam sem uma negociação ordenada pelo regulador<sup>15</sup>, caso isso fizesse sentido dentro da aplicação do método responsivo.

Indo direto ao ponto da suposta controvérsia que se pretende esclarecer, não são poucos os exemplos de que as sanções administrativas, em si mesmas, não cumprem bem o papel de servir como mecanismo de indução de comportamentos desejáveis, logo a estratégia de comando e controle pouco tem contribuído para a melhoria do ambiente regulatório brasileiro. O Tribunal de Contas da União já abordou o tema e evidenciou a baixa eficiência das sanções aplicadas pelas agências reguladoras demonstrando, em processo de monitoramento, que entre os anos de 2011 e 2014 apenas 6,03% das multas aplicadas foram efetivamente recolhidas (vide Acórdão 1970/2017).

---

<sup>15</sup> “A análise instrumental dos mecanismos que o regime jurídico-administrativo coloca à disposição da Administração Pública para satisfazer as finalidades públicas ganha relevância no tema da consensualidade. Afastado o afã de reprimir as infrações administrativas, em investigações ou apuradas, é possível identificar a prerrogativa sancionadora como instrumental às finalidades públicas, e na busca da satisfação destas finalidades pode ser negociada, para viabilizar a atuação administrativa consensual. A análise instrumental parte, portanto, da premissa de que os institutos de direito administrativo são instrumentos condicionados a finalidades maiores e fungíveis entre si, ressalvados os casos de vinculação administrativa que obrigue o emprego de determinado meio. Em um contexto de governança pública, a escolha entre a atuação sancionatória ou consensual concentra-se na avaliação dos efeitos que cada instrumento congrega no caso concreto” (Palma, Juliana Bonacorsi de. Sanção e Acordo na Administração Pública, p. 300).

Mais recente ainda está o Relatório Anual de Gestão da Anatel referente ao ano de 2019 do qual se extrai que, no referido exercício, foram aplicadas 1.395 multas equivalentes a R\$ 448,61 milhões e que o montante arrecadado ficou em, apenas, R\$ 45 milhões (p. 167). Assim, se a expectativa do regulador é que a aversão à punição pecuniária seja capaz de bem realizar a gestão de condutas, o monitoramento do TCU e os resultados recentes de uma das principais agências reguladoras mostram que não é esta a resposta que tem sido alcançada. E, pode-se dizer que se por um lado não houve a correção de condutas (viés preventivo), por outro, também não ocorreu a liquidação do suposto direito que a Administração constituiu contra o administrado, na forma de sanção pecuniária, o que denota a falência do suposto viés repressivo e retributivo.

Juliana Bonacorsi de Palma atribui as falhas sancionatórias ao legalismo estrito, ao enquadramento estático, ao punitivismo, à sobrevalorização do efeito simbólico da sanção e à imperatividade. A consequência destas anomalias na realidade prática são a perda da imagem reputacional dos mercados regulados e a tensão entre o regulador e o regulado. E, ao tratar das sanções em matéria de concessões, pondera que as sanções são mais uma ferramenta (e de *ultima ratio*) dentre várias outras disponíveis no programa regulatório, e a aplicação deve estar adequada com a sua finalidade que não é a sanção por si, mas a realização correta e regular da obrigação compromissada<sup>16</sup>.

Neste contexto, a estratégia pautada na punição financeira (multa), ao menos na experiência brasileira, tem baixa eficácia. Isso decorre de vários fatores. De início, se multa demais, logo os *players* de mercado enxergam punições pecuniárias como “custos de transação”, incorporando os ônus nas despesas administrativas, como se fossem um “pedágio” por atuar naquele determinado mercado regulado. Também não há preocupação com a imagem corporativa, pois se todos estão acostumados a lidar com as multas, não há um argumento de adjetivação da boa conduta. Outro aspecto é que a

---

<sup>16</sup> “Primeiramente, (i) a sanção administrativa não é pressuposta. Ela deve ser objeto de justificação específica, com clara demonstração da utilidade dos instrumentos sancionatórios para satisfação das finalidades públicas e para garantir a execução contratual. Nessa perspectiva, análises de impacto de *enforcement* com base em evidências comportamentais ou em casos passados são bem-vindas. Isso porque as sanções não são instrumentos de reprimenda pelo ilícito administrativo ou pela inexecução contratual, mas (ii) mecanismos que visam a garantir a execução contratual. Caso elas cumpram com a missão de ajustar o comportamento do contratado para a execução contratual – porque demasiadamente rigorosas e formalistas ou porque lenientes –, devem ser ajustadas.

