GRUPO II – CLASSE VII – Plenário
TC 022.280/2016-2.
Natureza: Representação.
Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).
Interessado: Telefônica Brasil S/A (CNPJ 02.558.157/0001-62)
Representação legal: Mauro Porto (OAB/DF 12.878), Rodolfo de Lima Gropen (OAB/MG 53.069) e outros, representando Telefônica Brasil S/A; Mariana Félix Gonçalves de Mateus (014.317.451-70), Luiz Batista Gomes dos Santos Pereira (083.129.957-65), Varlone Batista Sampaio (699.097.171-15) e Daniel Andrade Fonseca (012.126.326-64), representando Agência Nacional de Telecomunicações.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. COMPETÊNCIA. LEGALIDADE. DEFINIÇÃO DE REGRAS PARA AJUSTE DE CONDUTA DE OPERADORAS. CONVERSÃO DE PASSIVO DE MULTAS DE RESPONSABILIDADE DE ENTE REGULADO EM INVESTIMENTOS DIRETOS (COMPROMISSOS ADICIONAIS). CONHECIMENTO. EXAME DE CLÁUSULAS DE TAC APROVADO PELO CONSELHO DIRETOR. CÁLCULO DE VALOR DE REFERÊNCIA. IMPROPRIEDADES PARCIALMENTE AFASTADAS. IRREGULARIDADES E RISCOS IDENTIFICADOS E MANTIDOS. INDEFERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. OITIVAS. CIÊNCIA. MONITORAMENTO DO ACÓRDÃO 2.121/2017-TCU-PLENÁRIO. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação a cargo da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM), em face de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

2. Em primeira apreciação de mérito dos autos, o Tribunal proferiu o Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, cujos principais trechos são transcritos e analisados adiante. Em apertada síntese, este colegiado conheceu da representação, indeferiu o pedido de medida cautelar pleiteada em relação ao TAC em negociação com a Telefônica Brasil S/A, proferiu ciências, determinações e recomendações à Anatel, além de providências processuais acessórias. Constou ainda a necessidade de realização de oitiva à Agência para que essa se manifestasse sobre tópicos até então não esclarecidos nos autos.

3. Neste momento processual, realiza-se o monitoramento parcial dos comandos expedidos e das oitivas. Por registrar as principais ocorrências havidas no andamento do processo até o momento, resumindo os fundamentos das peças acostadas aos autos, adoto como relatório, com os ajustes

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

necessários e destaques do original, a instrução da secretaria responsável pela análise da demanda (peça 292), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peças 293-294):

"**INTRODUÇÃO**

1. Cuidam os autos de representação formulada por unidade técnica do TCU, no âmbito da então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações (SeinfraAeroTelecom), atual Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM), em face de possíveis irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

HISTÓRICO

2. No segundo semestre de 2015, o TCU realizou auditoria operacional, conforme processo TC 023.133/2015-5, com o objetivo de avaliar a atuação da Anatel na garantia e na melhoria da qualidade da prestação dos serviços de telefonia móvel no Brasil. Nesse processo, foram solicitados à Anatel diversos documentos, incluído as cópias dos processos administrativos sobre os TACs a serem firmados sobre o tema.

3. Nesses documentos, foram verificados indícios de irregularidades na atuação da Anatel, as quais motivaram, em novembro de 2015, a abertura de representação no TCU que resultou em medida cautelar impedindo que fosse assinado o TAC de qualidade da empresa Oi (TC 033.413/2015-0, peça 10). Esse processo foi sobrestado em 5/10/2016, conforme Acórdão 2.572/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, devido ao pedido de recuperação judicial do grupo Oi.

4. Ocorre que, por meio dos documentos obtidos na referida representação, de notícias na mídia e de documentos públicos obtidos no próprio sistema eletrônico de processos da Anatel (SEI), verificou-se que estavam em tramitação na Anatel diversos outros TACs referentes a outros temas e outras operadoras, que apresentavam indícios de irregularidades similares aos constatados no TAC da Oi.

5. Diante desses dados, no presente processo, a unidade técnica do TCU formulou, em 28/7/2016 (peça 18), representação sobre o tema, propondo que fosse determinado cautelarmente à Anatel que se abstivesse de assinar TACs, de forma geral, até que fossem avaliadas pelo Tribunal as possíveis irregularidades encontradas.

6. Por meio de despacho do dia 3/8/2016 (peça 22), o Ministro Relator da matéria decidiu conhecer da representação e, previamente à adoção da medida cautelar, determinou que a Anatel se manifestasse sobre as irregularidades apontadas pela unidade técnica do Tribunal. Por sua vez, a Agência se comprometeu a não assinar o TAC com o grupo Telefônica/Vivo até que o Tribunal se manifestasse sobre a matéria (peças 27).

7. Em 17/11/2016, por meio do Acórdão-Anatel 422 (peça 95), a Agência aprovou o TAC da empresa Telefônica, com projetos de ajustamento de conduta e com os compromissos adicionais de prover banda larga fixa através da tecnologia FTTH (*Fiber To The Home*) em cem municípios, sendo que 35 estavam dentro e 65 deles estavam fora do estado de São Paulo (peça 139, p. 104). Todavia, a Agência não assinou o termo com a prestadora, aguardando a manifestação do Tribunal.

8. Embora a Anatel tenha se manifestado inicialmente sobre as questões presentes no despacho do Ministro Relator, houve a necessidade de se obter mais informações e esclarecimentos sobre o tema, de maneira que foram necessárias novas diligências e requisições de informações, as quais foram respondidas pela Agência por meio de diversos ofícios (peças 25, 34, 35, 39, 59, 45 a 47, 62, 63, 66 a 70, 80 a 84, 187 a 191).

9. Após a análise de todos os dados apresentados pela Anatel, a unidade técnica apontou diversas fragilidades e irregularidades no processo conduzido pela Anatel na elaboração de TACs que culminaram em recomendações, determinações e a realização de oitivas, por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário (peça 165), de 27/9/2017, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, para que a Agência pudesse esclarecer e aprimorar o seu processo de trabalho referente ao

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

tema.

10. Entre diversos outros encaminhamentos, em seu item 9.3.1 o referido acórdão cientificou à Anatel que o Tribunal 'não vislumbra óbice à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, desde que atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitivas contidas neste acordão e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU' (peça 165, p. 1).

11. Dessa forma, embora a deliberação tenha sido sobre o mérito do processo, trata-se de uma análise de mérito parcial, visto que havia pendências a serem corrigidas e esclarecimentos a serem apresentados pela Anatel.

12. Cabe registrar que a primeira análise de mérito feita pelo TCU já produziu efeitos positivos, como possibilitar maior transparência e controle social, tanto da sociedade quanto do setor de telecomunicações, de todo o processo de discussão e de aprovação dos TACs no âmbito da Anatel.

13. Em 15/12/2017, a Anatel tornou público o processo de TAC da Telefônica por meio da internet.

14. Além disso, desde a prolação do Acórdão do Tribunal, diversos atores encaminharam estudos e manifestações formais à Agência acerca do tema, como entidades da sociedade civil, outras pequenas e grandes prestadoras, consultorias e associações de empresas do setor (peças 225, 279, 277, 278, 283, 284, 285). A minuta de TAC da Telefônica também foi objeto de denúncias e de representações ao Ministério Público Federal (peças 279, p. 45; 281, p. 2-3) e ao TCU (TC 010.661/2018-2 e TC 033.888/2018-3), bem como foi discutida nas comissões de Desenvolvimento Econômico e de Defesa do Consumidor na Câmara dos Deputados, em 19/12/2017 (peça 288).

15. Em relação aos TACs da Oi que estavam em tramitação na Agência, por conta do andamento da recuperação judicial da empresa, em 23/10/2017 o Conselho Diretor da Anatel deliberou, por unanimidade, pela não aprovação do TAC relativo aos temas de Direitos e Garantias dos Usuários, Fiscalização e Interrupções Sistêmicas, objeto do TC 028.810/2017-1 no âmbito do Tribunal, e pela revogação de ofício, em caráter incidental e translativo, da decisão que aprovou o TAC de Qualidade, Universalização e Ampliação do Acesso, objeto do TC 033.413/2015-0 no TCU (peça 289).

16. Após o Acórdão, a Anatel encaminhou ao TCU documentos em atendimento a parte das exigências contidas na deliberação. A partir desses dados foram feitas análises que resultaram na realização de sete diligências para esclarecer e complementar as informações sobre o tema (peças 194, 209, 232-236), respondidas pela Agência entre 6/12/2017 e 10/5/2018 (peças 199-200, 204-206, 219-221, 243-244, 250-251, 260-268).

17. Em 25/4/2018, o Conselho Diretor rejeitou a celebração do TAC da Telefônica, por três votos a dois, em consonância com a proposta da área técnica da Agência (peça 261, p. 8-9), como será abordado com mais detalhes na seção I a seguir.

EXAME TÉCNICO

18. Esta instrução visa concluir a análise de mérito do presente processo, bem como monitorar o grau de cumprimento e atendimento das deliberações proferidas pelo Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, visando contribuir para o aprimoramento da tramitação de todos os TACs que a Agência vier a analisar e a aprovar, além de poder influenciar positivamente outros processos futuros da Anatel que envolvam a transação de recursos públicos ou de compromissos financeiros por investimentos das prestadoras.

