

	<h1>VOTO</h1>	NÚMERO E ORIGEM:
		154/2015-GCIF
		DATA:
2/10/2015		
CONSELHEIRO DIRETOR		
IGOR VILAS BOAS DE FREITAS		

1. ASSUNTO

Análise das considerações da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel e das Superintendências de Universalização, de Serviços Públicos e de Controle de Obrigações em relação aos procedimentos para a execução do seguro garantia constante nos Contratos de Concessão do STFC.

2. REFERÊNCIAS

- 2.1. Informe nº 318/2012-PBOA/PBQI/UNAC de 20/11/2012 (fls. 1-31);
- 2.2. Portaria nº 968 de 21/11/2012 (fls. 32-35);
- 2.3. Parecer nº 440/2013/LCP/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 6/12/2013 (fls. 37-52)
- 2.4. Informe nº 56/2015-COUN, de 28/1/2015 (fls. 65-67 e anexos);
- 2.5. Circular SUSEP nº 477 de 30/9/2013 (fls. 68-91);
- 2.6. MACD nº 18/2015/COUN/SCO de 30/1/2015 (fls. 93-94)
- 2.7. Parecer nº 00107/2015/PFE-Anatel/PGF/AGU de 27/2/2015
- 2.8. Processo 53500.026929/2012

3. EMENTA

SUPERINTENDÊNCIA DE CONTROLE DE OBRIGAÇÕES (SCO). PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA (PFE). SEGURO GARANTIA. PROCEDIMENTOS PARA A EXECUÇÃO. UTILIDADE DO SEGURO GARANTIA. DIRETRIZES EXECUTIVAS.

1. A Anatel exigiu das concessionárias de STFC a contratação de seguro garantia para cobertura de obrigações de qualidade e universalização.
2. A área técnica sugeriu aguardar o trânsito em julgado do PADO para conversão da expectativa de sinistro em reclamação para fins de execução do seguro garantia. Tal sugestão coaduna-se com a Circular SUSEP que trata do tema.
3. A PFE opina que não é necessário aguardar o trânsito em julgado do PADO.
4. Em função da divergência entre áreas, o processo foi encaminhado ao Conselho Diretor para pacificação da questão.
5. Discussão sobre a utilidade do seguro garantia e a viabilidade de sua execução.
6. Diretrizes executivas.

4. RELATÓRIO

4.1. DOS FATOS

4.1.1. O presente processo trata de proposta de procedimento interno visando atender às Recomendações 001 e 003 da Constatação 008 do Relatório de Auditoria da CGU nº 201200043 de 10 de julho de 2012 e constantes também da Solicitação de Auditoria 201200043/002 de 13 de fevereiro de 2014 (fls. 55):

“1.1.1.8 Constatação 008

Ausência de execução pela Anatel das garantias relativas às apólices de seguro dos contratos de concessão, não assegurando a respectiva indenização à Administração, no que se refere aos prejuízos sofridos e/ou multas aplicadas às Concessionárias de STFC

Recomendação (001)

Que a Anatel institua procedimentos internos com vistas a garantir a efetiva comunicação de sinistros às empresas seguradoras dentro do prazo de vigência das respectivas apólices, garantindo a possibilidade de exigência da execução da obrigação ou de indenização por parte do segurado.

.....

Recomendação (003)

Que a Anatel avalie a necessidade de alteração dos prazos para comunicação de sinistros às empresas seguradoras, de forma a adequá-los aos procedimentos de acompanhamento das metas de qualidade e universalização e, caso haja necessidade, efetue as devidas alterações”.

4.1.2. O Contrato de Concessão contém em seu texto a Cláusula 24.1, III:

“Cláusula 24.1. *Durante todo o prazo de vigência da concessão, a Concessionária deverá manter com Companhia Seguradora de porte compatível com o capital a ser segurado, registrada junto aos órgãos reguladores do setor, as seguintes apólices de seguros necessárias para garantir a efetiva e abrangente cobertura de riscos inerentes ao desenvolvimento de todas as atividades contempladas no presente Contrato:*

.....

III - seguro garantia do cumprimento das obrigações relativas à qualidade e à universalização previstas neste Contrato (Performance Bond, carta de crédito e valor mantido em caução) no valor correspondente a 10% (dez por cento) do montante de investimentos estimado a cada ano para cumprimento das metas previstas no presente Contrato.

.....

§ 8º. Anualmente, até o final do mês de novembro, a Concessionária deverá apresentar a estimativa, para o ano seguinte, do montante de investimentos necessários para o cumprimento das obrigações deste Contrato, que subsidiará a contratação da garantia prevista no inciso III desta cláusula.”

4.1.3. Por meio do Informe nº 318/2012-PBOA/PBQI/UNAC, as áreas responsáveis apresentaram uma minuta de Portaria visando atender às Recomendações da CGU. No corpo do referido Informe há uma série de considerações que merecem ser trazidas aqui (grifos em negrito, de nossa autoria):

*“5.8. Os investimentos necessários ao cumprimento das obrigações em questão são suportados com recursos da concessionária, sendo calculados anualmente pela mesma. O valor total anual previsto desses investimentos serve de base de cálculo do valor do seguro-garantia exigido pela cláusula 24.1 do contrato de concessão (ou carta de crédito ou valor mantido em caução). **Como o planejamento das ações necessárias ao cumprimento das obrigações é realizado pela concessionária não há mecanismo que possa demonstrar a adequação da estimativa de investimentos correspondente, em prejuízo da cobertura a ser contratada. Na realidade a concessionária percebe um benefício em subestimar os investimentos futuros, de forma a contratar cobertura menor e consequentemente diminuir a despesa com seguro.**” (fls. 02).*

“5.12. Necessário salientar, no entanto, que a possibilidade de indenização prevista nas apólices de seguro não atende à finalidade estabelecida no inciso III da Cláusula 24.1, qual seja garantir o cumprimento das obrigações de universalização e de qualidade. Os recursos recebidos a título de indenização, embora creditados a favor do segurado (Anatel) não podem ser utilizados para a execução dos compromissos, visto que após a devida contabilização¹, não podem ter outro destino - ao final do exercício - senão o recolhimento à conta única do Tesouro Nacional, sem reversão ao objeto segurado.

5.13. Ademais, ressalta-se que a indenização está limitada a 10% (dez por cento) do montante de investimentos estimado a cada ano para cumprimento das metas, o que, na prática, seria suficiente para garantir no máximo o cumprimento do equivalente a 10% de todas as obrigações de universalização e de qualidade passíveis de descumprimento.

5.14. Pelo exposto, a indenização não atingiria a finalidade estabelecida na Cláusula 24.1, restando à Anatel pleitear da seguradora, apenas, a execução da obrigação inadimplida em lugar da concessionária. Observa-se, não obstante, que os custos da execução também estariam limitados a 10% (dez por cento) do montante de investimentos estimados a cada ano para cumprimento das metas.

