

	VOTO	NÚMERO E ORIGEM:
		27/2013-GCMB
		DATA: 15/04/2013
CONSELHEIRO		
MARCELO BECHARA DE SOUZA HOBAIKA		

1. ASSUNTO

Recurso Administrativo interposto por PINHAIS TELECOM COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ/MF n.º 10.903.941/0001-99, Autorizada do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), nos autos do Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) n.º 53504.000650/2012, contra decisão proferida pelo Superintendente de Serviços Privados por meio do Ato n.º 5.610, de 28 de setembro de 2012, o qual determinou a aplicação da sanção de multa no valor total de R\$ 3.636,00 (três mil seiscentos e trinta e seis reais), em virtude de descumprimento ao artigo 43 do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia (RSCM), aprovado pela Resolução n.º 272, de 9 de agosto de 2001 c/c artigo 61, § 2º do Regulamento de Serviços de Telecomunicações (RST), aprovado pela Resolução n.º 73, de 25 de novembro de 1998.

2. EMENTA

PADO. RECURSO ADMINISTRATIVO. AUTORIZADA DO SCM. OPERAÇÃO REGULAR PARA PARTE DE SEUS USUÁRIOS. INEXISTÊNCIA DA INTENÇÃO DE TRANSFERIR A AUTORIZAÇÃO DE SCM SEM PRÉVIA ANUÊNCIA DA ANATEL (ARTIGO 34 DO RSCM). EXISTÊNCIA DA INTENÇÃO DE NÃO MANTER VÍNCULO CONTRATUAL COM ALGUNS DE SEUS ASSINANTES (ARTIGO 43 DO RSCM C/C ARTIGO 61, § 2º DO RST). ACOLHIMENTO DOS TERMOS E FUNDAMENTOS APRESENTADOS NA ANÁLISE DO CONSELHEIRO RELATOR. NECESSÁRIA, ADICIONALMENTE, A PREVISÃO DE ADEQUAÇÃO DOS CONTRATOS.

1. A Autorizada do SCM operava de maneira regular para parte de seus usuários. Portanto, não se pode concluir que ela objetivou transferir sua autorização de SCM sem prévia anuência da Anatel (artigo 34 do RSCM). A conduta infringida, na verdade, é aquela relativa ao fato de não manter vínculo contratual com alguns de seus assinantes (artigo 43 do RSCM c/c artigo 61, § 2º do RST).
2. Acolhimento dos termos e fundamentos apresentados na Análise do Conselheiro Relator.
3. Necessária, adicionalmente, a previsão de adequação dos contratos celebrados entre a Autorizada, as empresas parceiras e os usuários do Serviço, de forma a atender à regulamentação vigente.

3. REFERÊNCIAS

- 3.1. Lei Geral de Telecomunicações, Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997;

- 3.2. Regimento Interno da Anatel, aprovado pela Resolução n.º 270, de 19/07/2001;
- 3.3. Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Resolução n.º 589, de 7 de maio de 2012;
- 3.4. Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução n.º 272, de 9 de agosto de 2001 (RSCM);
- 3.5. Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n.º 73, de 25 de novembro de 1998 (RST);
- 3.6. Informe n.º 947/2012-PVSSP/PVSS/SPV, de 28 de setembro de 2012 (fls. 46-47);
- 3.7. Ato n.º 5.610, de 28 de setembro de 2012 (fls. 51);
- 3.8. Informe n.º 1259/2012-PVSSP/PVSS/SPV, de 26 de novembro de 2012 (fls. 71-72);
- 3.9. MACD n.º 929/2012-PVSSP/PVSS/SPV, de 26 de novembro de 2012 (fls. 75);
- 3.10. Análise n.º 203/2013-GCRZ, de 28 de março de 2013 (fls. 77-78);
- 3.11. Voto n.º 5/2013-GCMM, de 11 de abril de 2013 (fls. 81-84);
- 3.12. Processo n.º 53504.000650/2012.

4. RELATÓRIO

4.1. DOS FATOS

4.1.1. Cuida-se de Recurso Administrativo interposto por PINHAIS TELECOM COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ/MF n.º 10.903.941/0001-99, Autorizada do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), nos autos do Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) n.º 53504.000650/2012, contra decisão proferida pelo Superintendente de Serviços Privados por meio do Ato n.º 5.610, de 28 de setembro de 2012, o qual determinou a aplicação da sanção de multa no valor total de R\$ 3.636,00 (três mil seiscentos e trinta e seis reais), em virtude de descumprimento ao artigo 43 do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução n.º 272, de 9 de agosto de 2001 c/c artigo 61, § 2º do Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n.º 73, de 25 de novembro de 1998.

4.1.2. Observados os trâmites legais e regulamentares necessários para a decisão do Pado, o Superintendente de Serviços Privados, com base no Informe n.º 947/2012-PVSSP/PVSS/SPV, de 28 de setembro de 2012 (fls. 46-47), exarou o Ato n.º 5.610, de 28 de setembro de 2012 (fls. 51), em que acolheu os fundamentos desse documento e determinou a aplicação da sanção de multa em apreço.