19. O referido acórdão exarou as seguintes deliberações para a Anatel:

'9.3. **dar ciência à Anatel** de que:

9.3.1. este **Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC** objeto desta representação, a ser possivelmente firmado **com a empresa Telefônica Brasil S/A,** desde que **atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitivas contidas neste acordão** e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

9.3.2. **não existe, de modo geral, impedimento à pactuação de TAC pela Anatel**, visto que os atos da Agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam objetos de deliberação expressa e específica em sentido contrário;

9.3.3. tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal, a **celebração de TAC pela Agência** com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos **atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento**;

9.4. **determinar à Anatel**, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, com relação a todos os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) a serem assinados pela Agência, inclusive os já aprovados pelo Conselho Diretor, que:

9.4.1. somente aprove em definitivo termos de ajustamento de conduta após **analisar previamente a admissibilidade de cada** Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações **(Pado)** a ser incluído no TAC e o impacto causado por cada um deles nas condições e nos valores que compõem o instrumento, em atenção aos arts. 7º, 9º, 13, incisos II, VI e VII, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), ao art. 40 da Lei 9.472/1997 (LGT), e ao art. 2º, *caput* e inciso VII, da Lei 9.784/1999, que dispõe sobre o princípio da motivação como exigência de indicação de pressupostos de fato e de direito que determinam decisões em atos da Administração Pública (seção II.1.2 do voto condutor deste acórdão);

9.4.2. estabeleça, em atenção ao interesse público e com fundamento nos arts. 3º, 13, incisos I, III e V, 15, incisos III e IV, 16 e 17 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), se ainda não o tiver feito, **cláusulas com pontos de controle periódicos** ao longo da vigência do TAC, mediante metas intermediárias para cada indicador e/ou índice utilizado para mensuração do Índice Geral da Qualidade (**IGQ**), com a previsão de aplicação de sanções por descumprimentos dessas metas parciais e em caso de retrocessos persistentes, não transitórios, em relação aos patamares verificados quando da celebração do instrumento, a fim de prevenir o risco de mascaramento de resultados de indicadores negativos com positivos, na média (seção III.4 do voto condutor deste acórdão);

9.4.3. garanta que a **soma das sanções aplicáveis à operadora** em casos de descumprimento de **cada compromisso adicional** do TAC, incluindo as multas diárias e a execução do Valor de Referência do item, **seja superior ao montante previsto de investimentos para aquele item**, sendo superior inclusive ao investimento previsto antes da aplicação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos previsto no art. 19, §§ 2º e 3º da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), quando for adotado, em razão de a situação atual permitir uma possível falta de efetividade do TAC decorrente de sistema de incentivos econômicos possivelmente desequilibrado, em atenção aos princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) e nos arts 19 e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como as finalidades dos arts. 3º, 15, incisos III e IV, 16, 17 e 18 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) (seções VI.1 e VII.2.2 do voto condutor deste acórdão);

9.4.4. **estabeleça**, em cada minuta definitiva de TAC a ser aprovada ou no respectivo Manual de Acompanhamento e Fiscalização, **todas as condições iniciais necessárias** para o devido **acompanhamento dos compromissos** previstos no acordo e para garantir a segurança jurídica do TAC, em atenção aos arts. 13, incisos I a VII, e 24, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), **contendo necessariamente**, salvo limitação técnica devidamente justificada (seção VII.2.1 do voto condutor deste acórdão):

9.4.4.1. a relação final de processos administrativos (Pado) incluídos no TAC;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

9.4.4.2. a **situação atualizada** de cada compromisso a ser firmado, com o detalhamento da condição **qualitativa e quantitativa** de cada uma das metas previstas, no momento da assinatura do TAC;

9.4.4.3. as **metas e os marcos temporais de avaliação** de cada um dos compromissos previstos, com o maior nível de objetividade e de detalhamento possível;

9.4.5. **delimite clara e previamente o objeto dos TAC** que firmar, por meio de obrigações e projetos definidos em seus aspectos essenciais, específicos e suficientemente completos, **vedando-se a alteração unilateral por parte da operadora** quanto ao objeto do ajustamento de conduta e dos compromissos adicionais, **sem prejuízo de alterações bilaterais e consensuais, devidamente instruídas** sob os aspectos técnicos e legais por parte da Anatel, nos termos dos arts. 13, incisos I, II, III e VII, 17 e 18, com seus respectivos incisos e parágrafos, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e à luz dos princípios administrativos da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, eficiência, moralidade e segurança jurídica (seção VII.1.3 do voto condutor deste acórdão);

9.4.6. Em atenção à decisão do Conselho Diretor da Anatel nos termos da Análise 68/2017, **não admita como compromissos adicionais** em TAC as **ações, atividades e investimentos** que **já tenham sido realizados pelas operadoras ou que estejam em andamento** no momento da assinatura do instrumento, com vistas a garantir o interesse público do ajuste e a sua efetividade (seção VII.3.6 do voto condutor deste acórdão);

9.4.7. No prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, **realize os ajustes** previstos nas **determinações anteriores nos TAC que já foram aprovados** na Agência, submetendo as minutas ajustadas a nova aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel, nos termos do art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e dos princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel), c/c o art. 19 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção VII.2 do voto condutor deste acórdão);

9.4.8. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, as **medidas** que pretende adotar para **assegurar que os projetos** executivos relativos aos compromissos em cada município, e consequentemente sua execução, **sejam representativos estatisticamente** do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para **cálculo do VPL** (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão);

9.4.9. **apresente** a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, a **devida motivação e os critérios utilizados** para fundamentar o **patamar de descontos concedidos** com base no art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) (seção VII.3.4 do voto condutor deste acórdão);

9.4.10. **abstenha-se de liberar as garantias relativas ao Editais de Licitação** 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, 1/2007-SPV-Anatel, 2/2012/SPV-Anatel e outros cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, até a comprovação do efetivo adimplemento do compromisso original ou de nova obrigação comutada no âmbito de TAC a ser possivelmente firmado com a Telefônica Brasil S/A, ou até nova deliberação do TCU a respeito (seção VII.1.2 do voto condutor deste acórdão);

9.4.11. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, as **razões de fato e de direito** que levaram à conclusão de **viabilidade de liberação da garantia prevista no Edital de Licitação** 2/2010/PVCP/SPV-Anatel ao transacionar as obrigações correspondentes no TAC, ao contrário da previsão de manutenção das garantias relativas aos Editais de Licitação 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel (seção VII.1.2 do voto condutor deste acórdão);

9.5. **realizar a oitiva da Anatel**, com base no art. 250, inciso V, do Regimento Interno/TCU,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

para que se manifeste sobre os seguintes tópicos, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação:

9.5.1. **incidência, ou não, do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos**, previsto no Ato-Anatel 50.004/2016, no cálculo do montante dos compromissos adicionais previsto para o **TAC da Telefônica** Brasil S/A, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 36-50, e seção IV.1 do voto condutor deste acórdão);

9.5.2. tratamento a ser conferido à **infraestrutura de telecomunicações** que pode vir a ser implementada **com recursos de TAC**, em termos de **prazos e condições de compartilhamento**, levando-se em conta o que prevê a Lei 13.116/2015 e o Decreto 7.175/2010, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 235-262, e seção IV.3 do voto condutor deste acórdão);

9.5.3. **esclarecimento** quanto à interpretação do inciso II do art. 26 do RTAC, a fim de demonstrar se indica o **teto (valor máximo) ou o piso (valor mínimo) da multa diária** que deve ser aplicada à operadora que incidir em mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 437-464, e seção VI.3 do voto condutor desta deliberação);

9.5.4. Em relação ao **Ato-Anatel 50.004/2016**, esclarecimento sobre de que forma os critérios nele definidos **atenderão às diretrizes estabelecidas no art. 22 do RTAC**, especialmente em relação ao **atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e à redução das desigualdades regionais** (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão);

9.5.5. Em relação ao caso concreto do **TAC da Telefônica** Brasil S/A, no que tange aos projetos que compõem seus **compromissos adicionais**, esclarecimento sobre: i) a **forma prevista para atendimento ao art. 22 do RTAC** por meio de compromissos adicionais, especialmente em relação às diretrizes previstas nos incisos I e II desse dispositivo (**'atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social**, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações' e '**redução das diferenças regionais**', respectivamente), conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 312-319, e seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão); e ii) a relação entre a **escolha da tecnologia *fiber to the home* (FTTH)**, internet de altíssima velocidade e possivelmente de **custo mais alto** para o usuário final, e as **diretrizes de políticas setoriais** afetas à **massificação do acesso à banda larga**, além das diretrizes anteriormente mencionadas;

9.5.6. esclarecimento sobre a possibilidade de **prejuízo às características fundamentais do TAC** previstas no art. 786 do Código de Processo Civil (certeza, liquidez e exigibilidade) **em razão da previsão de processo apuratório com vistas à emissão de certificado de descumprimento** (RTAC, arts. 27 e 31), conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 69-79, e seção VI.4 do voto condutor desta deliberação);

9.5.7. esclarecimento sobre eventuais mecanismos que a Agência pretende adotar para garantir que o **valor de referência de cada item** dos compromissos do TAC (**ajustamento de conduta e compromissos adicionais**) **efetivamente seja proporcional à relevância do item** para o atendimento do interesse público no TAC e corresponda ao real ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento (seções VI.1 e VII.2.2 do voto condutor deste acórdão e item 9.4.4 deste acórdão);

9.6. **recomendar à Anatel**, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que avalie a conveniência e oportunidade de:

9.6.1. **aperfeiçoar a Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC)** de forma a prever **participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação de TAC**, não somente ao final, mediante estabelecimento de pontos de controle ao longo do processo para a análise e decisão

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

do referido colegiado antes da submissão da minuta definitiva de TAC à Procuradoria da Anatel, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção II.2 do voto condutor deste acórdão);

9.6.2. **solicitar às operadoras o plano de investimento** dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas de cada TAC admitido e em andamento na Agência, incluindo seu **cronograma e previsão de gastos**, para que seja **avaliada a efetividade e o adequado incentivo econômico ao cumprimento do ajuste** por meio das multas previstas para cada compromisso face ao volume de recursos a ser gasto para executá-lo, e que passe a utilizar esses dados como **mecanismo de controle e acompanhamento** do andamento das atividades previstas em TAC, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção V.1 do voto condutor deste acórdão);

9.6.3. Na análise de cada TAC, inclusive aqueles cuja minuta já foi aprovada pelo Conselho Diretor, avaliar o **impacto do instrumento no cenário atual de competição** dos serviços de telecomunicações nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais, com vistas a **mitigar o risco** de que as **ações resultantes de TAC**, a exemplo da concessão de benefícios diretos a usuários das regiões atendidas e os investimentos a serem feitos naquelas localidades, **impactem negativamente o ambiente concorrencial** nessas regiões, nos termos do disposto nos arts. 2º, inciso III, 19, inciso XIX, e 70 da Lei 9.472/1997 (LGT), c/c o art. 159, inciso I, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) (seção IV.3 do voto condutor deste acórdão);