5.15. Algumas das obrigações de universalização seriam passíveis de execução por parte da seguradora como, por exemplo, a instalação de telefones de uso público, contudo, o prejuízo econômico decorrente do descumprimento é de difícil identificação e mensuração, não permitindo à seguradora avaliar objetivamente se a apólice é suficiente para cobrir os custos associados, e se a execução da obrigação, por parte da seguradora ou sua preposta, é suficiente para regularizar a situação de inadimplemento.

5.17. É comum que as empresas apresentem índices abaixo das metas em determinados meses, mas, no período seguinte, apresentem melhora na qualidade do serviço, superando as metas estabelecidas. Há, ainda, situações em que a concessionária alcança as metas para alguns indicadores, em períodos específicos, mas, ao mesmo tempo, apresenta índices abaixo da meta para outros indicadores. Enfim, tanto os indicadores alcançados como os descumpridos podem variar significativamente durante o período de vigência da apólice de seguro (12 meses). De qualquer maneira, dificilmente poderá ser mensurado, objetivamente, um prejuízo real decorrente dessas variações.” (fls. 2).

“5.19. O descumprimento de uma meta de qualidade ou a ocorrência de uma interrupção são eventos que a seguradora, por meio da execução de obras ou serviços, não tem como reparar. Não é possível imaginar ação capaz de reverter uma meta descumprida no passado ou capaz de impedir a ocorrência de uma interrupção que também já aconteceu. Uma vez constatados tais descumprimentos, resta à Anatel averiguar os impactos que o evento causou ao usuário e garantir que a prestadora proceda com sua reparação e implemente eventuais melhorias na prestação do serviço que possam, futuramente, evitar novas interrupções ou queda na qualidade. Frise-se que, do ponto de vista da prestação do serviço, não há como efetivamente apurar o prejuízo financeiro decorrente do descumprimento de uma meta de qualidade ou da ocorrência de uma interrupção.

5.20. No que tange à aferição dos prejuízos, deve-se frisar a diferença existente entre o inadimplemento de obrigações relativas à universalização em relação às obrigações de qualidade. A apuração do descumprimento das obrigações de universalização, que, em sua maioria, são expressas em ações concretas a serem implementadas, com exceção daquelas que se referem apenas a cumprimento de prazos, permite clareza na identificação das correções, ainda que não quanto aos prejuízos decorrentes do inadimplemento. Se uma empresa, por exemplo, deixar de instalar um telefone de uso público, a correção seria proceder à sua instalação, mas qual seria o prejuízo econômico decorrente desse inadimplemento? Qual prejuízo a inadimplência teria acarretado à população da localidade, que foi privada do serviço? No que se refere ao atendimento de uma solicitação de acesso individual a destempo, a identificação e mensuração do prejuízo seria ainda mais difícil.”

“5.23. Com base na realidade das obrigações de qualidade, foi sugerida na proposta de revisão quinquenal dos Contratos de Concessão do STFC, referente ao ciclo 2011-2015, a revisão do inciso III da sua Cláusula 24.1, no sentido de excluir, do escopo da apólice de seguro-garantia, as obrigações de qualidade, o que à época foi afastado pelo Conselho Diretor da Anatel.

5.24. Em 16.11.2010, por meio da Análise n.º 723/2010-GCJR, a retirada da obrigação da contratação do seguro garantia para obrigações relativas à qualidade foi rejeitada. Segundo entendimento do Relator: “Rejeito a proposta da SPB e mantenho a redação original da cláusula. Considero que é sim possível a utilização do seguro para o cumprimento de metas de qualidade, sendo necessário, entretanto, uma nova abordagem da agência em relação a tais metas, com responsabilização em prazos menores e baseada não

¹ Arrecadação não prevista orçamentariamente. (Nota de rodapé presente no Informe)

somente em sanções pecuniárias, mas também em obrigações de fazer, como investimentos na qualidade de redes.”” (fls. 3).

.....
“5.31. O dever do segurado (Anatel), nessa espécie de seguro, é comprovar a inadimplência (Pado), notificar extrajudicialmente o tomador (concessionária) para cumprir a obrigação e, em resultando infrutífera essa notificação, constituir-se no direito de exigir da seguradora a indenização ou a execução devida.

5.32. Entende-se que, nessa espécie de seguro, o direito de o segurado (Anatel) exigir da seguradora a indenização ou a execução da obrigação se constitui a partir da comprovação da inadimplência (trânsito em julgado do Pado) e desde que o tomador (concessionária) seja notificado extrajudicialmente e, mesmo assim, deixe de cumprir a obrigação.

5.33. Em 21.01.2010, a Itaú Seguros, provocada pela Telemar Norte Leste S/A, manifestou sua interpretação quanto ao acionamento de expectativa de sinistro, em resposta ao Ofício n.º 122/2009/PBOAC/PBOA/SPB-Anatel, dirigido à concessionária. A seguir, encontram-se os principais trechos da correspondência: “O prazo de vigência delimita o período em que a cobertura da apólice terá eficácia, porém não impõe ao segurado o aviso de sinistro de imediato.” Sobre a questão do resgate da apólice, é exposto: “... o direito de pleitear a indenização não pode ser e não é perpétuo...”. Por fim consolida seu entendimento: “... caso a averiguação se estenda por prazo maior que o prescricional, e tomando por base que o termo inicial da prescrição se dá no último dia de vigência da apólice, onde, salvo melhor juízo, se inicia a averiguação do cumprimento contratual do período, o pleito posterior do segurado não teria cobertura, ante sua própria inércia, conforme a lei”.

.....
“5.38. Em 01.04.2010, a PBOAC recebeu representantes da J Malucelli Seguradora, para tratar sobre as coberturas do seguro garantia, clausulados, direitos e deveres das partes, etc., principalmente no que diz respeito às Concessões do STFC. Ressalta-se que a empresa tem 40% de market-share do produto no Brasil, é a maior da América Latina e tem cerca de 500 sinistros em seu histórico. Seguem os principais tópicos discutidos na reunião: (1) o produto é relativamente novo no Brasil (cerca de 15 anos); (2) entendem que após o fim da vigência, a seguradora não tem mais obrigações quanto ao período segurado; (3) entendem que a Anatel deve comunicar a seguradora sobre a existência de indícios de descumprimentos e solicitar endosso da apólice pelo período necessário à apuração; (4) entendem que não existe possibilidade de alguma apólice cobrir descumprimentos de 5 anos atrás; (5) entendem que o mercado não dispõe de produto que atenda às peculiaridade dos prazos de apuração utilizados pela Anatel; (6) declararam que a questão da vigência seria debatida junto à comissão competente da FenSeg. A PBOAC, por sua vez, esclareceu que não há como mensurar qualquer descumprimento de obrigação sem que antes tenha sido encerrado respectivo Pado.

