

	VOTO	NÚMERO E ORIGEM:
		8/2016-GCAD
		DATA: 29/01/2016
CONSELHEIRO		
ANIBAL DINIZ		

1. ASSUNTO

Proposta de celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – TAC formulada pelas empresas TELEMAR NORTE LESTE S.A., OI S.A. e TNL PCS S.A – Grupo OI relativamente aos temas Qualidade, Universalização e Ampliação de Acesso.

2. DOS FATOS

2.1. Tratam os presentes autos da análise acerca das propostas de celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta apresentadas pelas empresas TELEMAR NORTE LESTE S.A., OI S.A. e TNL PCS S.A – Grupo OI com vistas à adequação das condutas relativas às obrigações de Qualidade e Universalização e Ampliação de Acesso.

2.2. A matéria foi relatada pelo Conselheiro Rodrigo Zerbone Loureiro por meio da Análise nº 250/2015-GCRZ, de 27/11/2015, apresentada na 791ª Reunião do Conselho Diretor, realizada em 17/12/2015, que propôs:

- a) A aprovação da presente contraproposta de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, na forma sugerida pela Comissão de Negociação, acrescida das alterações propostas na presente Análise e consubstanciadas nos seus Anexos;
- b) A submissão da presente proposta de TAC à apreciação do Tribunal de Contas da União – TCU, em obediência à decisão exarada em 02/12/2015, no âmbito da auditoria operacional da Tomada de Contas n.º 033.413/2015-0, que deverá ser imediatamente cumprida após deliberação deste Colegiado da presente matéria;
- c) A expedição de Despacho Ordinatório à Superintendência de Controle de Obrigações para que adote as seguintes providências:
 - i. atualização da lista de processos passíveis de permanecerem no TAC, por meio da exclusão daqueles que eventualmente tiverem sido julgados em última instância após 05/11/2015, data em que findou o prazo de suspensão da tramitação dos autos prevista no art. 38, inciso II, do RTAC;
 - ii. atualização do Valor de Referência do TAC, para apuração dos montantes efetivos de multas aplicadas e estimadas, contexto do qual depende a definição final dos valores das multas por descumprimento de cada um dos itens do cronograma de metas e compromissos assumidos, os valores das multas diárias incidentes no caso de atraso na execução desses compromissos, bem como o montante de investimentos a serem aportados nos projetos adicionais, que, consoante disciplina o RTAC, são apurados a partir de percentuais das multas aplicadas e estimadas nos processos a que o TAC se refere;
 - iii. no caso dos compromissos relativos à implantação de acessos individuais e coletivos do STFC, a atualização da lista de localidades constantes dos Pados abarcados na negociação que ainda estão pendentes de atendimento, para que sejam

- endereçadas nos termos e condições de prazo fixadas no TAC, explicitadas nas Minutas em Anexo;
- iv. atualização das listas de municípios relativas aos compromissos adicionais, considerando as atualizações necessárias relativas aos parâmetros de cálculo das obrigações, tais como o Valor de Referência do TAC e o fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, previsto no § 2º do art. 19 do RTAC;
 - v. consolidação dos processos abarcados neste TAC e suspensão de sua tramitação, até a solução final do presente caso, por meio da assinatura do TAC, após decisão final deste Colegiado sobre o acordo, que depende da manifestação definitiva do TCU, ou o transcurso do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 11, §1º do RTAC, em caso de não assinatura pela interessada.
- d) que todas as informações atualizadas listadas no item anterior sejam providenciadas logo após a deliberação deste Colegiado, com a maior agilidade possível, para que possam ser encaminhadas ao Tribunal de Contas da União para análise e manifestação definitiva sobre o presente caso.
- 2.3. Na ocasião da referida Reunião do Conselho Diretor, solicitei vistas dos autos, tendo os mesmos sido remetidos ao meu Gabinete em 05 de janeiro de 2016.
- 2.4. Na 792ª Reunião do Conselho, realizada no dia 21 de janeiro, por meio do Voto nº 2/2016-GCAD, solicitei prorrogação do prazo de vistas por mais 30 (trinta) dias, a qual foi admitida pelo Colegiado.
- 2.5. É o relato dos fatos.