9.6.4. **estabelecer sistemática de credenciamento e certificação prévia** da lista de empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, compromissos e investimentos pactuados em TAC, **ou, no mínimo, definir critérios e requisitos** que deverão ser atendidos por essas empresas, de forma a reduzir risco de conflito de interesses em prejuízo à veracidade e fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras (seção V.3.1 do voto condutor deste acórdão);

9.6.5. **avaliar, ao final da vigência do primeiro TAC** que for concluído, a relação **custo-benefício do instrumento em relação à arrecadação direta das multas** aplicadas, de modo a aferir se a troca traz reais benefícios ao interesse público e, eventualmente, aprimorar o instrumento (seção X do voto condutor deste acórdão);

9.6.6. Na **revisão do conteúdo do Ato-Anatel 50.004/2016**, **submeter** a nova versão **à consulta pública**, com vistas a colher manifestações do poder público, dos usuários e do setor, tendo em vista seu cunho regulatório, pois tal proceder pode contribuir para aprimorar as decisões da Agência, em especial no que tange à aderência das decisões ao interesse público e à política setorial (seção IV.2 do voto condutor deste acórdão);

9.7. **determinar à Anatel**, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que **apresente a este Tribunal** no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação as **medidas adotadas em relação a cada recomendação** contida no item 9.6 cuja implementação seja considerada conveniente e oportuna, e, para recomendação cuja implementação não seja considerada conveniente ou oportuna, **a justificativa da decisão**;

(…)

9.12. **deixar assente que o Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF) é parte integrante do TAC** e, como tal, deve se sujeitar às normas que disciplinam o **rito de exame técnico e jurídico a ser realizado no âmbito da Anatel** (seção V.3.4 do voto condutor deste acórdão);

9.13. **dar ciência à Anatel** sobre o seu dever legal de **tornar pública a motivação para seus atos** administrativos, inclusive com relação à **aplicação de níveis variáveis de descontos** com

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

fundamento no arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), em relação a todos os TAC que firmar;

(…)

9.15. No que tange à classificação das **peças 45, 102, 128 e 137** quanto à confidencialidade:

9.15.1. **determinar à Anatel** que, no prazo de 15 (quinze) dias da ciência desta deliberação, avalie se os documentos enquadram-se nas hipóteses do art. 23 da Lei 12.527/2011 e encaminhe a este Tribunal , se for o caso, as informações referentes ao **grau e prazo do sigilo desses documentos** (art. 24 da Lei 12.527/2011), bem como a lista daqueles que podem ter acesso a eles; (sem grifos no original)'

20. A análise dos aspectos objeto de questionamentos no acórdão, juntamente com a avaliação do cumprimento e do atendimento das respectivas deliberações, está distribuída nas seguintes seções:

I) Rejeição do TAC da empresa Telefônica pela própria Anatel e perda parcial de objeto de cinco determinações contidas no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas;

II) Breve panorama sobre a relação entre o setor de telecomunicações e a situação das desigualdades regionais e sociais das regiões do Brasil;

III) Premissas da Anatel para aprovação de projetos e localidades nos TACs não asseguram a redução das desigualdades regionais e sociais:

III.1) Divergência na interpretação do art. 22 do RTAC e do termo 'desigualdades regionais';

III.2) Anuência da Anatel para projetos de compromissos adicionais de TAC que não contribuem para a redução das desigualdades regionais e sociais, determinada pelo art. 22 do RTAC;

III.3) O Ato-Anatel 50.004/2016 não contribui para a redução das desigualdades regionais e sociais nem para a massificação do serviço, determinadas pelos arts. 19 e 22 do RTAC;

IV) Receitas alternativas e compartilhamento de custos com outros serviços da operadora não considerados para cálculo do VPL;

V) Ausência de análise adequada acerca dos possíveis impactos concorrenciais negativos no mercado de serviços de telecomunicações devido à infraestrutura do TAC não estar sujeita ao compartilhamento;

VI) Insuficiência de motivação para a concessão de descontos nos TACs pela Anatel;

VII) Fragilidade e possível desequilíbrio no processo de distribuição do Valor de Referência (VR) nos compromissos do TAC;

VIII) Riscos no processo de certificação, ou não, do cumprimento do TAC e na execução judicial do termo em casos de não cumprimento;

IX) Avaliação das oitivas restantes e monitoramento das demais deliberações do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

I. Rejeição do TAC da empresa Telefônica pela própria Anatel e perda parcial de objeto de cinco determinações contidas no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário

21. Na sessão plenária de 27/9/2017, foi exarado o Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, que determinou e recomendou que fossem feitas diversas alterações na minuta do TAC da Telefônica antes da assinatura deste termo pela Anatel e pela prestadora. Cientificada, a Agência expediu ofícios para a empresa solicitando 'a apresentação de informações para subsidiar o atendimento ao Acórdão' (peça 264, p. 4).

22. Entre outubro e dezembro de 2017, ocorreram sucessivas reuniões e trocas de correspondências entre a Agência e a Telefônica para alterar a minuta do TAC de acordo com o Acórdão do Tribunal, em especial com relação aos compromissos adicionais. Em 22/12/2017, a Anatel enviou ofício à prestadora solicitando que fosse ajustada a área de cobertura desses compromissos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

adicionais nos municípios de Belém (PA) e de Palmas (TO), de forma a alcançar uma distribuição compatível com o estimado no Valor Presente Líquido (VPL) do TAC, como fora exigido pelo acórdão do TCU. O prazo para resposta foi prorrogado até 30/1/2018 e a Telefônica afirmou, nessa data, que não seria possível atender ao solicitado (peça 264, 4-5).

23. Em 22/2/2018, a Anatel reiterou essa solicitação à prestadora, não obtendo resposta satisfatória. Em 7/3/2018, o Conselho Diretor da Agência determinou, entre outros pontos, que a Comissão de Negociação do TAC reiterasse mais uma vez a solicitação, sob pena de interromper as negociações com a prestadora (peça 264, p. 5).

24. Em 8/3/2018, a Anatel expediu o ofício de segunda reiteração e, em 9/3/2018, a Telefônica 'protocolou, espontaneamente', correspondência em que afirmava que 'fatores desequilibram o racional jurídico-econômico do TAC forçando a Telefônica a não prosseguir na persecução da finalização do acordo nas bases em que se encontra atualmente'. Na mesma carta, a prestadora assegurava que 'continua disposta a avançar nas discussões com a Anatel, com base em um acervo de multas aplicadas e estimadas a menor e adaptação do projeto de investimento associado aos compromissos adicionais' (peça 264, p. 5).

25. Em 13/3/2018, a prestadora respondeu aos ofícios reiterados da Anatel, propondo a retirada das cidades de Belém (PA) e Palmas (TO) dos compromissos adicionais sob a justificativa de que seria necessário reduzir o valor total do TAC devido ao julgamento de multas ocorrido em 8/3/2018 (peça 264, p. 5-6). A Telefônica ainda se comprometeu a 'apresentar considerações adicionais sobre o acordo ora em discussão' até o dia 16/3/2018 (peça 264, p. 6). Porém, segundo os autos do processo da Anatel, a empresa não encaminhou mais nenhum documento sobre o tema para a Agência.

26. Em informe de 9/4/2018, a Comissão de Negociação do TAC analisou as informações existentes até então e concluiu que não seria possível 'realizar o atendimento integral aos itens 9.4.2 e 9.4.8 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário', uma vez que a prestadora estava reticente em apresentar o que foi requerido e que tinha apresentado manifestações 'contraditórias e inconclusivas' (peça 264, p. 40). Assim, propôs ao Conselho Diretor que não celebrasse o TAC da Telefônica, o que foi acatado por três Conselheiros, com voto contrário dos outros dois integrantes do CD/Anatel, na Reunião Extraordinária 849, de 25/4/2018 (peça 261, p. 8-9).

27. Essa rejeição do TAC da Telefônica pela Anatel implicou a perda de objeto de algumas das determinações do acórdão do Tribunal que estavam relacionadas diretamente ao caso concreto do TAC da Telefônica, quais sejam, itens 9.4.7 a 9.4.11, conforme detalhado na seção IX. Entretanto, a maioria das deliberações continua sendo aplicável, porque se refere à utilização do instrumento do TAC pela Agência em geral, ou seja, a todos os TACs que a Agência vier a apreciar e aprovar. Na seção IX da presente instrução, será detalhada a situação de cada deliberação e seu grau de atendimento e de cumprimento.

28. Dessa forma, entende-se que a conclusão da análise de mérito do presente processo ainda é relevante e pertinente, já que a correção das ilegalidades e das fragilidades identificadas na atuação da Anatel sobre a minuta do TAC da Telefônica tem o condão de aprimorar a tramitação de todos os TACs que a Agência vier a analisar e a aprovar, além de poder influenciar positivamente outros processos futuros da Anatel que envolvam a transação de recursos públicos ou de compromissos financeiros por investimentos das prestadoras.

II. Breve panorama sobre a relação entre o setor de telecomunicações e a situação das desigualdades regionais e sociais das regiões do Brasil;

29. O item 9.11 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, determinou que a área técnica do Tribunal realizasse 'ação de controle com vistas a avaliar a política nacional de banda larga, considerando os impactos sobre a competitividade e o desenvolvimento regional'. Em atendimento a essa deliberação, foi autuado o levantamento sobre a política pública de banda larga, TC 032.508/2017-4, apreciado pelo Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes.

30. Recorda-se que um dos aspectos mais debatidos na Sessão Plenária em que foi proferido o

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, tratava da escolha das cidades incluídas nos compromissos adicionais do TAC da Telefônica, que, de acordo com os normativos vigentes, deveria estar alinhada com a redução das desigualdades regionais e sociais e com a massificação do acesso às redes, entre outras diretrizes. Inclusive, esse tema foi objeto das oitivas dos itens 9.5.4 e 9.5.5 à Anatel e é analisado detalhadamente na seção III da presente instrução.