.....
5.40. Por fim, tanto os representantes da Anatel como da FenSeg concluíram que o seguro garantia, como utilizado atualmente, não é suficiente para atender o Contrato de Concessão, em especial devido à existência de prejuízos irreversíveis, à dificuldade de mensuração de prejuízos e aos prazos para apuração da Anatel frente à vigência da apólice. A FenSeg se dispôs a fazer proposta de modelo de seguro garantia que melhor se adéque ao caso da Anatel.

5.41. Em 22.09.2011, foi recebida manifestação da Fenseg, por meio eletrônico. Entre outros esclarecimentos e comentários destacamos:

“Cumpre-nos esclarecer que a necessidade de se informar a expectativa de sinistro dentro do prazo de vigência da apólice, tão logo seja instaurado o Processo Administrativo de aplicação de penalidade, não se trata de mera exigência da seguradora, posto que todas as medidas operacionais, tais como reservas técnicas, comunicação ao agente ressegurador, dentre outras, só podem ser feitas e aceitas dentro da vigência da apólice.

Outrossim, sendo efetuada a notificação em momento oportuno, a Seguradora poderá envidar seus esforços junto ao Tomador para tentar manter a continuidade da execução contratual ou minimizar os prejuízos. Uma vez comunicada a expectativa de sinistro perante a Seguradora e desde que, para responsabilizá-la, a comunicação tenha observado o prazo da vigência da apólice em referência, ficarão preservados os direitos do Segurado sobre a apólice até que seja concluído o Processo Administrativo que originou a comunicação da expectativa, data então que deverá ser oficializada a reclamação de sinistro.” (fls. 4)”.

“5.44. De todo o exposto é possível verificar a existência de questões até então não sedimentadas, especialmente:

1. *Quais os prazos aplicáveis à Anatel para execução desse tipo de seguro? Quais são os prazos prescricionais aplicáveis ao caso?*
2. *Na impossibilidade de se configurar prejuízo objetivo decorrente do descumprimento das obrigações de qualidade e universalização, seria válido o cálculo de indenização por intermédio de parâmetros associados ao percentual de metas descumpridas? Seria possível estima-los mediante a utilização de outros indicadores ou parâmetros a serem construídos pela Agência especificamente para fins de execução do seguro garantia ?*
3. *É cabível o acionamento da garantia mesmo que não seja possível a execução posterior da obrigação descumprida, como ocorre, por exemplo, em metas que envolvem indicadores de qualidade ou apenas cumprimento de prazos? Caso afirmativo, de que forma a garantia pode suprir esse descumprimento de obrigação?*
4. *Constatado o inadimplemento da obrigação, é obrigatória a utilização do seguro-garantia para buscar o seu adimplemento quando outros meios não surtirem efeito (por exemplo, notificação da concessionária)?” (fls. 5)*

4.1.4. Em razão das dúvidas jurídicas suscitadas no parágrafo 5.44 do supracitado Informe 318/2012, os Superintendentes de Serviços Públicos e de Universalização, em 22 de novembro de 2012, solicitaram à Procuradoria Federal que se manifestasse sobre essas questões (fls. 36).

4.1.5. Por meio do Parecer nº 440/2013/LCP/PFE-Anatel/PGF/AGU, constante das fls. 37 a 52, a Procuradoria assim se posicionou (grifos em negrito, de nossa autoria):

“17. Portanto, apenas para sedimentar a definição doutrinária de seguro garantia, este se qualifica pela garantia em que a seguradora assume o cumprimento das obrigações devidas pelo tomador em um contrato principal, na hipótese de inadimplemento (sinistro), ou, no caso de impossibilidade de execução direta ou indireta do objeto do contrato principal, e nos termos das disposições contidas na respectiva apólice, arca com os prejuízos mediante o pagamento de indenização.

.....
*60. Entretanto, como já falado em linhas anteriores, se o tempo aguardado para a instauração do PADO puder colocar a execução do seguro garantia em risco de concretização da prescrição, deve-se, ou se proceder à instauração imediata do processo sancionador, ou **abrir processo autônomo**, desvinculado do PADO, portanto, para a área técnica dar prosseguimento aos atos concernentes ao acionamento da seguradora, tais como comunicação e registro de expectativa e reclamação de sinistro, conforme o caso.*

61. Acerca da desvinculação do processo de execução do seguro garantia do prosseguimento do PADO, observa-se que a área técnica adota entendimento diverso, conforme se infere do Informe nº 318/2012-PBOA/PBQI/UNAC, de 20.11.2012 (fls. 1/6), no sentido de que a inadimplência do contrato de concessão só estará configurada após o trânsito em julgado do PADO em que apurou os descumprimentos alegados pela Anatel.

.....
*63. Ou seja, de acordo com essa linha argumentativa, constatado pela Anatel o descumprimento de obrigações estipuladas no contrato de concessão do STFC, e cobertas pelo seguro garantia, a Agência deverá, logo **após** a abertura do PADO correspondente, e **ainda dentro da vigência da respectiva apólice de seguro**, informar à seguradora a expectativa de sinistro. Isso permitiria tanto à seguradora exigir providências da prestadora, no sentido de dar efetivo cumprimento aos deveres contratuais a que se submeteu, como garantiria à Agência a possibilidade de execução do seguro garantia após o trânsito em julgado de decisão condenatória prolatada no âmbito do PADO.*

64. Entretanto, esse posicionamento pode encontrar dificuldades na efetiva execução do seguro garantia, bem como impossibilitar a Anatel de ver cumpridas as obrigações cobertas pelo seguro.

.....

66. *Nota-se, por outro lado, que a constatação pela Anatel de que determinada obrigação foi descumprida é suficiente para justificar que a Anatel, na qualidade de segurada, exerça a pretensão de exigir da concessionária o cumprimento de fato da obrigação por ela assumida.*

67. *Nesse aspecto, vale ressaltar a inexistência de previsão na regulamentação de procedimento detalhado a ser observado no âmbito interno do órgão segurador para que este, perante a seguradora, converta a expectativa do sinistro em reclamação, uma vez que a Circular SUSEP nº 477, de 2013, apenas previu os documentos que devem ser apresentados para a conversão, sem especificar qual tipo de procedimento administrativo deve anteceder à conversão.*

68. *A rigor, a Superintendência de Seguros Privados poderia, ao regulamentar a matéria, dispor, de algum modo, sobre o procedimento administrativo interno que tramitaria no âmbito do órgão segurador. Porém, a opção adotada na Circular SUSEP nº 477, de 2013, foi a de se preocupar principalmente com a instrução da conversão da expectativa de sinistro em reclamação, definindo os documentos necessários a esse ato.*

69. *Trata-se de opção que se coaduna com o procedimento de execução desse tipo de garantia, uma vez que, no seguro garantia, a seguradora não está sujeita a atos de constrição patrimonial, com base em constatação de inadimplemento de obrigação garantida, por parte exclusiva do ente segurador.*