4.1.3. Na Reunião n.º 691, ocorrida em 4 de abril de 2013, o Conselheiro Relator Rodrigo Zerbone apresentou a Análise n.º 203/2013-GCRZ, de 28 de março de 2013 (fls. 77-78), propondo conhecer do Recurso Administrativo para, no mérito, negar a ele provimento.

4.1.4. Nessa ocasião, o Conselheiro Substituto Marconi Maya pediu vista do processo, apresentando na Reunião n.º 692, ocorrida em 11 de abril de 2013, o Voto n.º 5/2013-GCMM, de 11 de abril de 2013 (fls. 81-84), propondo anular o Ato recorrido, por vício de legalidade relativo à competência, bem como restituir os autos à SPV para enquadrar a conduta da Recorrente, além dos dispositivos já citados, também no artigo 34 do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução n.º 272, de 9 de agosto de 2001.

4.1.5. Após a apresentação desse Voto, solicitei vista do processo.

4.1.6. É o breve relato dos fatos.

4.2. DAS CONSIDERAÇÕES DO CONSELHEIRO

4.2.1. Ao embasar sua proposta no Voto n.º 5/2013-GCMM, de 11 de abril de 2013 (fls. 81-84), o Conselheiro Substituto Marconi Maya parte de premissa, *data maxima venia*, equivocada.

4.2.2. Com efeito, o Conselheiro Substituto entendeu tratar-se de descumprimento ao artigo 34 do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução n.º 272, de 9 de agosto de 2001, além do artigo 43 do mesmo regulamento c/c o artigo 61, § 2º do Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n.º 73, de 25 de novembro de 1998.

4.2.3. Citados dispositivos asseveram o seguinte (sem grifos no original):

Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, aprovado pela Resolução n.º 272, de 9 de agosto de 2001:

Art. 34. A transferência da autorização para exploração de SCM e da autorização para uso de radiofrequência a ele associada *exige prévia anuência da Anatel.*

(...)

Art. 43. A prestadora é responsável, perante o assinante e a Anatel, pela exploração e execução do serviço.

§ 1º A prestadora será integralmente responsável pela exploração e execução do serviço perante o assinante, inclusive quanto ao correto funcionamento da rede de suporte ao serviço, mesmo que esta seja de propriedade de terceiros, sendo-lhe garantido, neste caso, direito de regresso.

§ 2º A responsabilidade da prestadora perante a Agência compreenderá igualmente o correto funcionamento da rede de suporte à prestação do serviço, inclusive nos casos em que esta seja de propriedade de terceiros.

Regulamento de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n.º 73, de 25 de novembro de 1998:

Art. 61. Na exploração de serviço de telecomunicações é assegurado à prestadora:

I - empregar equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam, sem prejuízo da reversibilidade dos bens, conforme previsto no instrumento de concessão ou permissão;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço.

§ 1º A prestadora, em qualquer caso, continuará responsável perante a Agência e os usuários, pela exploração e execução do serviço.

§ 2º A prestadora manterá os vínculos contratuais junto aos usuários, quanto ao provimento do serviço.

§ 3º As relações entre prestadora e terceiros serão regidas pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e a Agência.

4.2.4. Pela leitura dos artigos acima, é possível dizer que determinada entidade poderá vir a ser autuada por dois diferentes motivos, quais sejam:

- a) por transferir sua autorização de SCM sem prévia anuência da Anatel; ou
- b) por não manter vínculo contratual com seus assinantes.

4.2.5. Para saber em qual das duas condutas infracionais enquadra-se a Recorrente é fundamental a avaliação do caso concreto. Apenas cotejando-se o conjunto fático-probatório com as descrições regulamentares se chegará a alguma conclusão sobre determinada entidade.

4.2.6. Partindo dessa premissa, analisei detidamente o presente caso, e extraí dos autos três valiosas informações que trago abaixo (sem grifos no original):

- i. o auto de infração (fls. 2) aponta como descrição dos fatos “ausência de vínculo contratual entre a autorizada e o usuário-assinante”;
- ii. o Informe n.º 947/2012-PVSSP/PVSS/SPV, de 28 de setembro de 2012 (fls. 46-47), apresenta que “a empresa prestou serviço de telecomunicações sem firmar contrato com o usuário final descumprindo o artigo 43 do RSCM e § 2º do art. 60 do RST”;
- iii. o mesmo Informe n.º 947/2012-PVSSP/PVSS/SPV, de 28 de setembro de 2012 (fls. 46-47), contém um outro dado relevante, no sentido de que “mesmo que a empresa apresente contratos firmados com o restante de seus clientes, e mesmo que tais contratos estejam de acordo com o enquadramento regulatório, a ausência de contratos com os 90 (noventa) clientes mencionados pelo Sr. Clayton e a descrição do repasse de valores do Sr. Clayton para a Pinhais caracterizam o descumprimento da norma”.