31. Desta forma, antes de adentrar na análise das respostas da Anatel às deliberações do presente processo e de concluir com a análise de mérito de todas as questões que ficaram pendentes, entende-se ser necessário apresentar um breve panorama que permita contextualizar o atual estágio da prestação do serviço de banda larga, bem como resumir o cenário atual das desigualdades regionais e sociais existentes nesse serviço, com base nas informações e nos dados trazidos pelo levantamento do TC 032.508/2017-4, determinado pelo acórdão que apreciou parcialmente o mérito do presente processo.

32. Inicialmente, cabe destacar que a banda larga é fundamental para o desenvolvimento da sociedade brasileira, porque o acesso à internet em alta velocidade propicia a ampliação ao acesso 'à educação, saúde, cultura, comunicação, participação social e informação, além de contribuir para a pesquisa e desenvolvimento (P&D) e para o surgimento de inovações, de forma a impulsionar um maior desenvolvimento social, político e econômico' (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 3).

33. Ao longo da última década, diversos estudos da Organização das Nações Unidas (ONU), da União Internacional das Telecomunicações (UIT), da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do Banco Mundial, entre outros, têm demonstrado esse impacto positivo e transformador que o acesso à banda larga produz no desenvolvimento dos países, resultando em recomendações para que sejam implementadas políticas públicas que possibilitem a ampliação desse acesso à internet (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 3-5).

34. Inclusive, dentro dos dezessete objetivos da Agenda 2030 da ONU para o desenvolvimento sustentável, está a ampliação do acesso às tecnologias de informação e comunicação, no item c do objetivo 9. Além disso, os países membros das Nações Unidas e a própria ONU reconhecem a utilização das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) como uma ferramenta essencial para atingir todos os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Assim, 'a ONU considera que são necessários investimentos para construir infraestrutura e permitir a implantação de banda larga em escala mundial' (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 4-5).

35. Constata-se que a necessidade de políticas públicas para fomentar a ampliação do acesso à banda larga é uma tendência mundial, incentivada pelo papel cada vez mais fundamental e imprescindível exercido pelas TICs no desenvolvimento econômico, social e político dos países no século XXI (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 4-6).

36. Estudos do Banco Mundial, de 2009 e de 2016, concluíram que 'a internet, da mesma forma que o setor de energia e transporte, tornou-se parte essencial da infraestrutura de um país e um fator de produção em quase todas as atividades da economia moderna' e que o significado econômico da banda larga é comparável ao 'desempenho de outras áreas de infraestrutura, como rodovias, ferrovias e eletricidade, que promovem, de forma semelhante, transformações nas atividades dos cidadãos, empresas e governos, permitem a criação de novos setores e possibilitam maior competitividade às nações' (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 6).

37. Ressalte-se que o acesso à banda larga é um dos aspectos mensurados no Índice de Competitividade Global (*Global Competitiveness Index* - GCI), compilado pelo Fórum Econômico Mundial e que compara a economia de 137 países. No levantamento mais recente, o Brasil ficou na 80ª posição, após sucessivas quedas (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 6):

> '45. Anualmente, o **Fórum Econômico Mundial** compila o **Índice de Competitividade Global** (*Global Competitiveness Index* - GCI), que compara a economia de 137 países. Nesse índice, a **competitividade nacional** é definida como um conjunto de instituições, políticas e outros fatores que determinam o **nível de produtividade de uma economia**. O **Brasil ficou classificado na 80ª posição** no último levantamento (*The Global Competitiveness Report* 2017-

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

2018). Segundo o relatório, **entre 2012 e 2017**, o **Brasil recuou 32 posições** neste ranking de competitividade. No mesmo período, países como **Rússia (38ª), Índia (40ª), África do Sul (61ª), México (51ª) e Colômbia (66ª) ultrapassaram o Brasil** neste índice, sendo que a **Rússia avançou 29 posições** enquanto a **Índia ganhou 19 colocações**.

46. **Um dos pilares do GCI** é a **prontidão tecnológica**, que é medida por indicadores como a **disponibilidade das tecnologias mais atuais**, **absorção de tecnologia** em nível de empresa, **investimento direto estrangeiro** e **transferência de tecnologia**, **usuários de internet, assinaturas de banda larga fixa e móvel**. Na concepção desse índice, para que as inovações resultem em benefícios econômicos e sociais é necessário que as pessoas e empresas de um país sejam capazes de adotá-las.

47. A **Estratégia Brasileira para a Transformação Digital** (BRASIL, 2018) tem como um dos seus **objetivos que o Brasil seja melhor classificado nesse índice** de competitividade mundial nos próximos cinco anos.

(…) É uma **posição aquém das possibilidades que o Brasil pode alcançar**, **impactando o nível de atratividade do Brasil para novos investimentos**, a **imagem brasileira no cenário internacional**, com **prejuízos ao seu desenvolvimento econômico e social**. É objetivo desta Estratégia Digital elevar significativamente a posição do Brasil nesse índice ao longo dos próximos cinco anos. O **progresso nesse e em outros indicadores** estará associado ao **sucesso da economia brasileira, incluindo a economia digital do País**. (BRASIL, 2018, p. 7).

48. No mesmo sentido, a minuta de decreto de telecomunicações apresenta como **um dos objetivos gerais das políticas públicas de telecomunicações 'contribuir para o aumento da competitividade**, **da produtividade e do crescimento dos diversos setores econômicos**' (minuta de decreto de telecomunicações, art. 1º, inciso IV, peça 25). (sem grifos no original)'

38. No âmbito do TCU, já foram realizados diversos trabalhos que abordavam esse tema em alguma medida. Dentre esses, destacam-se os seguintes (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 14-15):

'103. Destaca-se também o levantamento realizado por este Tribunal que teve como objetivo compreender as **políticas públicas e os programas do governo** federal relacionados à **inclusão** digital (Acórdão 2.151/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas). Esse levantamento demonstrou a **importância da banda larga para o desenvolvimento econômico e social e para a inclusão digital**, além de ter identificado um modelo para funcionamento da política pública de inclusão digital, firmado em **três pilares**: i) **alfabetização do indivíduo para uso das TIC**; ii) **infraestrutura que garanta a disponibilidade de acesso**; e iii) **conteúdo adequado às necessidades dos usuários**. Constatou-se nesse trabalho **vários problemas** que prejudicam o andamento da política de inclusão digital, **como a precariedade, em algumas regiões do Brasil, da infraestrutura de telecomunicações**, principalmente quanto à **baixa capilaridade das redes de dados**, à **qualidade da conexão e à infraestrutura física** (rede elétrica, construção civil) **de escolas, postos de saúde e órgãos públicos** que receberão a estrutura de rede. O relatório traz uma importante **conceituação sobre a exclusão digital**:

36. A partir dessa perspectiva mais abrangente, a **exclusão digital** deve ser vista como uma **condição relativa, mutável no tempo**, impactada por diversos fatores e, portanto, não se refere a uma noção dicotômica de ser ou não ser excluído, mas de **gradação resultante de uma série de barreiras ao acesso equitativo**: **deficiências de infraestrutura**, carências educacionais, baixa renda, inadequação de conteúdo, barreiras comportamentais, além das deficiências física, sensorial e motora.

(…)

105. Esta Corte também realizou levantamento com o objetivo de aprofundar os conhecimentos acerca da revisão do modelo de prestação dos serviços de telecomunicações (Acórdão 3.076/2016-TCU-Plenário, do Ministro Bruno Dantas). Nesse trabalho, ficou demonstrado que, **conforme informações do MCTIC e da Anatel**, um dos fundamentos da revisão do modelo é o **posicionamento da banda larga como o centro da política pública** de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

telecomunicações.

(…)

107. No diagnóstico sistêmico sobre o tema **desenvolvimento com recorte na Região Nordeste - Fisc Nordeste** (Acórdão 1.827/2017-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro José Múcio Monteiro), o Tribunal destacou que um dos **desafios relacionados à infraestrutura** dos estados dessa região é a **melhoria da conexão de banda larga**.

108. Também é importante citar o diagnóstico sistêmico sobre o tema **desenvolvimento com recorte na Região Norte (Fisc Norte**), Acórdão 2.388/2017-TCU-Planário, relatado pelo Ministro-Substituto Marcos Bemquerer. Nesse trabalho, o Tribunal ressalta a **importância da banda larga para o desenvolvimento e a competitividade das nações**, como também demonstra, em conformidade com dados da Anatel, que **estão na Região Norte os estados com a pior internet banda larga do país (Amapá, Pará, Roraima e Tocantins**).

109. Em 2016, o TCU realizou auditoria operacional sobre o **Programa Cidades Digitais** (detalhes do programa no Apêndice B). Em razão dessa auditoria foi editado o Acórdão 1.898/2017-TCU-Plenário, relator Ministro Bruno Dantas, que evidenciou a **subutilização da rede** viabilizada por esse programa, a **falta de informações relacionadas à manutenção da infraestrutura** e a **falta de estratégia de sustentabilidade econômica das redes instaladas** no longo prazo. Nesse acórdão, **recomendou-se ao MCTIC** que desenvolvesse **estratégia inclusiva dos municípios mais pobres, excluídos digitalmente**, de maneira a alcançar a **redução das desigualdades regionais**. No âmbito deste trabalho, o TCU desenvolveu um Referencial de Avaliação de Políticas Públicas de Inclusão Digital' (sem grifos no original)

39. Nesse contexto, observa-se que a utilização das TICs é capaz de contribuir significativamente para a redução das desigualdades regionais e sociais e para a melhoria da qualidade de vida das pessoas, desde que haja ampliação do acesso à banda larga para todas as camadas da população. Caso contrário, haverá manutenção das desigualdades, aumentando a exclusão digital. Registre-se que, segundo a pesquisa TIC Domicílios 2016, dentre os brasileiros com dez anos ou mais, 55,5 milhões nunca usaram a internet (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 4, 6).