70. *Em outras palavras, conforme procedimento previsto na Circular SUSEP nº 477, de 2013, a conversão da expectativa de sinistro em reclamação não significa que o prejuízo será de fato indenizado, na medida em que, a partir da mencionada conversão, a seguradora avaliará se houve ou não inadimplemento e se o inadimplemento está coberto ou não pela garantia.*

71. *Assim, mais relevante do que definir normas internas rígidas para a segurada avaliar se houve ou não o inadimplemento, é mais eficiente exigir documentos no ato da conversão da expectativa em reclamação que permitam que a seguradora analise a situação de fato e defina a sua convicção sobre a sua responsabilidade ou não pelo eventual inadimplemento, sendo certo que eventuais divergências de entendimento entre segurador e seguradora, não solucionadas pela via consensual, devem ser levadas à apreciação do Poder Judiciário.*

72. *Desse modo, não há um conjunto de regras específicas e detalhadas para serem observadas nos procedimentos internos da Anatel que visarão à verificação dos inadimplementos, cabendo salientar, nesse aspecto que os atos de fiscalização da Agência e os documentos deles decorrentes (auto de infração) gozam do atributo da presunção de legitimidade e de veracidade, cabendo ao interessado em questionar os fatos neles relatados a prova de que o inadimplemento não ocorreu.*

73. *Ademais, o trâmite processual do PADO pode demorar alguns anos até a existência de decisão final transitada em julgado. No entanto, conforme se verá adiante, o prazo de prescrição para execução do seguro garantia pelo órgão segurador é de apenas 1 (um) ano da ciência do fato gerador da pretensão. Portanto, se for esperar o trânsito em julgado de decisão prolatada no âmbito de um PADO, a Agência, em muitos casos, não conseguiria executar o seguro garantia antes da materialização da respectiva prescrição.*

74. *Embora seja uma exigência feita por algumas seguradoras, não existe a obrigatoriedade de a Expectativa de Sinistro ser comunicada à seguradora durante a vigência da apólice. Em verdade, não se entrevê qualquer impedimento jurídico à Agência para comunicar e registrar a Expectativa de Sinistro em data posterior à vigência da apólice. Porém, esse ato deve ser realizado com brevidade suficiente para garantir a observância do prazo prescricional de 1 (um) ano da ciência, pela Anatel, do descumprimento pela prestadora de obrigação coberta pelo seguro garantia, o qual apenas se suspende, com a conversão da expectativa em reclamação. Ou seja, muito mais importante e relevante juridicamente é que a comunicação e registro da Expectativa de Sinistro seja realizada com a agilidade suficiente para que sua*

conversão em Reclamação seja feita antes do interregno de 1 (um) ano do marco citado, do que durante a vigência da respectiva apólice.

75. É que a apuração da inadimplência, bem como as providências a serem adotadas pelo tomador para regularizar as pendências apontadas, durante o prazo concedido pela Anatel, podem ultrapassar o fim da vigência da apólice.

76. Nesse contexto, vislumbre-se a situação hipotética de a Anatel constatar eventual descumprimento de obrigações de qualidade ou de universalização do STFC após a extinção do seguro garantia, sobretudo naqueles contratos de seguro garantia que preveem sua extinção após o prazo de 12 (doze) meses de vigência, e este corresponda ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de determinado ano. Se existirem obrigações a serem cumpridas pela concessionária de STFC com prazo final estipulado para o dia 31 de dezembro, não há viabilidade, por razões óbvias, de aferição dessa inadimplência pela Agência durante a vigência da apólice.

77. Em razão disso, é plenamente possível a expedição da Expectativa de Sinistro posteriormente ao término de vigência da apólice. Mais que isso, não há fundamento jurídico para se tolher da Anatel a execução do seguro garantia durante o prazo prescricional, relativamente ao sinistro ocorrido durante a vigência de determinada apólice.

78. Porém, apenas por cautela, e tendo em vista eventuais embates jurídicos protelatórios e desnecessários das prestadoras ou das seguradoras com a Anatel, a área técnica deve envidar esforços para que a Expectativa de Sinistro seja registrada durante a vigência da apólice.

79. Todavia, considerando a possibilidade de vários descumprimentos de metas de qualidade e de universalização serem constatados apenas no ano seguinte do seu efetivo inadimplemento, dadas as nuances que permeiam os serviços de telecomunicações, sugere-se à Agência solicitar às seguradoras, de forma coordenada com as concessionárias de STFC, a emissão de endosso com renovação do prazo de vigência das apólices vigentes atualmente, a fim de terem o prazo total de vigência de, pelo menos, 24 (vinte e quatro) meses. Quanto aos próximos contratos de seguro garantia a serem celebrados, recomenda-se que a previsão inicial do prazo de vigência já seja de período igual a esse sugerido, embora sejam referentes às obrigações a serem cumpridas nos primeiros 12 (doze) meses. Em outras palavras: as obrigações garantidas seriam as existentes num determinado ano (2014, por exemplo), porém a vigência da apólice para essas obrigações seria de dois anos (no exemplo, 2014 e 2015).

.....
110. Esse entendimento consta de julgados do Superior Tribunal de Justiça (colacionados anteriormente), e inclusive foi objeto da Súmula 229 desse Tribunal, enquanto que o entendimento de que, após a recusa da seguradora, o segurado tem o prazo prescricional de um ano para ajuizar a ação apenas foi verificado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

111. Desse modo, a PFE-Anatel, por cautela², opta por recomendar que a Agência adote os procedimentos internos visando à execução do seguro garantia, considerando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em vez de adotar como parâmetro o do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

² A recomendação da PFE-Anatel para a Agência definir seus procedimentos considerando o entendimento do STJ em relação ao prazo prescricional decorre (i) da prevalência desse entendimento no âmbito do Poder Judiciário e (ii) ao seguir esse entendimento, a ANATEL terá menos risco de ter sua pretensão de executar o seguro garantia tida como prescrita, na medida em que, ao seguir o entendimento do STJ (após a recusa da seguradora, a Anatel teria o restante do prazo de um ano, descontado o período entre a ciência do inadimplemento e a conversão da expectativa em reclamação), evidentemente também estará observando o prazo prescricional na forma do entendimento desta PFE-Anatel (após a recusa da seguradora, o prazo prescricional seria de um ano, devendo ser desconsiderado o período entre a ciência do inadimplemento e a conversão da expectativa em reclamação), embora a recíproca não seja verdadeira, uma vez que seria possível que a Anatel, ao seguir o entendimento da PFE-Anatel, no caso concreto, extrapolasse o prazo prescricional, seguindo o entendimento do STJ. (Nota de ropadé presente no Parecer)

112. Reiterando o já exposto em linhas anteriores deste opinativo, antes de a Agência acionar a seguradora para que esta forme seu juízo de convicção a respeito da ocorrência do sinistro, bem como sobre sua responsabilidade securitária, deve a Anatel notificar extrajudicialmente a prestadora para se manifestar acerca da imputação feita pelo ente regulador e para, em uma última tentativa, cumprir as obrigações e metas inadimplidas, quando isso ainda for possível. Cópia dessa notificação deve ser remetida à seguradora, a fim de instruir a Expectativa de Sinistro, como já explicado alhures.