3. DAS CONSIDERAÇÕES DESTE CONSELHEIRO

- 3.1. Inicialmente, cabe registrar que o entendimento expresso na Análise nº 250/2015-GCRZ inaugura importante momento das tratativas concernentes à celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, pois trazem à baila de discussão e decisão deste Conselho Diretor os primeiros anseios de solução alternativa à aplicação de sanções pelo descumprimento de obrigações regulamentares desde a edição, em dezembro de 2013, do respectivo Regulamento sobre o assunto.
- 3.2. Além disso, o tema ora em pauta também exige muita atenção do presente Colegiado, uma vez que atrai os olhares de todas as demais entidades que também manifestaram seu desejo em regularizar suas condutas por meio deste instrumento não convencional, tendo a decisão em apreço, relevo, ainda maior, pela envergadura e importância do Grupo econômico que constitui parte interessada no caso, e também pelo caminho que se abre por meio do precedente que se desenvolve.
- 3.3. Diante desse contexto, o entendimento exarado pelo Conselheiro Rodrigo Zerbone Loureiro no exame das propostas do Grupo Oi, relativamente aos temas Qualidade, Universalização e Ampliação de Acesso, torna-se o ponto cardeal a orientar os nossos trabalhos na apreciação do tema.
- 3.4. No que se refere ao prazo para conclusão do processo negocial, o entendimento do Relator coincide com a argumentação da Comissão de Negociação, exposta no Informe nº 19/2015/SPR/SCP/SFI/SRC/SCO, de 06/11/2015, compreendendo que o prazo para conclusão da negociação do TAC não pode ficar limitado ao prazo estabelecido no regulamento quando demonstra possibilidade de se alcançar a conformação final de acordo negocial frutífero.

3.5. Quanto a este aspecto, creio estar correto o entendimento exposto pela Procuradoria Federal Especializada em seu Parecer nº 1325/2015/PFE-ANATEL/PGF/AGU, de 13/10/2015, quando esclarece que o prazo consignado para o encerramento das negociações trata-se de um prazo peremptório/delimitado.

41. Acresce-se que, dentro da estratégia negocial, um dos principais pontos que estimulam essa apresentação de uma proposta aceitável desde o início, e também a pronta adesão da interessada às posições defendidas pela Agência, é o cumprimento integral dos prazos estabelecidos no Regulamento. Trata-se de medida extremamente eficiente. Se o prazo de negociação é delimitado/peremptório, e a prestadora tem ciência de que, se não for alcançado um acordo dentro do tempo estabelecido, a proposta será indeferida, sem a possibilidade de novo pleito (RTAC, Art. 6º, VI), ela se esforçará para a apresentação, desde já, de uma proposta “ótima”.

3.6. Entretanto, entendo que o posicionamento da Procuradoria deva ser compreendido no sentido de que o prazo negocial seja o tempo necessário para que a parte interessada na celebração de TAC, no caso o Grupo Oi, apresente à Agência proposta **minimamente aceitável**. Desse modo, tendo sido construído, pelo menos, os limites dentro dos quais eventual proposta é minimamente admissível, caberá ao Conselho Diretor, delinear os contornos dentro desse espaço já determinado, buscando, assim, alcançar a proposta “ótima” a pautar a celebração do Termo.

3.7. Seguindo esse raciocínio, juntamente com o trâmite delineado pelo RTAC, compreendo que a atividade a ser desenvolvida pelo Conselho Diretor seja a de revisar os resultados alcançados, num primeiro momento, pela área técnica com a Prestadora; pontuar as considerações trazidas pela PFE, em segundo momento; e, finalmente, apurar eventuais arestas que venham a se apresentar, conformando todo trabalho até então desenvolvido em documento hábil a atender o interesse público, tanto com o ajustamento das condutas, como com os compromissos adicionais.

3.8. Nesse sentido, necessário destacar passagem do voto do Conselheiro Rodrigo Zerbone Loureiro, quando pontua com exatidão que:

4.2.13. Nunca é demais ressaltar que, no exercício das competências legais atribuídas à Anatel, o Conselho Diretor é o órgão máximo de decisão, incumbido de materializar, em última instância, o interesse público primário de melhoria da prestação do serviço, do atendimento aos consumidores de telecomunicações, discutido no bojo da negociação do TAC.

3.9. A meu ver, toda atividade compreendida após o término do prazo regulamentar da negociação deve ser considerado como impróprio perfilhando-me, mais uma vez, com o entendimento da PFE, pois é revertido à própria Agência no intuito de fielmente avaliar o resguardo e o atendimento do interesse público em jogo.