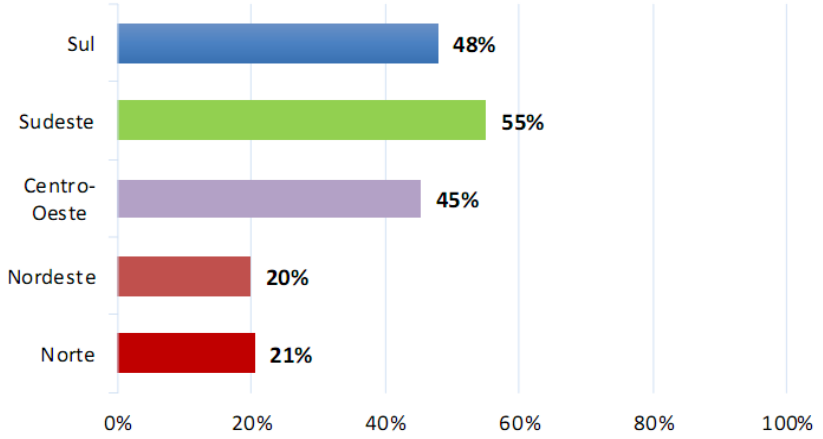
40. O levantamento do TC 032.508/2017-4 também trouxe um diagnóstico abrangente do serviço de banda larga no Brasil, do qual se extrai algumas das principais constatações.

41. Em 2017, no Índice de Desenvolvimento de TICs (IDI, na sigla em inglês), elaborado anualmente pela UIT, o Brasil foi avaliado com um IDI de 6,12, o 66º dentre os países analisados, atrás dos vizinhos Uruguai (42º), Argentina (51º) e Chile (56º). E no subíndice de acesso, mais afeto à política de banda larga, o Brasil foi apenas o 80º lugar, também atrás de Uruguai (49º), Argentina (64º) e Chile (66º). No estudo mundial da *Akamai Technologies* sobre velocidade média de conexão, de 2017, o Brasil ocupou o 79º lugar geral e o 6º lugar nas Américas, atrás do México (76º), Chile (60º), Uruguai (57º), Canadá (20º) e Estados Unidos (10º) (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 22-23).

42. Em dezembro de 2017, havia mais de 28,6 milhões de acessos de banda larga fixa no Brasil, com crescimento de 7,15% em relação a 2016, impulsionado em grande medida por provedores regionais, conforme relato da Anatel (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 23). Contudo, a distribuição desses acessos pelas regiões do país ocorre de forma desigual, como mostra o gráfico 1.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

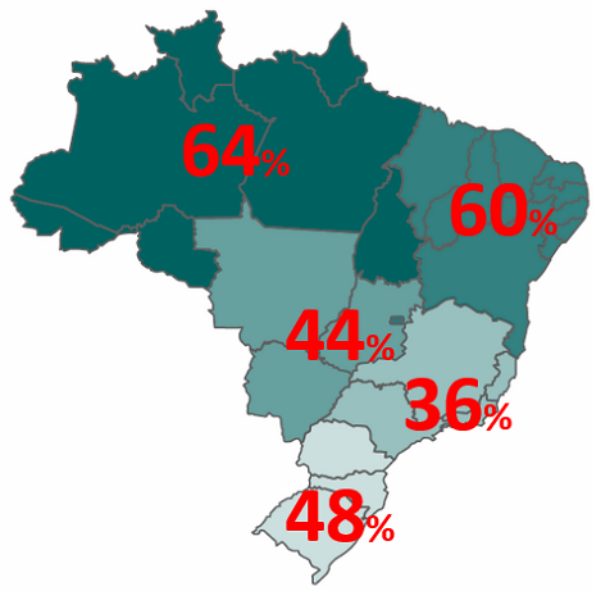
Gráfico 1 - Densidade de acessos de banda larga fixa nos domicílios do país



Fonte: Elaborado a partir dos dados da Anatel no Relatório do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 23)

43. O Levantamento também apontou que, segundo a pesquisa TIC Domicílios 2016, existiam 36,7 milhões de domicílios com acesso à internet (banda larga fixa e móvel), sendo 98% da classe A; 91% da B; 60% da classe C e 23% das classes D e E (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 25). Quanto à distribuição de domicílios sem acesso à internet, o trabalho revelou que ainda há desigualdades entre as regiões do país, conforme mostra a figura 1.

Figura 1 - Proporção de domicílios sem acesso à internet, por regiões do país

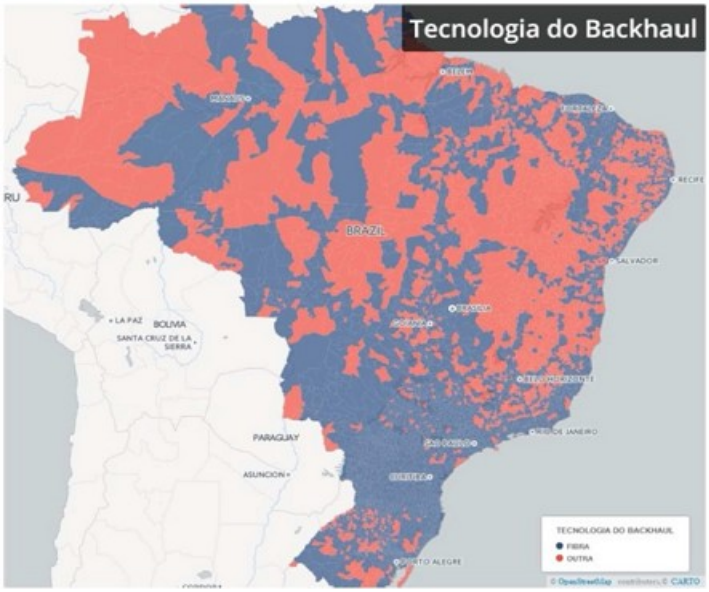


Fonte: elaborado a partir dos dados CGI.br/NIC.br, Cetic.br, TIC Domicílios 2016 no Relatório do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 26)

44. Em 2016, 3.225 municípios brasileiros, que correspondem a 57,9% do total, possuíam infraestrutura de *backhaul* em fibra ótica, distribuídos como mostrado na figura 2.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Figura 2 - Áreas com *backhaul* de fibra óptica (em azul) e sem *backhaul* (em vermelho)



Fonte: Dados fornecidos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações e associações de pequenos prestadores (2016). Pert (peça 29, p. 37) no Relatório do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 36)

45. Cabe esclarecer que o serviço de banda larga é prestado por empresas privadas, autorizatárias do serviço de comunicação multimídia (SCM), e não está sujeito a obrigações de universalização. Assim, em um cenário sem incentivos do setor público, a expansão do serviço de banda larga decorre sobretudo de investimentos privados e é guiada pela ótica econômica, como descrito no Relatório do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 43):

> '333. Também é importante considerar que **a expansão natural das redes privadas** se dá sempre pela **ótica econômica** e, por isso, ocorre **a partir de áreas densamente povoadas** e com **maior capacidade econômica**. Dessa forma, as operadoras tendem a expandir suas redes **em áreas contíguas, próximas às áreas já em operação, ligadas aos grandes centros urbanos**, de forma a **reduzir custos logísticos**, otimizando despesas e maximizando receita.' (sem grifos no original)

46. Deste modo, com base no exposto no levantamento do TC 032.508/2017-4, realizado em atendimento ao item 9.11 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, conclui-se que a distribuição do acesso à banda larga no Brasil apresenta desigualdades regionais e sociais, que podem impactar no desenvolvimento econômico e social do país. Como ressaltado por diversos órgãos e entidades internacionais, no contexto atual de globalização e de transformação de todos os setores econômicos pelas TICs, a ampliação do acesso à internet de alta velocidade é uma preocupação mundial, por ser imprescindível para o desenvolvimento econômico e social dos países.

47. A intervenção pública torna-se fundamental para alcançar parcelas populacionais que não são e não serão naturalmente alcançadas pelos investimentos privados, por não possuírem atratividade comercial, isto é, por possuírem menor condição econômica e estarem afastadas dos grandes centros urbanos e das redes já existentes. Nota-se que quanto mais presentes essas dificuldades, mais importante é o caráter transformador e de resgate social e econômico propiciado pela internet, como meio de acesso à informação, à educação e até mesmo, à saúde (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 43-44).

48. O referido levantamento também evidenciou a pouca disponibilidade de recursos públicos à banda larga. Tal fato torna essencial a alocação prioritária para o equacionamento dos problemas mais graves ligados à exclusão digital (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 60).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

49. Não por outro motivo os normativos vigentes que tratam da política pública de banda larga estabelecem como um dos objetivos principais a redução das desigualdades regionais e sociais:

> **Decreto 7.175, de 12/5/2010**
>
> Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Banda Larga - PNBL com o objetivo de fomentar e difundir o uso e o fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação, de modo a:
>
> I - **massificar o acesso** a serviços de conexão à **Internet em banda larga**;
>
> II - **acelerar o desenvolvimento econômico e social**;
>
> III - **promover a inclusão digital**;
>
> IV - **reduzir as desigualdades social e regional**;
>
> V - promover a **geração de emprego e renda**;
>
> VI - ampliar os **serviços de Governo Eletrônico** e facilitar aos cidadãos o uso dos serviços do Estado;
>
> VII - promover a **capacitação da população** para o uso das tecnologias de informação; e
>
> VIII - aumentar a **autonomia tecnológica e a competitividade** brasileiras.
>
> **Decreto 8.776, de 11/5/2016**
>
> Art. 1º Fica instituído o Programa Brasil Inteligente, com a **finalidade de buscar a universalização do acesso à internet no País**.
>
> Art. 2º Para alcançar a finalidade indicada no art. 1º, o Programa Brasil Inteligente terá os seguintes objetivos:
>
> I - **expandir as redes de transporte em fibra óptica**;
>
> II - **aumentar a abrangência das redes de acesso baseadas em fibra óptica nas áreas urbanas**;
>
> III - ampliar a **cobertura de vilas e de aglomerados rurais** com banda larga móvel;
>
> IV - atender **órgãos públicos**, com prioridade para os serviços de **educação e de saúde**, com acesso à **internet de alta velocidade**.
>
> (….)
>
> XI - **expandir redes de transporte em fibra óptica na Amazônia** por meio de cabos subfluviais.
>
> Parágrafo único. No mínimo, **sessenta por cento dos Municípios beneficiados** pelo objetivo a que se refere o **inciso I** do caput devem situar-se **nas áreas de atuação da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia - Sudam e da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste - Sudene.** (sem grifos no original)

50. O Regulamento de TACs da Anatel também traz essa diretriz nos incisos do seu art. 22, com destaque para a redução das diferenças regionais e para o atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações.