.....
125. Vale reiterar a preponderância que deve ser dada ao cumprimento das obrigações previstas no contrato de concessão em relação ao pagamento de indenização à Administração Pública³, conforme já explicado anteriormente neste opinativo. Inclusive, recomenda-se à Agência exigir das concessionárias que nos próximos contratos de seguro garantia a serem celebrados, essa prioridade sobre a forma de ocorrer a indenização por eventual inadimplemento da prestadora passe a constar das apólices. Ou seja, é recomendável que nas próximas apólices conste cláusula expressa de que a execução do seguro garantia terá como consequência o cumprimento, pela seguradora, da obrigação in natura.

133. O objetivo primeiro do seguro garantia é a execução das obrigações de universalização e de qualidade do STFC. A execução com atraso dos deveres de responsabilidade da prestadora merece a devida imposição de sanções, objeto de apuração em correspondente Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações. Porém, a mora no cumprimento das obrigações pela prestadora não constitui objeto de indenização proveniente da execução de seguro garantia.

.....
138. Desse modo, quando as obrigações constantes do Contrato de Concessão do STFC forem adimplidas pelas prestadoras, ainda que com atraso, não haverá razão para início ou continuidade dos atos relativos à demonstração do sinistro à seguradora, ou mesmo para execução do seguro garantia. É devida, todavia, a apuração dessa mora no âmbito de processo sancionador.

.....
162. No que diz respeito ao seguro garantia oferecido para cobrir os riscos decorrentes do descumprimento de um contrato firmado com a Administração Pública, a prioridade é sempre o cumprimento da própria obrigação segurada. Veja-se que o interesse público é muito mais atendido com a realização do serviço ou da obra contratada, do que com o pagamento de indenização pela seguradora ao poder público. A convolação da obrigação in natura em ressarcimento financeiro ao órgão público pela seguradora acarretará, na prática, a postergação da realização do objeto do contrato firmado com a Administração Pública.

163. Observe-se que o pagamento de indenização obrigará a Administração a contratar uma nova empresa para executar a obra ou o serviço, visto que dificilmente conseguirá realizá-lo diretamente. Com isso, o efeito será o adiamento da satisfação do interesse público.

164. Diante disso, no caso de necessidade de execução do seguro garantia, em virtude do inadimplemento do tomador, deve-se dar preferência ao cumprimento, pela seguradora, da obrigação acobertada pelo seguro, com o fim de o interesse público restar plenamente atendido.

165. E, caso a seguradora se negue a cumprir a obrigação exigida pela Anatel, deve ser acionada judicialmente.

.....

³ A Circular SUSEP nº 232, de 3 de junho de 2003, previa dispositivo semelhante, conforme se infere do item 7.1 do seu Anexo I, *verbis*: (Nota de rodapé presente no Parecer)

7.1. Caracterizado o sinistro, a seguradora indenizará o segurado, até o limite da garantia desta apólice, segundo uma das formas abaixo, conforme for acordado entre ambos:

I. Realizando, por meio de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade e o concluir, sob a sua integral responsabilidade; ou

II. Pagando os prejuízos causados pela inadimplência do tomador.

170. Desse modo, quando as obrigações constantes do Contrato de Concessão do STFC forem adimplidas pelas prestadoras, ainda que com atraso, não haverá razão para início ou continuidade dos atos relativos à demonstração do sinistro à seguradora, ou mesmo para execução do seguro garantia.”

4.1.6. Em 21 de fevereiro de 2014 foi elaborado o Informe nº 034/2014-COUN1/COUN (fls. 59 a 64), que atendendo a Solicitação de Auditoria nº 201200043/2012 da CGU, deu ciência de que para atender às Recomendações daquele órgão de controle foi publicada a Portaria nº 968/2012, estabelecendo os procedimentos internos e atribuições para a eventual execução das apólices de seguro-garantia.

4.1.7. No mesmo Informe 034/2014, estão apresentadas as justificativas para que não tenham sido acionadas anteriormente as garantias pelo descumprimento de obrigações por parte das operadoras. A motivação apresentada foi a ausência de clareza nas responsabilidades para acionamento dos seguros, questão essa que teria sido superada com a edição da Portaria nº 968/2012.

4.1.8. Em 29 de janeiro de 2015 foi elaborado o Informe nº 56/2015-COUN, o qual destaca algumas divergências de posicionamento entre as áreas técnicas e PFE (destaques em negrito, de nossa autoria):

*“5.14. Nota-se que o procedimento atualmente adotado (formalizado pela Portaria 968/2012) é também aderente ao enunciado na regulamentação da Susep, tendo em vista que a reclamação de sinistro ocorrerá após a finalização do procedimento administrativo que **comprova** o inadimplemento do tomador. Entretanto, persiste o problema relacionado ao prazo para o trânsito em julgado administrativo frente à prescrição do direito de executar o seguro garantia.*

5.15. Por outro lado, nos parece ser de entendimento da PFE-Anatel que a comprovação do inadimplemento do tomador independe do trânsito administrativo do Pado, sendo suficiente o parecer da área técnica relativo ao descumprimento da obrigação para a conversão da expectativa de sinistro em reclamação, devendo a seguradora realizar sua análise para posterior caracterização do mesmo.

*5.16. Por todo o discorrido, **entende-se recomendável o posicionamento do Conselho Diretor sobre a necessidade de se aguardar a ocorrência do trânsito em julgado administrativo do Pado que apurou o descumprimento de determinada obrigação de universalização ou de qualidade do STFC para conversão da expectativa de sinistro em reclamação para fins de execução do seguro-garantia, pelos seguintes motivos:***

a) Tendo em vista que no procedimento atual se aguarda o trânsito em julgado administrativo para dar início ao processo de conversão de expectativa de sinistro em reclamação, a mudança radical no procedimento adotado proposta pela PFE-Anatel poderá trazer impacto:

I. No procedimento de execução das garantias vinculadas aos Editais de Licitação de Radiofrequências atualmente adotado, que segue os mesmos procedimentos da portaria, ainda que não formalizado da mesma forma. Devendo-se levar em consideração que, via de regra, são equivalentes a montantes muito superiores àqueles do seguro garantia dos contratos de concessão, trazendo, portanto, impacto financeiro ainda mais agudo ao setor.