3.10. Creio que todo o procedimento estruturado para atender os anseios de eventual celebração de TAC encontra, nos prazos estabelecidos no respectivo regulamento, o amparo à segurança jurídica do bem maior a ser tutelado, isto é, o interesse público. Não respeitar os prazos estabelecidos no RTAC, permitindo uma tramitação sem balizas temporais perfeitamente determinadas, não apenas frustram o objetivo do próprio instrumento, como também maculam o titular do direito, a sociedade, privando-o de promover o controle dos atos praticados por aquele que detém o poder-dever de zelar pelo seu interesse.

3.11. Por outro lado, rejeitar a pretensão de celebração de TAC pelo simples fato de não se ter cumprido com os prazos regulamentares, desconsiderando os resultados alcançados ao

longo de todo o processo negocial também é, a meu ver, um desrespeito para com o interesse público. Veja-se que o objetivo maior que orienta os presentes trabalhos é a busca pelo oferecimento, da melhor maneira possível, de um serviço de telecomunicações de qualidade, corrigindo comportamentos irregulares, bem como educando os prestadores do serviço sobre a melhor maneira de se alcançar o objetivo pretendido.

- 3.12. Logo, frustrar esses efeitos, não concluindo o processo que busca celebrar eventual TAC em razão de não cumprimento do prazo regulamentar, quando se vislumbra possibilidade de corrigir as atuais condutas infrativas, bem como diminuir as desigualdades sociais e regionais por meio de compromisso adicional vantajoso, na minha visão, é não atender ao interesse público que é o princípio basilar a fundamentar a atuação desta Agência.
- 3.13. Some-se a isso os benefícios que a proposta de compromisso adicional na Análise do Conselheiro Relator traz ao presente caso, modernizando e ampliando a capacidade, capilaridade e a cobertura das redes de telecomunicações; elevando os padrões de qualidade dos serviços prestados e massificando o acesso à rede de internet banda larga.
- 3.14. Compreendo, assim, que a ampliação da capacidade de interligação municipal em fibra ótica e rádio IP atendendo a 273 (duzentos e setenta e três) municípios contempla não apenas ao disposto no art. 22 do Regulamento de TAC, como também vai ao encontro de um intuito maior espelhado na nossa atual Constituição, uma vez que o presente compromisso adicional tem o potencial de cumprir com dois objetivos fundamentais para a República Federativa Brasileira, a saber: garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais e regionais.
- 3.15. Contudo, devo registrar que não vislumbro possibilidade de êxito em considerar no montante a ser destinado ao cumprimento dos Compromissos Adicionais o valor relacionado ao cumprimento do Item 13.2 do Anexo ao Ato nº 7.828, de 19/02/2008, isto é, a quantia correspondente a R\$ 101.000.000,00 (cento e um milhões de reais). Tal negativa se deve ao fato de o Conselho Diretor, por meio do Acórdão nº 363/2014-CD, de 04/11/2014, ter decidido, por unanimidade, nos termos da Análise nº 118/2014-GCRZ, de 24/10/2014, indeferir o pedido de acompanhamento dessa condicionante no bojo do procedimento especificamente autuado e instruído para negociação de TAC sobre o tema “Qualidade”, isto é, o processo nº 53500.003332/2014. Logo, verifica-se completa incompatibilidade da proposta apresentada pelo relator para o TAC em tela, frente à decisão tomada pelo Conselho Diretor, que seguiu o raciocínio delineado pela Análise nº 118/2014-GCRZ. Desse modo, considero ser necessária a exclusão do tratamento da cláusula 13.2 do Anexo ao Ato nº 7.828/2008 dos presentes autos.
- 3.16. Desse modo, considerando todo o esforço empreendido pela área técnica no exame dos autos, bem como a relevância do presente assunto, haja vista que a Prestadora é responsável pelo atendimento de, aproximadamente, 4.860 (quatro mil, oitocentos e sessenta) municípios, considero de extrema relevância manifestar meu posicionamento favorável ao pleito do Grupo Oi de celebrar TAC, uma vez que esse instrumento alcançará não apenas a correção das obrigações de qualidade e universalização dos serviços de telecomunicações, mas também servirá para integrar importante parcela da sociedade.
- 3.17. Desse modo, aceito a contraproposta de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, trazida na Análise do Conselheiro Relator, sugerindo que sejam consideradas na redação final do Termo as seguintes observações:

QUANTO ÀS OBRIGAÇÕES DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

- i) Quanto às obrigações de qualidade classificadas como críticas (Grupo 3), considerando que essas obrigações são passíveis de serem cumpridas, conforme se depreende da Análise do Conselheiro Relator, necessário que se promova detalhado esclarecimento quanto ao modo como essas obrigações deverão ser adimplidas, rebatendo às alegações do Grupo Oi no sentido de que essas obrigações possuem elementos prejudiciais ao seu integral cumprimento;
- ii) O Conselheiro Relator esclarece na sua Análise que está seguindo a proposta da área técnica quanto ao escalonamento do cronograma de ajustamento de conduta, propondo um crescimento exponencial para ajustamento da obrigação. Contudo, ao se avaliar as planilhas com os valores propostos para ajustamento das condutas, o cronograma evolutivo se apresenta de forma linear, demonstrando contrariedade com o que foi exposto no item 4.2.125 da Análise. Desse modo, necessário a devida revisão dos cronogramas propostos ou da vertente expositiva delineada na respectiva análise;
- iii) Na avaliação quanto ao ponto de partida de cada uma das metas de ajustamento de conduta, a proposta do Conselheiro Relator considera a média dos últimos seis meses antes do início do ajustamento como a meta a ser alcançada na média do primeiro ano do TAC. Contudo, esse entendimento carece de maior motivação, haja vista que a proposta apresentada pela Comissão de Negociação leva em consideração a média dos últimos doze meses anteriores ao início do TAC;
- iv) Quanto às obrigações de universalização, tendo em vista a necessidade direta de atuação de fiscalização *in loco* a determinar o cumprimento ou não da obrigação, necessário se faz o detalhamento do modo como ela será realizada, com a discriminação de cronograma, bem como dos meios de comprovação do atendimento dos compromissos assumidos;
- v) Quanto à proposta relativa ao Projeto Estruturante do RJ, que visa substituir o ajustamento da conduta fim dos indicadores ARI e RAI para os CNs 21, 22 e 24, carece a proposta presente na Análise nº 250/2015-GCRZ, de 27/11/2015, de maior fundamentação quanto aos efeitos que tal medida trará às obrigações em apreço, bem como o momento em que será possível a verificação do ajustamento da obrigação, uma vez que não está claro que tal medida acarretará o pleno adimplemento das obrigações ao final do TAC.
- vi) No caso de mudança das obrigações regulamentares durante a execução do TAC, o Conselheiro Relator sugere a repactuação dos compromissos afetados. Desse modo, tendo em vista a ausência de previsão de tal iniciativa em qualquer documento regulamentar da Agência, necessário se faz uma maior fundamentação e detalhamento quanto a sua possibilidade de realização, afastando eventuais argumentações quanto a possível infração a ato jurídico perfeito.
- vii) É necessário que o Grupo Oi apresente o detalhamento de todos os investimentos que serão realizados para o adimplemento dos compromissos assumidos no presente TAC, a fim de se avaliar a viabilidade do intuito em discussão, haja vista os elevados montantes tratados no caso em tela, que gerarão impacto econômico-financeiro à Prestadora;
- viii) Não consta da Análise do Relator uma lista definitiva dos processos considerados e incluídos na proposta de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, sendo que deverá constar a listagem atualizada, tendo em vista o eventual arquivamento dos processos.

QUANTO AO SANCIONAMENTO

- ix) Sugiro que se esclareça o momento de término da multa diária no caso de não cumprimento do compromisso nos pontos de controle estabelecidos ao longo do TAC, de modo que se tenha clareza quanto ao período em que a multa diária poderá ser contabilizada, isto é:
 - a) até o adimplemento da meta estabelecida para o período;
 - b) até o próximo item de controle; ou,
 - c) até o final da execução do TAC;
- x) Em que pese haver a explicação teórica da metodologia utilizada, não estão presentes as planilhas de cálculo que definiram os valores de multa tanto por descumprimento de item, quanto de multa diária. Tal medida se apresenta como necessária para que se verifique se os valores alcançados pelas multas estão correspondendo ao exato montante apurado como Valor de Referência, evitando-se, assim, qualquer possibilidade de acusação quanto a eventual dano ao erário.
- xi) O regulamento de TAC prevê no §2º, do art.13 que os valores de multa aplicada que compõem o Valor de Referência do TAC deverão sofrer atualização monetária até a decisão final do Conselho Diretor. Desse modo, a previsão de contínua atualização do valor de referência ao longo da execução do TAC, conforme propõe o Conselheiro Relator, carece de maior fundamentação, a fim de contornar a ausência de tal previsão no regulamento específico, bem como para respaldar a manutenção de tal desiderato.