51. Nesse cenário, a atuação de todos os órgãos e entidades estatais em matérias afetas à banda larga deve se guiar pelas diretrizes dispostas nesses normativos. Dito de outra forma, a finalidade dos atos administrativos que se relacionem com a política pública de banda larga e que sejam editados por esses órgãos e entidades deve ser o atendimento dessas diretrizes. Caso contrário, configuraria um desvio de finalidade e, consequentemente, uma ilegalidade.

52. Por isso, mesmo os atos discricionários devem ser editados em observância a esses limites impostos pelos normativos vigentes. Cabe relembrar que, como leciona Maria Sylvia Zanella Di

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Pietro (Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 14-15), a discricionariedade não significa arbitrariedade nem liberdade irrestrita ao gestor. Existem limites que precisam ser respeitados, sob pena do ato ser ilegal e ilegítimo. A doutrinadora descreve que a delimitação da discricionariedade é constituída pelos princípios constitucionais, como os da legalidade, da moralidade, da razoabilidade, do interesse público e da motivação, além dos princípios gerais do Direito.

53. Assim, se um ato discricionário exorbitar esses limites, apontar essa ilegalidade não se configurará uma indevida invasão do mérito administrativo, mas tão somente a constatação da ocorrência de uma ilegalidade. Afinal, nenhum gestor está autorizado pela lei a decidir, com base em um juízo de conveniência e oportunidade, se contraria ou se cumpre a legislação vigente na edição de atos discricionários. Esse é o entendimento exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello (Discricionariedade e controle jurisdicional**.** 2ª. ed., 8ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47-48) em clássica obra acerca desse tema.

54. O autor ainda prossegue, afirmando que, por mais que existam zonas cinzentas de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados ou até diversas opções para que o gestor decida discricionariamente, em certos casos haverá uma zona de certeza que permite avaliar objetivamente se o ato discricionário desviou-se de sua finalidade, ou não (op. cit. p. 41):

> 'Em suma: **casos haverá em que, para além de qualquer dúvida**, qualquer sujeito em uma intelecção normal, razoável (e assim, também, a *fortiori*, o Judiciário) poderá concluir que, **apesar da discrição** outorgada pela norma, **em face de seus termos e da finalidade que a anima**, dada **situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência, ou** então que, mesmo comportando mais de uma, **certamente não era aquela que foi tomada**.' (sem grifos no original)

55. Não obstante esse arcabouço normativo a que os atos administrativos da Anatel estão sujeitos, as escolhas das cidades e dos projetos de compromissos adicionais efetivadas pela Agência, tanto no TAC da Telefônica quanto no Ato-Anatel 50.004/2016, não observaram essas diretrizes, conforme se evidenciará ao longo da presente instrução. Com esses atos, a Anatel permitiu a alocação dos escassos recursos públicos destinados à banda larga para atendimento de populações que já possuem acesso à internet ou que, por suas características, serão naturalmente alcançadas pelos investimentos privados nos próximos anos.

56. Tal conduta gera como consequência o aumento das desigualdades regionais e sociais no Brasil, bem como a perpetuação de parcela expressiva da população brasileira na condição de excluídos digitais, com as graves consequências sociais e econômicas que decorrem dessa situação.

57. Vislumbra-se, pois, que essas escolhas de cidades e projetos de TACs feitas pela Anatel refletem exatamente o caso descrito hipoteticamente por Celso Antônio Bandeira de Mello. Isso porque, por mais que a Agência possa escolher com certa margem de discricionariedade quais cidades ou projetos priorizar, por exemplo, é possível concluir objetivamente que a priorização adotada pela Anatel afronta as diretrizes dos normativos vigentes, em especial quanto à redução das desigualdades regionais e sociais.

58. Tais ilegalidades são detalhadas ao longo da presente instrução e são objeto de propostas de determinações corretivas. Por ora, faz-se mister ressaltar que, ao apontar essas ilegalidades e determinar que a Agência escolha discricionariamente outra forma para atingir as finalidades preconizadas pelos normativos vigentes para a política pública de banda larga, o TCU não estará violando o mérito dos atos administrativos discricionários editados pela Anatel, mas somente estará cumprindo com o seu dever constitucional de identificar e determinar a correção de ilegalidades.

III. Premissas da Anatel para aprovação de projetos e localidades nos TACs não asseguram a redução das desigualdades regionais e sociais

59. Ao analisar a proposta de compromissos adicionais do TAC aprovada pela Anatel em 2016, a área técnica do TCU apontou diversas fragilidades e irregularidades nas premissas utilizadas pela Anatel, tanto para os tipos de projetos previstos para os investimentos e às localidades a serem atendidas para aprovar compromissos adicionais em todos os TACs (peça 139, p. 137-140):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

‘842. Na análise dos compromissos adicionais, foram constatadas as seguintes irregularidades:

a) os **projetos de compromissos adicionais dos TACs já aprovados ou propostos** nos processos em andamentos da Anatel apresentam características que não estão integralmente de acordo com a política pública de universalização da banda larga, visto que eles **não priorizam o atendimento de localidades desprivilegiadas, remotas e sem interesse comercial, com baixos índices de desenvolvimento social e regional**. Nessas condições, o país perde em duas frentes: i) deixa de ser aproveitada a oportunidade do TAC de impor às operadoras obrigações de investimentos em regiões desfavorecidas e que normalmente não seriam atendidas pelas prestadoras; e ii) perdem-se ainda recursos que, caso as multas fossem cobradas, seriam destinados a fundos específicos cuja função principal é estimular políticas públicas do setor de telecomunicações (parágrafos 224 a 242);

b) sobre o chamado **fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos** (usado para diminuir parte dos investimentos exigidos da operadora caso sejam atendidas localidades mais carentes de infraestrutura), constatou-se que a discussão sobre quais projetos poderiam ser considerados na elaboração do fator foi restrita à participação da Anatel e das próprias operadoras, sem que pudesse ser considerada a participação da sociedade de maneira geral. Apurou-se também que, no cálculo do fator, diferentemente do que se previa e do que foi proposto pela área técnica da Anatel, o Conselho Diretor da Agência decidiu por **priorizar o atendimento de localidades de maior atratividade econômica** por terem mais capacidade de consumo, por meio do Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, **favorecendo localidades em que já há um desenvolvimento tecnológico maior**, ainda que reduzido quando em comparação com os grandes centros e metrópoles do país, **deixando de privilegiar municípios e localidades em que, de fato, não há interesse de atendimento pelas operadoras** (parágrafo 246 e 264);

(…)

845. Na análise dos compromissos adicionais e do estudo financeiro (VPL) que os embasou no **TAC da empresa Telefônica**, foram constatadas as seguintes irregularidades ou fragilidades:

a) o **projeto de compromissos adicionais** selecionado deixa de levar em consideração o **grau de interesse público** desse projeto específico, que possui uma **política com um alcance restrito**, em detrimento de outros projetos que poderiam ser realizados com esse volume de recursos e que seriam mais compatíveis com a política pública de universalização da banda larga no Brasil (parágrafos 650 a 666);

(…)

c) **não priorização de ações em localidades mais deficitárias de infraestrutura**, resultando em possíveis benefícios indevidos à prestadora e um possível prejuízo ao interesse público (parágrafos 678 a 705);’ (grifos diferentes do original)

60. Recorde-se que o art. 22 do RTAC estabelece diretrizes obrigatórias para balizar os projetos de compromissos adicionais, incluindo, entre outros aspectos, o atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e a redução das diferenças regionais. Além disso, o art. 19, § 2º, do RTAC prevê a criação de um fator adicional de desconto para projetos que atendem aos critérios definidos no Ato-Anatel 50.004/2016.

61. Também cabe relembrar que o TAC na Anatel é um instrumento que possibilita a troca de recursos públicos, multas aplicadas, por investimentos privados alinhados com o interesse público. Nesse sentido, é imprescindível que os projetos aprovados no TAC efetivamente sejam direcionados para essa finalidade, sob pena de se permitir que multas sejam trocadas por investimentos de interesse predominantemente comercial da prestadora.

62. Em 27/9/2017, por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, o TCU fez uma avaliação de mérito parcial do acordo entre a Anatel e a Telefônica, que resultou em determinações de melhorias, entre outras deliberações. Conforme os itens 9.5.4 e 9.5.5 do referido acórdão, as fragilidades relacionadas à escolha da tecnologia FTTH e das localidades a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

serem atendidas por esses investimentos foram objeto de oitiva e, portanto, são avaliadas na presente seção.

63. Faz-se mister registrar que a oitiva do item 9.5.4 foi incluída a partir dos debates ocorridos em Plenário, por sugestão do Ministro José Múcio, como revela o voto do Ministro Relator Bruno Dantas (peça 166, p. 83):

> '716. Por fim, **durante a sessão** o eminente **Ministro José Múcio Monteiro** demonstrou preocupação acerca de alguns pontos discutidos, tendo **sugerido o acréscimo das oitivas contidas** nos itens **9.5.4** e 9.5.7 **do acórdão**. Porquanto eu ainda tenha dúvidas a respeito da amplitude da interferência que o TCU possa vir a ter sobre essa matéria, reputo que a **medida processual** alvitrada terá o **condão de dirimir dúvidas** e permitir **firmar melhor convicção** sobre o ponto.' (sem grifos no original)

64. Além dos itens em oitiva, outras duas deliberações do Acórdão 2.121/2017/TCU-Plenário tangenciam o tema da adequação dos TACs com as diretrizes socioeconômicas do setor, de modo que também serão consideradas na análise que segue. A primeira é o item 9.6.6, que recomendava que a minuta da nova versão do Ato-Anatel 50.004/2016 fosse submetida a consulta pública, visando contribuir para aprimorar as decisões da Agência, em especial no que tange à aderência das decisões ao interesse público e à política setorial.

65. A segunda é a determinação 9.4.8, que exigiu a apresentação das medidas que a Agência pretende adotar para assegurar que os projetos executivos relativos aos compromissos em cada munícipio, e consequentemente sua execução, sejam representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para cálculo do VPL. Ressalta-se que, apesar de a preocupação original ter sido com relação à representatividade e à fidedignidade do VPL em comparação com o que for implementado de fato (assunto esse que será explorado mais adiante na presente instrução), verificou-se que o item provocou também a discussão sobre o conjunto socioeconômico de localidades a serem atendidas, de forma que seus argumentos se aplicam plenamente ao tema desta seção da instrução.