II. Financeiro às Concessionárias, já que o número de reclamações de sinistro certamente aumentará, o que ocasionará apólices de seguro cada vez mais caras, além de cobranças às concessionárias por parte da seguradora para os casos em que a execução se efetivar; e

III. À estabilidade jurídica presente na relação entre o poder concedente e as concessionárias, pela mudança da regra aplicada.

b) A execução do seguro garantia nos moldes propostos pela PFE-Anatel pode resultar em querelas judiciais.

.....
6.1 Tendo em vista o exposto acima, parece mais adequado, por segurança jurídica, que se aguarde a ocorrência de trânsito em julgado administrativo do Pado que apurou o descumprimento de determinada obrigação de universalização ou qualidade do STFC para conversão da expectativa de sinistro em reclamação para fins de execução do seguro garantia.

6.2 Por fim, propõe-se o encaminhamento dos autos ao Conselho Diretor para que esse, como órgão máximo da Anatel, pacifique a questão.”

4.1.9. A partir da proposição do item 6.2 do Informe 56/2015, o processo foi encaminhado ao Conselho e sorteado em 2 de março de 2015 para relatoria do Conselheiro Marcelo Bechara. O Superintendente de Controle de Obrigações, no intuito de subsidiar a decisão do Conselheiro Relator, encaminhou-lhe o Parecer nº 00107/2015/PFE-Anatel/PGF/AGU, de 2 de março de 2015 que, no que tange à execução de seguro-garantia, tem a mesma conclusão do Parecer nº 440/2013, já mencionado acima, qual seja, a ausência de obrigatoriedade de vínculo entre o processo de execução de garantias e o processo punitivo (Pado) (fls. 97 a105).

4.1.10. Em 30 de junho último foi publicada a Portaria nº 576 estabelecendo procedimentos administrativos internos para execução do seguro-garantia e revogando a portaria que disciplinava o tema anteriormente (a de nº 968/2012) (fls. 111 a 114).

4.1.11. A matéria foi apresentada pelo ilustre Conselheiro Relator Marcelo Bechara na 779ª Reunião do Conselho Diretor. Da sua análise, mais alinhada à posição da PFE, extraio alguns trechos:

“4.2.53. Nesse novo processo, a Anatel deverá discutir junto à seguradora e possivelmente junto à prestadora, como os valores segurados deverão ser investidos. Há em todo esse processo, mais de uma opção para cumprimento do dispositivo regulamentar ou editálicio, como saber se se deve comprar novos equipamentos ou expandir equipamentos existentes, dentre outras opções técnicas.

4.2.54. Soma-se a essas dificuldades, a falta ainda de um caso concreto de execução de seguro garantia e a dificuldade de se estabelecer um procedimento em abstrato sob o qual ainda não há grande experiência.

4.2.55. Nesse sentido, recomenda-se ainda à área técnica, caso não tenha feito, realize interações diretas com a SUSEP, a fim de verificar se há casos similares em outros setores que poderiam servir de paradigma para a Anatel.

4.2.56. Vale mencionar que questões dessa natureza induzem a questionamentos sobre a eficácia do seguro garantia como instrumento assegurador do cumprimento de compromissos contratuais. Por essa razão, na versão da consulta pública que trata da revisão do Contrato de Concessão, houve a proposta de supressão do seguro garantia, conforme exposto na análise nº 73/2014-GCRZ:

“4.2.103. Diante disso, concordo que os Seguros de Lucros Cessantes e garantia devem ser excluídos do plano de seguros da concessão do STFC. Adicionalmente, proponho deixar expressa na decisão, em consonância com o sugerido pela PFE, determinação de que essa desoneração seja efetivamente considerada na equação do equilíbrio econômico-financeiro, de modo que o montante economizado pelas concessionárias seja revertido para a universalização ou, se for o caso, computado para a redução tarifária.””

4.1.12. Em 24 de setembro último, a CLARO S/A (“Claro”) protocolizou petição no sentido de que a execução do seguro-garantia só ocorresse na hipótese de rescisão contratual decorrente da impossibilidade total de a concessionária adimplir com as obrigações pactuadas com o Poder Concedente. Fundamenta seu pedido citando o art. 80, III da Lei nº 8.666/93, alegando que a execução da garantia geraria uma dupla punição (bis in idem, em razão das multas também aplicadas) e num posicionamento do ilustre Conselheiro Rodrigo Zerbone (Análise nº 73/2014-GCRZ, de 5/6/2014, também citada no voto do Conselheiro Marcelo Bechara).

4.2. DA ANÁLISE

4.2.1. A figura do seguro-garantia está presente no ordenamento jurídico das contratações da Administração Pública, pelo menos, desde a Lei nº 8.666/93. Dispõe essa norma: (grifos nossos)

“Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

4.2.2. Note-se que a Anatel, nas contratações na sua esfera de regulação, não se pauta pelas disposições da Lei 8.666/93 (art. 210 da LGT). Na própria LGT também não consta exigência de apresentação de seguro-garantia para contratações com a Anatel de qualquer dos serviços regulados. Destarte, não há razão de ordem legal para que a Anatel exija esse tipo de seguro. Note-se que, ainda que devesse seguir o rito prescrito na Lei de Licitações, a Anatel não estaria automaticamente obrigada a impor esse ônus aos agentes setoriais, posto que na Lei 8.666/93, no caput do art. 56, tal exigência fica “a critério da autoridade competente, em cada caso”. Assim, a presença do seguro-garantia no Contrato de Concessão do STFC é uma **escolha** da Anatel, não uma determinação de ordem legal. Assim sendo, deve-se fazer uma nova reflexão sobre a conveniência dessa escolha e, já que se encontra em andamento o processo de revisão contratual, sobre a necessidade de manutenção dessa exigência.

4.2.3. É interessante ressaltar que a existência do seguro-garantia e as dificuldades para a sua execução não são um problema exclusivo da Anatel. Na ANEEL, essa modalidade de seguro, denominada de “garantia de fiel cumprimento”, também é adotada nas contratações de novos empreendimentos (ex. linhas de transmissão) e o resultado é semelhante: quando seria necessária, não se consegue obter a cobertura da seguradora. De fato, o entendimento da AGU, manifestado pela Procuradoria Federal da ANEEL é no sentido de que a execução do seguro dependeria da mensuração do prejuízo causado pela inadimplência do agente econômico em relação à obrigação contratada, após um processo em que deve ser garantida a ampla defesa ao administrado. É que consta do Parecer nº 10/2014/PGF/AGU:

“2. GARANTIA DE FIEL CUMPRIMENTO

24. *A garantia a ser prestada pela contratada no momento da assinatura do contrato de concessão, como o próprio nome diz, tem o objetivo de assegurar o cumprimento das obrigações contraídas e de minimizar os riscos assumidos pela Administração ao firmar um contrato de concessão ou quando da emissão de uma outorga seja a que título for.*

25. *A garantia, portanto, não assegura apenas o cumprimento do objeto principal da outorga, mas também representa uma segurança à Administração para os casos de inadimplemento culposo por parte da contratada de qualquer obrigação por ela assumida ou de cometimento de infrações relacionadas à outorga.*

.....