4.2.7. Pela leitura do auto de infração, dos relatórios de fiscalização produzidos, da defesa (e documentos juntados) e dos Informes elaborados pela área técnica, percebo que, no presente caso concreto, a Recorrente, embora estivesse prestando o SCM, o fez por meio de interposta pessoa (Sr. Clayton Roberto Franco de Godoy) em pelo menos 90 (noventa) oportunidades.

4.2.8. Com relação ao terceiro (também denominado por alguns “parceiro”), sua prestação direta do SCM, sem ser uma entidade autorizada para tal, encontra-se em apuração por meio de processo administrativo instaurado especialmente para esse fim (Pado n.º 53504.026301/2011).

4.2.9. Quanto à Recorrente, com fulcro nas mesmas razões esboçadas pelo Conselheiro Relator no item 4.2.3 de sua Análise n.º 203/2013-GCRZ, de 28 de março de 2013 (fls. 77-78), tenho que ela operava de maneira regular para parte de seus usuários, razão pela qual não se pode concluir que ela objetivou transferir sua autorização de SCM sem prévia anuência da Anatel.

4.2.10. Assim, entendo que a conduta infringida pela Recorrente é aquela relativa ao fato de não manter vínculo contratual com alguns de seus assinantes.

4.2.11. O artigo 140 da Lei Geral de Telecomunicações, Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, prevê que “em caso de prática de infrações graves, de transferência irregular da autorização ou de descumprimento reiterado de compromissos assumidos, a Agência poderá extinguir a autorização decretando-lhe a caducidade” (sem grifos no original).

4.2.12. Ou seja, se estivéssemos diante de uma transferência irregular da autorização de SCM poderíamos cogitar, em tese, na aplicação direta da sanção de extinção por caducidade (ou, eventualmente, no seu afastamento e substituição por multa, atendidos determinados pressupostos).

4.2.13. Foi esse o entendimento do Conselheiro Substituto em seu Voto.

4.2.14. No entanto, concordo com a SPV e com o Conselheiro Relator no sentido de que a conduta aqui descrita se refere ao fato de a Recorrente não manter vínculo contratual com seus assinantes, não havendo previsão (ao menos expressa e específica) de aplicação direta da sanção de extinção por caducidade, estando adequada, proporcional e razoável a multa aplicada.

4.2.15. Dessa forma, não cabe debater aqui sobre a competência do Superintendente de Serviços Privados, ao contrário do que trouxe à baila o Conselheiro Substituto.

4.2.16. Finalmente, tenho que os contratos identificados no processo não atendem ao disposto na regulamentação mencionada acima, ao atribuir responsabilidades à entidade parceira (Sr. Clayton) e ao não deixar claro o vínculo contratual de alguns usuários com a Recorrente para a fruição do SCM.

4.2.17. Sendo assim, entendo que é fundamental a regularização de todos os contratos para assegurar os direitos dos usuários e a responsabilidade da Recorrente pela prestação do SCM junto à Anatel. Caso não haja essa regularização, então sim, poder-se-á vislumbrar uma intenção de transferência da própria autorização de SCM por parte da Recorrente, fazendo incidir a aplicação da sanção de extinção por caducidade da autorização do Serviço de Comunicação Multimídia.

4.2.18. Diante do exposto, pedindo vênua ao Conselheiro Substituto, proponho acompanhar, na íntegra, a proposta contida na Análise n.º 203/2013-GCRZ, de 28 de março de 2013, apresentada pelo Conselheiro Relator Rodrigo Zerbone, com o acréscimo de que seja determinada a adequação dos contratos celebrados entre a Recorrente, as empresas parceiras e os usuários, de forma a atender à regulamentação vigente, sob pena de aplicação da sanção de extinção por caducidade da autorização do Serviço de Comunicação Multimídia detida pela Recorrente.

5. CONCLUSÃO

5.1. Ante o quadro, arrimado nas razões e fundamentos constantes do presente Voto, proponho:

- a) Acompanhar, na íntegra, a proposta contida na Análise n.º 203/2013-GCRZ, de 28 de março de 2013, apresentada pelo Conselheiro Relator Rodrigo Zerbone;
- b) Adicionalmente, conceder à PINHAIS TELECOM COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA, CNPJ/MF n.º 10.903.941/0001-99, o prazo de 60 (sessenta) dias para que faça a adequação dos contratos celebrados entre ela, as empresas parceiras e os usuários do Serviço, de forma a atender à regulamentação vigente, sob pena de aplicação da sanção de extinção por caducidade da autorização para prestação do Serviço de Comunicação Multimídia detida pela empresa.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO

MARCELO BECHARA DE SOUZA HOBAIKA