66. Conforme descrito anteriormente, após a publicação do referido acórdão, a Anatel encaminhou diversos documentos, bem como foram feitas diversas diligências pela área técnica do TCU. Além dessa interação, é importante ressaltar novamente que, nesse mesmo período, a Agência deu publicidade ao processo do TAC da Telefônica e suas condições, de maneira que houve diversas manifestações públicas e elaboração de estudos a partir desses dados por diferentes atores do setor, que serviram de subsídio complementar às análises desenvolvidas neste relatório.

67. A avaliação dos dados pela área técnica do TCU, a ser descrita com mais detalhes a seguir, permitiu identificar um conjunto de premissas adotadas pela Anatel que, tanto no caso concreto da Telefônica como no processo de celebração de TACs pela Agência de maneira geral, geraram o risco de ocorrência de impactos negativos na redução das desigualdades regionais e sociais e o risco de um resultado insatisfatório no que tange à massificação da banda larga.

III.1. Divergência na interpretação do art. 22 do RTAC e do termo 'desigualdades regionais'

68. Como já explicitado, as oitivas 9.5.4 e 9.5.5 requerem que a Anatel demonstre que os projetos de compromissos adicionais do TAC da Telefônica, escolhidos com base em premissas aplicáveis a todos os TACs, estão alinhados com o art. 22 do RTAC, em especial com o inciso que trata da redução das desigualdades regionais, a fim de que se verifique se há desvio de finalidade na escolha de cidades e projetos.

69. Contudo, a Anatel inicia sua resposta defendendo uma interpretação diferente sobre o significado do art. 22 do RTAC e do termo 'desigualdades regionais', razão pela qual se dedica a presente seção a dirimir essa divergência.

70. A Agência alega, tanto para o caso concreto do TAC da Telefônica quanto para qualquer projeto previsto no Ato do fator de redução de desigualdades, que o conteúdo previsto no art. 22 do RTAC não significa que todos os incisos do dispositivo tenham que ser atendidos simultaneamente (peça 274, p. 11-12):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

> ‘**3.50. Qualquer projeto negociado, seja previsto em Ato, seja proposto pela compromissária deve observar as determinações do artigo 22 do RTAC, não necessariamente de forma simultânea.**
>
> (…)
>
> 3.55. **Ressalta-se que a análise sobre o atendimento ao art. 22 do RTAC deve ser feito no caso concreto**, ou seja, a partir do exame do projeto específico apresentado pela prestadora interessada em firmar o TAC, à luz dos documentos supramencionadas e das políticas públicas em vigor, **tendo em mente o que já foi mencionado anteriormente sobre a desnecessidade de que cada projeto a ser estabelecido atenda a todos os incisos previstos simultaneamente**.’ (sem grifos no original)

71. Para avaliar o mérito da argumentação apresentada são necessárias duas análises, uma com relação à interpretação do referido dispositivo do RTAC e outra considerando-se o contexto histórico da elaboração do regulamento.

72. O texto do art. 22 do RTAC dispõe (peça 101, p. 7-8):

> ‘Art. 22. Os projetos do art. 19 deverão observar as seguintes diretrizes:
>
> I - atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações;
>
> II - redução das diferenças regionais;
>
> III - modernização das redes de telecomunicações;
>
> IV - elevação dos padrões de qualidade propiciados aos usuários**; e,**
>
> V - massificação do acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.’ (sem grifos no original)

73. Em uma análise semântica e baseada em técnicas legislativas, verifica-se que, conforme trecho acima em negrito, o texto do dispositivo possui a conjunção ‘e’ ao final do penúltimo inciso o que dá sentido aditivo entre os incisos, ou seja, torna as obrigações previstas em cumulativas, diferentemente do que afirma a Agência ao alegar que o sentido é alternativo. Essa análise também encontra respaldo no item 9.2.1.6 do capítulo I da parte I do Manual de Redação da Presidência da República, de 2002, que serve como referência de regras e técnicas na construção da literatura redacional dos atos normativos do Poder Executivo.

74. Observa-se que, em consonância com o art. 11, inciso II, alínea ‘a’, da Lei Complementar 95/1998, que disciplina a redação de atos normativos do Poder Executivo Federal, entre outros pontos, se a intenção da Anatel era dar interpretação diversa ao normativo, era necessário garantir a clareza e a precisão dos termos utilizados. Isto é, se não deveriam ser atendidas simultaneamente todas as diretrizes contidas nos incisos do art. 22 do RTAC, a Anatel deveria ter usado a conjunção ‘ou’.

75. Distanciando-se da simples análise formal do texto do RTAC, é importante também analisar o contexto histórico no qual ele foi elaborado. A proposta inicial do regulamento elaborada pela área técnica da Anatel e que foi para consulta pública (acessado em 22/6/2018 e disponível em https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C1664&Tipo=1&Opcao=finalizadas) não possuía tal redação, limitando-se ao texto:

> ‘Art. 13. (…)
>
> §3º (…) devendo atender preferencialmente às seguintes diretrizes:
>
> I - atendimento a áreas deficitárias, inclusive periferias, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura de redes urbanas;
>
> II - redução das diferenças regionais;
>
> III - modernização das redes de telecomunicações;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

IV - elevação dos padrões de qualidade propiciados aos usuários;

V - massificação do acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga;

VI - estímulo à pesquisa, ao desenvolvimento tecnológico e à inovação em telecomunicações.'

76. Entretanto, após a etapa de consulta pública, a Análise-Anatel 454/2013-GCRZ (peça 270) do Conselheiro relator da matéria, que apresentou a última e final versão do regulamento, aprovada pelo Acórdão-Anatel 663/2013-CD, dispôs (peça 270, p. 47-49):

'4.2.155. No **campo dos compromissos adicionais**, onde se centram as inovações desta proposta, **buscou-se, como já esboçado em tópico inicial acima, a delimitação mais objetiva do conteúdo das possibilidades de obrigações a serem abarcadas nos termos de ajustamento celebrados pela Agência,** quais sejam: a concessão temporária de benefícios diretos aos usuários e/ou a execução de projetos, a partir de rol de opções disponibilizadas pela Anatel à escolha das interessadas.(…)

4.2.165. As diretrizes destacadas na proposta em apreço para a definição dos compromissos adicionais foram aproveitadas para a elaboração de projetos, seja pelas interessadas, seja pela Anatel, no Ato a ser editado pelo Conselho Diretor.

4.2.166. Pelo exposto, proponho a seguinte redação para esta Seção:

Art. 22. Os projetos do art. 19 deverão observar as seguintes diretrizes:

I - atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações;

II - redução das diferenças regionais;

III - modernização das redes de telecomunicações;

IV- elevação dos padrões de qualidade propiciados aos usuários; e

V- massificação do acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.' (sem grifos no original)

77. Verifica-se que a proposta final e aprovada pelo Conselho Diretor alterou intencional e substancialmente o conteúdo do art. 22 do RTAC de maneira que, além de retirar o inciso VI originalmente previsto, ela alterou diretamente o texto dos incisos I e IV, sendo que nesse último foi incluída justamente a conjunção 'e' que altera o sentido do normativo, dando-lhe conotação aditiva entre os incisos.

78. Ora, se a intenção do normativo fosse compatível com a interpretação da Anatel na alegação citada acima, de que os incisos não deveriam ser atendidos simultaneamente, não teria propósito nem efeito algum a alteração do inciso IV promovida pelo Conselheiro Relator e ratificada pelo Conselho Diretor da Agência ao aprovar o RTAC.

79. Dessa forma, entende-se que, ao contrário do que alega a Agência, conforme previsto na própria redação do art. 22 do RTAC e em consonância com o processo decisório de aprovação do RTAC pelo Conselho Diretor da Anatel, os projetos previstos como compromissos adicionais de TACs devem atender todas as diretrizes previstas no art. 22 do referido regulamento.

80. A Anatel defende também que o termo 'redução de desigualdades regionais' do inciso II do art. 22 do RTAC não significa desigualdade entre as cinco regiões do país, podendo ser regiões dentro do próprio município (peça 264, p. 20):

'4.129. (…) **a redução das desigualdades regionais prevista no inciso II do art. 22 do RTAC não deve ser interpretada apenas como a redução das desigualdades entre as regiões do país (Norte, Nordeste, Centro-oeste, Sudeste e Sul), mas sim contextualizada de acordo com o ambiente em que se insere a regra**. Nesse sentido, termos de ajustamento de conduta com abrangência municipal, por exemplo, podem reduzir desigualdades regionais dentro do seu escopo.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

> 4.130. A exigência se aprovar apenas compromissos adicionais que sejam capazes de reduzir as desigualdades existentes entre as diversas regiões do Brasil poderia inviabilizar as desigualdades regionais dentro do seu escopo.'

81. A Anatel afirma que, ao prever a 'redução das desigualdades regionais', o inciso II do art. 22 do RTAC deve ser interpretado conforme o contexto, não se referindo às cinco regiões do Brasil necessariamente.

82. Não se discorda que a redução de desigualdades no âmbito de um mesmo estado ou município seja algo relevante e que TACs realizados com operadoras que possuam pequena abrangência e baixo poder econômico possam buscar dirimir desigualdades em pequenas regiões geográficas. No entanto, esse entendimento não deve prosperar como regra geral, ainda mais quando se trata de TACs com operadoras de abrangência nacional e elevado poder econômico, como o caso da Telefônica.