33. *Destaque-se, contudo, que o prejuízo da Administração engloba também os prejuízos causados à prestação do serviço, apurados no âmbito do processo administrativo.*

34. *Observe, ainda, ser necessária a obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos constitucionalmente, quando de eventual execução. Apenas após esse procedimento prévio, é que se poderá exigir o adimplemento da garantia. Não há como se pré-fixar os prejuízos, posto que deverão ser analisados de forma individualizado após a concessão do direito de defesa em processo administrativo específico.*

.....

III. CONCLUSÃO

43. *..... No que se refere à execução da garantia de fiel cumprimento é preciso demonstração de prejuízo, que seja oportunizado o direito ao contraditório e à ampla defesa a serem exercidos em processo específico.....”*

4.2.4. Note-se que, da mesma forma que esta Agência, a ANEEL também jamais conseguiu executar o seguro-garantia (ou “garantia de fiel cumprimento”) e a razão é a mesma: a virtual impossibilidade de fazê-lo, por uma série de questões práticas que abordaremos adiante, mas que, ao menos em parte, já estão presentes nos Informes acima mencionados. A principal dessas razões é a definição do prejuízo a ser indenizado. Como estimar com segurança qual o prejuízo causado pela não entrada em operação de um equipamento no cronograma contratado, especialmente se esse equipamento tiver como finalidade apenas o aumento de confiabilidade do sistema elétrico?

4.2.5. Destarte, antes de envidarmos os nossos melhores esforços no sentido de criar meios para executar essa modalidade de seguro, caberia responder às seguintes indagações: ele é necessário? Ele traz, efetivamente, alguma garantia à Administração e à sociedade? O descumprimento de metas de qualidade ou universalização foi evitado pela existência desse seguro ou a sociedade seria compensada pela execução da garantia? A resposta a todas as perguntas é negativa.

4.2.6. A instituição do seguro, em tese, garantiria o cumprimento das metas de universalização e de qualidade. Ora, como bem aponta a área técnica, estando ele limitado a cobrir 10% dos investimentos necessários de cada ano, ficam os outros 90% desse ano sem qualquer cobertura. Mais ainda: como é de se esperar que os investimentos em universalização destinam-se a atender as áreas mais remotas, ou seja, onde os investimentos são mais caros e a receita com eles obtida é menor, na prática, é plausível supor que esses 10% de investimentos segurados para um determinado ano não signifiquem sequer 10% das metas físicas de universalização para esse ano (ex. considerando todos os TUPs previstos, a instalação daqueles 10% mais distantes custa mais que 10% dos investimentos previstos para esse fim).

4.2.7. Como também consta do Informe da área técnica, supracitado, com o intuito de baratear o custo do seguro, as empresas tendem a subestimar os investimentos que servem de base para o cálculo do prêmio pago às seguradoras. Pode-se estimar, ainda que grosseiramente, apenas para fins de argumentação, que apenas 5% das metas de físicas de universalização de um determinado ano estariam sendo, teoricamente, garantidas por esse seguro. Destarte, a Anatel está empenhando-se ao máximo, criando normas e procedimentos, para garantir uma pequena parcela das metas contratadas para um dado ano, ao passo que, digamos, 95% delas ficam sem qualquer cobertura, sem que haja incômodo por isso nos órgãos de controle externo. Nesse esforço, a PFE chega a sugerir que a SUSEP “poderia, ao regulamentar a matéria, dispor, de algum modo, sobre o procedimento administrativo interno que tramitaria no âmbito do órgão segurado”, com o que, com a devida vênia, em nome da autonomia da Agência, não devo concordar.

4.2.8. Cabe ressaltar também o alerta feito pela própria PFE, enquanto defende alterações normativas para garantir a execução da importância segurada: “a conversão da expectativa de sinistro em reclamação não significa que o prejuízo será de fato indenizado, na medida em que, a partir da mencionada conversão, a seguradora avaliará se houve ou não inadimplemento e se o inadimplemento está coberto ou não pela garantia”. Ou seja, não há nem mesmo a garantia de que a seguradora se disporá, amigavelmente, a pagar a importância segurada. Diante disso e do fato de haver no âmbito do Judiciário entendimentos distintos sobre o prazo prescricional para reclamação por parte da Anatel (o que é crítico quando se trata de seguros), como mencionado nos parágrafos 110 e 111 do Parecer da PFE (STJ e TJ-RJ), fica difícil aceitar a sugestão presente no parágrafo 79 do mesmo parecer, pois isso só ampliaria os custos de um instrumento totalmente ineficaz em relação aos fins para os quais foi concebido.

4.2.9. Deve-se mencionar, também, que, na improvável hipótese de haver sucesso na execução do seguro, a concessionária terá mais dificuldade no ano seguinte para contratar a apólice, sendo possível que nenhuma seguradora aceite o negócio, em virtude da mudança radical na percepção de risco em relação a essa concessionária. Tendo em mente que as metas de universalização e de qualidade se distribuem ao longo de todo o período da concessão e que o seguro-garantia é contratado anualmente, efetivamente o que se tem é que para os anos seguintes ao contratado não existe nenhuma garantia de que as metas serão cumpridas ou que a Administração será ressarcida pelos prejuízos advindos da frustração das metas estabelecidas. Assim, de forma pragmática, a instituição do seguro-garantia não traz segurança à Administração de que seus objetivos seriam alcançados; e se um seguro não cumpre a sua finalidade, não é necessário. Aliás, mais que dispensável, é uma obrigação nociva, porque traz ônus aos agentes setoriais, gera custos administrativos à Agência e, com exceção das seguradoras que vendem um produto que nunca precisarão entregar, não traz benefícios a ninguém, nem sequer aos consumidores que seriam, em última instância, os protegidos pela execução da garantia que terminaria por lhes propiciar o serviço desejado.

4.2.10. Note-se ainda o que afirma a PFE: “138. Desse modo, quando as obrigações constantes do Contrato de Concessão do STFC forem adimplidas pelas prestadoras, ainda que com atraso, não haverá razão para início ou continuidade dos atos relativos à demonstração do sinistro à seguradora, ou mesmo para execução do seguro garantia. É devida, todavia, a apuração dessa mora no âmbito de processo sancionador.” Ora, como haverá um processo punitivo (Pado), no qual a ampla defesa é garantida, a concessionária inadimplente com as suas obrigações sempre alegará que houve atrasos (que tentará justificar), mas que as metas serão cumpridas no futuro ou que os investimentos estão em andamento, o que elimina, no próprio entender da PFE, a possibilidade de execução do seguro.

4.2.11. Ademais, como bem observa a área técnica nos parágrafos 5.17, 5.19 e 5.20 do Informe nº 318/2012, é muito difícil estabelecer de modo objetivo e definitivo, num determinado instante, se uma meta não foi cumprida ou se ainda está em fase de execução. Isso se dá porque ao longo de determinado horizonte, à medida que os investimentos vão entrando em operação, a empresa pode, em determinado instante estar abaixo das suas metas e logo depois estar acima delas.