QUANTO AO COMPROMISSO ADICIONAL

- xii) Não foi possível verificar se os 273 (duzentos e setenta e três) municípios considerados para o cumprimento dos compromissos adicionais com a instalação de fibra ótica e rádio IP, atendem aos critérios de baixo IDH e VPL negativos, aprovados pelo Conselho Diretor em sua Reunião 791, de 16/12/2015, quando foram aprovados os parâmetros para a seleção dessas localidades. Em razão disso, esse ponto carece de maiores esclarecimentos, sendo necessário o detalhamento da memória de cálculos que embasa a identificação dos municípios descritos no anexo, a fim de melhor atender ao interesse público e melhor refletir a realidade e diversidade nacional.
- xiii) Tendo em vista a decisão tomada pelo Conselho Diretor na Reunião 791, de 16/12/2015, na qual se determinou à área técnica a atualização das informações com relação à disposição das linhas de fibras óticas nas principais capitais do país, necessário que se promova a análise cruzada das informações solicitadas à área técnica com a lista de municípios contemplados para o compromisso adicional, a fim de se verificar o atendimento ao objetivo ora proposto.
- xiv) Os percentuais considerados para o compromisso adicional são os percentuais mínimos dispostos no art. 19 do regulamento, 80% de multa aplicada e 40% de multa estimada, que não consistem em descontos, mas em montante a mais a ser investido pela prestadora para cumprimento do compromisso eventualmente assumido. Desse modo, considerando os valores apurados nos autos e aplicando esses percentuais regulamentares, encontramos uma quantia total de R\$ 709.913.695,58 (setecentos e nove milhões, novecentos e treze mil, seiscentos e noventa e cinco reais e cinquenta e oito centavos) como valor mínimo e sem atualização como montante a ser considerado para aplicação do compromisso adicional, diverso do valor de R\$ 295.439.951,85 (duzentos e noventa e cinco

milhões, quatrocentos e trinta e nove mil, novecentos e cinquenta e um reais e oitenta e cinco centavos) considerado pelo Conselheiro Relator em sua Análise. Em razão disso, esse ponto carece de elucidação.

- xv) Não foi possível identificar de onde foram alcançados os valores de VPL negativo (R\$ 574.804.362,55 – quinhentos e setenta e quatro milhões, oitocentos e quatro mil, trezentos e sessenta e dois reais e cinquenta e cinco centavos), bem como o VPL negativo com múltiplo (R\$ 970.150.296,52 – novecentos e setenta milhões, cento e cinquenta mil, duzentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos), carecendo, portanto, de maiores esclarecimentos sobre sua procedência.

3.18. Destaco, por fim, que o meu posicionamento no sentido da admissão, com ajustes, do intuito de celebração de TAC com o Grupo Oi para os assuntos “Qualidade” e “Universalização e Ampliação do Acesso” considera, apenas, as especificidades do processo em exame, de modo que as razões ora expostas não podem ser entendidas como fundamento para as futuras análises de pedidos de celebração de TAC que ainda serão encaminhadas a este Colegiado.

4) CONCLUSÃO

4.1. Diante do exposto, proponho:

- a) A aceitação da contraproposta de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, na forma sugerida pela Análise nº 250/2015-GCRZ, de 27/11/2015, e consubstanciadas nos seus Anexos, observando os ajustes sugeridos na redação final do Termo, para, desse modo, concretizar o máximo atendimento ao interesse público na sua celebração com as empresas TELEMAR NORTE LESTE S.A., OI S.A. e TNL PCS S.A – Grupo OI, relativamente aos temas Qualidade, Universalização e Ampliação de Acesso;
- b) A exclusão do tratamento da cláusula 13.2 do Anexo ao Ato nº 7.828/2008 dos presentes autos;
- c) A eventual revisão do Regulamento de TAC, aprovado pela Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013, em razão das circunstâncias fáticas verificadas no presente caso;
- d) O encaminhamento ao Tribunal de Contas da União – TCU de cópia da decisão do Conselho Diretor que aceitou a proposta de celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta com o Grupo Oi, em atenção à decisão exarada em 02/12/2015, no âmbito da auditoria operacional da Tomada de Contas n.º 033.413/2015-0.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO RELATOR

ANIBAL DINIZ