Ainda, (iii) a sanção administrativa não é inerente aos contratos administrativos, sendo juridicamente viável a inexistência de cláusulas exorbitantes sancionatórias a depender do objeto do contrato ou mesmo a sua modulação. É imprescindível a sua (iv) clara e efetiva disciplina jurídica em programas sancionatórios propiciando incremento da segurança jurídica. Porém, as sanções administrativas devem ser compreendidas dentro de um contexto maior, admitindo-se a sua (v) convivência e concorrência com as sanções de natureza regulatória, geralmente previstas em regulamentos emanados por entidades reguladoras. Por essa razão os programas sancionatórios serem melhor compreendidos com todas as vertentes do exercício da competência sancionatória, refutando-se a ideia de que as sanções contratuais tutelam um bem jurídico diferente das sanções regulatórias – na prática, a disciplina sancionatória contratual ou regulamentar é uma predileção discricionária da autoridade administrativa.

Por fim, (vi) a sanção administrativa deve ser a *ultima ratio* dentre as demais técnicas regulatórias para se lidar com cenários de irregularidades. Trata-se de premissa especialmente cara nas relações contratuais públicas de longo prazo, como tipicamente é a concessão de serviços público, cujo êxito é também determinado pela sinergia de relacionamento entre Poder Público concedente e concessionárias. Técnicas alternativas como a consensualidade e a regulação responsiva são preferidas nessa seara. Importante que (vii) a aplicação de sanções seja acompanhada de todos os meios de garantia, particularmente os expressados na processualidade administrativa, como o devido processo legal e a motivação” (*in mimeo*, págs. 4 e 5).

judicialização das multas, frequente estratégia que, por sinal, é um desdobramento da exorbitância das penalidades administrativas aplicadas, acaba por determinar a verdadeira suspensão do problema, uma vez que todo o contexto já descrito facilita a concessão de liminares judiciais para suspender os efeitos das constringências impostas pelo título executivo, o valor em disputa é simplesmente registrado no relatório de contingências, no risco possível (que não gera sequer a obrigação de provisão contábil) e o processo é assim conduzido ao longo dos anos, e, muitas vezes, a conclusão é de redução parcial (mas representativa) ou mesmo a cassação judicial do ato e desconstituição do título executivo decorrente da decisão administrativa.

Diante desta observação da estratégia regulatória de comando e controle e da abordagem sobre o exaurimento de sua funcionalidade, adianta-se a afirmação de que vai em um bom caminho a ANATEL quando inaugura e declara a intenção de mudar radicalmente sua interação ao adotar um método responsivo de regulação, a saber, apenas resta conhecer em detalhes o desenho deste novo programa regulatório.

## **5. Conclusão**

O mercado de telecomunicações foi muito modificado desde a previsão de criação da Agência pela Lei Geral de Telecomunicações, e, em razão disso, os objetivos estratégicos precisam não somente estar atualizados, como a própria Agência, como reguladora, precisa empreender medidas mais aderentes ao cenário atual de constante inovação tecnológica, criação de novos sistemas, processos e empresas. Diante disso, o enxugamento de regulamentos e a abordagem mais responsiva, pautada no diálogo, na redução das assimetrias de informação, na intervenção com foco na eficiência e na melhor finalidade pública são, sem dúvida, os caminhos adequados.

É, portanto, muito lúcida a mudança de mentalidade anunciada pela ANATEL quando informa que assumirá postura mais responsiva na execução do programa regulatório. Os resultados da estratégia de comando e controle falam por si, uma vez que as multas aplicadas são arrecadadas apenas em parcela muito residual e os benefícios esperados em melhoria dos serviços não são entregues com tempestividade e eficiência.

A recente aprovação do Termo de Ajustamento de Conduta fechado com a operadora TIM (mencionada no relatório de gestão) é uma clara demonstração de que há vantagens na busca pelo consenso. Investimentos em mercados de baixa atratividade econômica e não alcançados pelas obrigações contratuais ou regulatórias, ao menos em curto prazo, puderam ser viabilizados pela execução da consensualidade. Mas, ainda assim, o processo de negociação foi lento e burocrático.