4.2.12. Outro ponto a considerar é que é virtualmente impossível mensurar o prejuízo causado pela inadimplência das concessionárias quando não atendem às metas estabelecidas. É possível estimar os investimentos que não foram realizados, mas não há como calcular as perdas que uma pequena comunidade remota sofreu por não ter o seu TUP tempestivamente instalado. Sem esse cálculo, que sempre poderia ser contestado pela seguradora, não há como exigir a indenização.

4.2.13. De fato, o que parece ficar claro, a partir da experiência da Anatel e outros órgãos, é que o seguro-garantia, cuja matriz está na Lei nº 8.666/93, pode ser adequado quando a Administração está fazendo aquisições, mas não para o caso de obras e serviços.

4.2.14. Há ainda dois aspectos de ordem prática: caso a seguradora chegasse a indenizar a Anatel, como bem aponta a área técnica, os recursos advindos dessa indenização seriam diretamente encaminhados à conta do Tesouro Nacional e a Anatel não teria como, eventualmente, contratar alguém para fazer aquilo que a concessionária não teria feito. Mas ainda que esses recursos ficassem com a Agência, a Anatel precisaria realizar uma licitação nos moldes da Lei nº 8.666/93 para contratar os serviços necessários ao cumprimento das metas inadimplidas, o que também levaria algum tempo, talvez até maior do que a sua execução pela própria concessionária.

4.2.15. Além disso, há que se pensar que seguradoras não são empresas de execução finalística, mas de natureza meramente financeira, ou seja, é ilusório achar que alguma seguradora aceitaria vender uma apólice na qual ela se responsabilizaria pela execução direta de algum serviço, especialmente nos moldes propostos, em que discutiria com a Anatel a compra ou a expansão de equipamentos.

4.2.16. A ideia de acionar judicialmente as seguradoras para que executassem diretamente o que a concessionária não cumpriu, conforme sugere a PFE, também parece pouco eficaz no alcance do objetivo que ela própria declara, de melhor atender ao interesse público. Inicialmente, porque essa disputa, cuja chance de vitória da Anatel seria virtualmente nenhuma, poderia levar mais tempo do que resta para a expiração dos contratos de concessão e, enquanto durasse a disputa, o interesse público ficaria ainda mais desatendido, porque nem a Anatel, nem a concessionária e nem a seguradora estariam fazendo os investimentos necessários para o cumprimento das metas de qualidade e universalização. Ao mesmo tempo, dificilmente haveria seguradoras interessadas em vender novas apólices enquanto a lide judicial não fosse dirimida em definitivo. Ou seja, as concessionárias que não estivessem inadimplentes teriam dificuldade de cumprir seus contratos de concessão (pela dificuldade de contratar o seguro estipulado) e a Anatel, em virtude da sua demanda com uma seguradora originada pela inadimplência de uma concessionária, teria que punir as outras empresas prestadoras que não teriam qualquer envolvimento na disputa. Não parece a melhor saída. Não é demais lembrar que a Anatel não regula o mercado de seguros e não tem meios para forçar uma seguradora a se comportar como ela deseja ou a oferecer os produtos que a Agência entenderia necessários.

4.2.17. Finalmente, há que se pensar se a existência de um seguro estimula as empresas a cumprir as suas metas de qualidade e universalização. Da mesma forma que um motorista não se comporta melhor no trânsito pelo fato de ter contratado um seguro (pode se comportar até pior, porque transferiu boa parte do seu risco), uma concessionária não trabalhará melhor se estiver oferecendo uma garantia à Anatel, que, como já se viu, por uma série de razões, não é nada eficaz. A Agência tem à sua disposição meios muito mais efetivos de pressionar as empresas a cumprir as suas obrigações do que retirar das empresas, em benefício das seguradoras, recursos que estariam melhor aplicados nas atividades finalísticas da concessão.

4.2.18. Quanto ao pleito da Claro, cumpre esclarecer que os contratos de concessão não têm como base a Lei nº 8.666/93 e a execução da garantia não significaria *bis in idem* porque ela seria cobrada da seguradora e não da concessionária. Quanto à mencionada citação do ilustre Conselheiro Rodrigo Zerbone, parece adequado transcrever alguns trechos:

“4.2.98.Tenho simpatia às preocupações externadas pela PFE, mas a bem da verdade, historicamente esses dois tipos de apólice [seguro garantia e seguro de lucros cessantes] têm se revelado despesas desnecessárias e de utilidade questionável.

4.2.99. Embora até seja possível neste momento de revisão ajustar e adequar os termos contratuais dos dispositivos que delinham os seguros contra lucros cessantes e garantia de adimplemento de obrigações de qualidade e universalização para torná-los mais efetivos e adequados ao que se pretende resguardar, tenho para mim que esse esforço não compensaria.

4.2.100. Os benefícios de sua manutenção são incertos, ..., enquanto sua presença representa um elemento de instabilidade contratual, em vista da crescente dificuldade de contratação do seguro, ante a ameaça de execução anual

4.2.101. As apólices previstas nos incisos II e III da Cláusula 24.1, além de estarem claramente em desacordo com as normas reguladoras e as práticas do mercado de seguros, podem desencadear longos e custosos embates na esfera judiciária, com prejuízos para todo o setor.”

4.2.19. Diante do exposto, concluo que o seguro-garantia presente nos contratos de concessão não se presta aos fins almejados e a sua manutenção não trará outras consequências que não ônus para as concessionárias, custos administrativos para a Anatel e lucros para as seguradoras. Não há porque se perpetuar esse instrumento e, muito menos, buscar meios ainda mais rebuscados para tentar tornar efetivo, e sem certeza de sucesso, algo que não precisaria ter existido. A melhor alternativa seria direcionar esses recursos para investimentos, visando atender às metas estipuladas ou a sua utilização para fins de modicidade tarifária.

4.2.20. Considerando que o uso para fins de modicidade tarifária teria muito pouco impacto para os consumidores, opino por direcionar esses recursos para o cumprimento das metas de universalização. O momento é propício, pois o Contrato de Concessão estipula que as empresas precisam apresentar nova apólice em novembro, o que já seria evitado. Todavia, como o processo de revisão contratual é um procedimento distinto deste, por uma questão meramente processual, considero que se deve aguardar a conclusão da revisão para a efetiva retirada da exigência referente ao seguro garantia.

5. CONCLUSÃO

5.1. Isso posto, proponho:

Suspender a exigibilidade da apresentação das apólices de seguro garantia até que seja encerrada a revisão contratual em trâmite.

É como considero.

ASSINATURA DO CONSELHEIRO DIRETOR

IGOR VILAS BOAS DE FREITAS