Sobre a convergência entre o discurso e a prática da Agência, analisado o arcabouço regulatório constituído pela Lei das Agências, pelo Regulamento de Qualidade, pela Consulta Pública 53 (sobre o Regulamento de Fiscalização) e pelo Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas, há nas normas características e instrumentos que se encaixam no método de regulação responsiva e que poderiam compor as pirâmides de cooperação e de dissuasão, dentre os quais a de se considerar:

- Selo de Qualidade que classificará as operadoras e terá ampla divulgação;

- Grupo Técnico de Qualidade com participação das partes interessadas e de empresa terceira de aferição de qualidade;
- apuração do comportamento malicioso do regulado que pode induzir a transparência e a colaboração;
- possibilidade de redução da multa em até 90% se a reparação do dano se der antes da intimação do PADO;
- recomendação interna para que o encargo de regular esteja orientado na gestão de riscos, resultados e na atuação responsiva;
- utilização da notificação para regularização como medida para obtenção de medidas de prevenção e de reparação;
- orientação para adoção de conduta tolerante caso a postura do Administrado seja condizente com este tipo de concessão;
- substituição de sanções por outras menos gravosas (conforme previsto no RASA);
- adoção da sanção de obrigação de fazer e da obrigação de não fazer dentre as opções de resposta; e,
- redução do rol de resoluções que pode dar margem ao uso mais intenso da discricionariedade baseada em juízos técnicos e de conveniência e oportunidade.

Contudo, não é suficiente a existência de instrumentos se não utilizados, vide o exemplo das sanções constituídas por obrigação de fazer e não fazer que previstas desde 2012, somente agora parecem ter sido adotadas como possibilidades factíveis de controle. Também é importante frisar que a escolha de determinada sanção não pode ser excludente em relação às demais, com o que a dinâmica de escalada de severidade das medidas se veria prejudicada, além disso as notificações e advertências deveriam ter um papel mais intenso na base da pirâmide sancionatória.

As medidas de incentivo ainda são muito escassas, pois a única notadamente característica deste modelo é o selo de classificação de qualidade entre as operadoras que será criado. Para reforçar este tipo de intervenção outras medidas de *benchmark regulation* poderiam ser estruturadas e postas em prática.

Finalmente, a estratégia de implementação do modelo ainda não está clara, e isso é fator fundamental de orientação para o mercado, visto que diante da informação sobre os efeitos da colaboração ou da sua negação é que os agentes de mercado podem formular suas próprias estratégias de interação no ambiente de fiscalização e controle. Desta forma, seria adequado que a ANATEL passasse a divulgar em detalhes os modelos de apoio e de sanções que pretende executar daqui para frente.

E, concluindo, no contexto atual, a estratégia efetiva da ANATEL, especialmente se não se afastar de um viés punitivo (de comando e controle), mais se aproxima, neste momento, da regulação por indução ou incentivo do que realmente responsiva, o que

dependeria da aplicação de ampla margem de discricionariedade (devidamente motivada) na utilização das ferramentas disponíveis e da aplicação mais intensa da consensualidade, e essa escolha ainda não pareceu estar madura na Agência.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

(1) CONSULTA PÚBLICA Nº 53 da Anatel

<https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C2199&Tipo=1&Opcao=andamento>

(2) Lei 13.848/2019

(3) Resolução 717 Anatel/2019

(4) Resolução Anatel 589/2012

(5) Relatório Anual da ANATEL Ref. Ano de 2019

[https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw\\_9INcO59jtrWc1-4nfX-SeHrqZ0yJ4y5VQfXUs0tAawmhcxMpvx\\_M5wnV-y55u7TZxpVC1wbPvX8lqe4T93KoIvcrei](https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO59jtrWc1-4nfX-SeHrqZ0yJ4y5VQfXUs0tAawmhcxMpvx_M5wnV-y55u7TZxpVC1wbPvX8lqe4T93KoIvcrei)

Acesso em 16/06/2020

(6) Binenbojm, Gustavo: Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

(7) Marques Neto, Floriano de Azevedo: Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial/Floriano de Azevedo Marques Neto, Milene Louise René Coscione; Fernando Herren Aguillar, coordenador. São Paulo: Saraiva, 2011. – (Coleção direito econômico).

(8) Palma, Juliana Bonacorsi. *Sanção e acordo na Administração Pública*. São Paulo: sbdp/Malheiros Editores, 2015.

*Identidade das sanções administrativas nas concessões de serviços públicos, in mimeo.*

(9) Voronoff, Alice: Direito administrativo sancionador no Brasil/Alice Voronoff. 1. Reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.