83. Na Análise-Anatel 454/2013-GCRZ, que apresentou a proposta final do RTAC, aprovada pelo conselho diretor da Agência, o conselheiro relator da matéria fez referência expressa aos trechos da Constituição Federal de 1988 (CF-1988) que abordam a redução das desigualdades ao tratar do conteúdo do inciso II do art. 22 (peça 270, p. 15):

> '4.2.51. Paralelamente a tal diretriz, estipularam-se duas espécies de critérios de ponderação do montante da contrapartida, em multas, dos compromissos adicionais assumidos. **O primeiro, vinculado à abrangência geográfica do projeto estratégico a ser executado pela compromissária, tem como premissa o incentivo à redução de desigualdades sociais e regionais, diretriz, relembre-se, que tem fundamento constitucional enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, e princípio geral regente da atividade econômica,** *in verbis*:
>
> TÍTULO I
>
> Dos Princípios Fundamentais
>
> […]
>
> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> […]
>
> III - erradicar a pobreza e a marginalização e **reduzir as desigualdades sociais e regionais;**
>
> […]
>
> TÍTULO VII
>
> Da Ordem Econômica e Financeira
>
> CAPÍTULO I
>
> DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA
>
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> **VII - redução das desigualdades regionais** e sociais;' (sem grifos no original)

84. Assim, diferentemente do que alegou a Agência, o relator do RTAC deixa claro o vínculo do dispositivo do RTAC sobre 'redução de desigualdades regionais' com a previsão constitucional dos princípios fundamentais e os de ordem econômica e financeira do regulamento.

85. Ressalte-se que, em que pese a Constituição não mencionar explicitamente as cinco regiões brasileiras, isto é, Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul, é entendimento pacífico de que o termo 'desigualdades regionais' não se refere às desigualdades internas dentro de um munícipio ou de um bairro. Existem numerosos exemplos disso na legislação, dos quais citam-se dois:

a) o art. 165, § 7º da CF-1988, que estabelece como uma das funções dos orçamentos fiscal e de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

investimento da União a redução das 'desigualdades inter-regionais'; e

b) os arts. 1º e 3º, inciso I, do Decreto 6.047/2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Regional (PNDR):

'Art. 1º A Política Nacional de Desenvolvimento Regional - PNDR tem como objetivo a **redução das desigualdades** de nível de vida **entre as regiões brasileiras** e a promoção da equidade no acesso a oportunidades de desenvolvimento, e deve orientar os programas e ações federais no Território Nacional, **atendendo ao disposto no inciso III do art. 3o da Constituição**.

(…)

Art. 3º A PNDR comportará a definição de estratégias de desenvolvimento regional nas escalas seguintes:

I - na **escala macrorregional**, deverão ser elaborados Planos Estratégicos de Desenvolvimento, atendendo ao disposto no inciso IX do art. 21 da Constituição, com **prioridade para as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste**, cujas elaboração e implementação serão coordenadas pelas instituições responsáveis pelo desenvolvimento das respectivas áreas de abrangência, sob orientação do Ministério da Integração Nacional; e' (sem grifos no original)

86. Indo ao encontro do posicionamento do conselheiro relator, o Ministério Público junto ao TCU, em seu parecer sobre a primeira instrução de mérito dos autos, também faz um vínculo do dispositivo do RTAC com a Constituição Federal e vai além (peça 156, p. 58):

'417. Observo que a 'redução das desigualdades regionais e sociais' é, **também, um dos princípios constitucionais da ordem econômica do País (inciso VII do art. 170 da Constituição Federal) que foi refletido no art. 5º da LGT,** in verbis:

[*Art. 5º*] na **disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais** da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, **redução das desigualdades regionais e sociais**, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público.

418. No âmbito do extinto PNBL, também estava previsto como um dos objetivos do programa '**reduzir as desigualdades social e regional', conforme disposto no inciso IV do art. 1º do Decreto 7.175/2010.**' (sem grifos no original)

87. Vê-se que o parecer reafirma que a diretriz do RTAC tem como origem os princípios constitucionais e relaciona ainda a previsão da Constituição Federal de 'redução de desigualdades regionais' com o disposto na LGT e no Decreto 7.175/2010 que criou o Plano Nacional de Banda Larga, um dos decretos de política pública que dá diretrizes a serem seguidas pela Anatel e demais atores do setor.

88. Por mais que o inciso II do art. 22 do RTAC possa, em casos particulares e em contextos específicos, ser aplicável aos casos de redução de desigualdade em regiões intramunicipais ou dentro de localidades específicas, entende-se não ser cabível a utilização dessa interpretação como regra, em detrimento da redução das desigualdades entre as regiões brasileiras, especialmente tendo em vista o processo decisório de aprovação do RTAC pelo conselho diretor da Anatel e considerando o vínculo do dispositivo e dos decretos que o direcionam com o disposto no inciso III do art. 3º e no inciso VII do art. 170 da Constituição Federal de 1988.

89. Soma-se a isso o fato de que não há uma diretriz objetiva que discipline em que medida será buscada a redução das desigualdades regionais nos TACs, tanto entre as regiões do país quanto entre municípios e bairros.

90. Preocupação semelhante com o tema foi exposta pela Procuradoria Especializada junto à Anatel (PFE), ao emitir seu Parecer 1287/2012/JCB/LCP/MGN/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU sobre a proposta do RTAC previamente à Consulta Pública (peça 271, p. 18):

'112. (…) Deixar-se-á de permitir, por exemplo, apenas para demonstrar a grande disparidade de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

acesso da população aos serviços de telecomunicações**, que determinada empresa celebrante de TAC realize investimentos na construção de redes na Av. Paulista, em São Paulo, ao invés de investir em locais que não contenham atratividade econômica (como, por exemplo, no sertão nordestino, em localidades do Norte do país ou mesmo nas periferias das grandes cidades**), **impedindo a difusão do serviço e a inclusão social por meio das telecomunicações**. É que, sem a proposta desta Procuradoria, acaba tornando-se possível a realização de investimentos apenas para modernizar as redes, **abrindo-se enorme discussão - sem parâmetros objetivos - sobre diferenças regionais.**

(…)

114. Em **contraponto, a construção de infraestrutura de redes no sertão nordestino, no Norte do País,** ou em qualquer outra localidade com poucos investimentos do setor de telecomunicações, pode não indicar a mesma atratividade (…)' (sem grifos no original)

91. Embora a PFE estivesse defendendo especificamente a questão do custo de construção de redes, seu exemplo elucida que, desde o início da tramitação do RTAC, já havia uma preocupação em deixar claro o conceito de desigualdades regionais e, principalmente, em garantir o atendimento das regiões brasileiras com infraestrutura mais precária, citando nominalmente as regiões Norte e Nordeste, ou seja, já considerando a divisão regional do país em cinco macrorregiões, diferentemente da interpretação defendida pela Agência em manifestação recente.

92. Outra questão a ser observada está relacionada com a afirmação da Agência de que a interpretação do termo 'regional' deve 'ser contextualizada de acordo com o ambiente em que se insere a regra' e que, 'nesse sentido, termos de ajustamento de conduta com abrangência municipal, por exemplo, podem reduzir desigualdades regionais dentro do seu escopo' (peça 264, p. 20).

93. De fato, se o TAC será firmado com uma prestadora de atuação restrita a uma região ou a algumas cidades, não seria razoável exigir compromissos nacionais, sob pena de inviabilizar o TAC. Entretanto, isso não se aplica no caso concreto do TAC da Telefônica. Verifica-se que, por se tratar de um TAC de uma grande operadora que atua em âmbito nacional, seria ainda mais essencial considerar a redução de desigualdade entre as cinco regiões do país, sobretudo por haver, nesse acordo, a previsão de investimentos cuja abrangência engloba todo o país.

94. Sobre o tema aqui apresentado, é importante também citar que a questão da redução da desigualdade entre as cinco regiões do país no TAC da Telefônica foi matéria amplamente discutida pelo Plenário do TCU na sessão ordinária do dia 27/9/2017, em que ficou decidida, por meio dos itens 9.5.4 e 9.5.5 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, a oitiva da Anatel para que demonstrasse o atendimento desse critério em seus atos.

95. Diante do exposto, entende-se que o inciso II do art. 22 do RTAC tem como finalidade precípua a redução das desigualdades entre as cinco regiões brasileiras, ou seja, entre Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul do país, por intermédio de TACs firmados com prestadoras de atuação em nível nacional.

III.2. Anuência da Anatel para projetos de compromissos adicionais de TAC que não contribuem para a redução das desigualdades regionais e sociais, determinada pelo art. 22 do RTAC

96. Uma vez esclarecida a interpretação do art. 22 do RTAC, cabe verificar se os compromissos adicionais estão alinhados com a redução de desigualdades, como exigido pelo regulamento. Recorde-se que o Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário deliberou:

'9.5. realizar a oitiva da Anatel, com base no art. 250, inciso V, do Regimento Interno/TCU, para que se manifeste sobre os seguintes tópicos, no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação:

(…)

9.5.4. Em **relação ao Ato-Anatel 50.004/2016, esclarecimento sobre de que forma os critérios nele definidos atenderão às diretrizes estabelecidas no art. 22 do RTAC, especialmente em relação ao atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e à redução das**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

desigualdades regionais (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão);

9.5.5. Em relação ao caso concreto do TAC da Telefônica Brasil S/A, no que tange aos projetos que compõem seus compromissos adicionais, **esclarecimento sobre:**

i) a forma prevista para atendimento ao art. 22 do RTAC por meio de compromissos adicionais, especialmente em relação às diretrizes previstas nos incisos I e II desse dispositivo ('atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações' e 'redução das diferenças regionais', respectivamente) , conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 312-319, e seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão); e

ii) a relação entre a escolha da tecnologia *fiber to the home* (FTTH), internet de altíssima velocidade e possivelmente de custo mais alto para o usuário final, e as diretrizes de políticas setoriais afetas à massificação do acesso à banda larga, além das diretrizes anteriormente mencionadas;' (sem grifos no original)

97. Repise-se que esses questionamentos foram fundamentados na identificação de indícios de que o tipo de projeto e os municípios pactuados nesses compromissos não contribuem com essa redução de desigualdades, por serem direcionados ao atendimento de cidades maiores, mais desenvolvidas e localizadas predominantemente na região Sudeste, em que pese a Telefônica ser uma operadora de abrangência nacional.

98. A Agência reguladora argumenta que os projetos de compromissos adicionais do TAC da Telefônica atenderiam simultaneamente a todos os critérios do art. 22, além das diretrizes de massificação e redução de desigualdades expressas nos Decretos 7.1.75/2010 e 8.776/2016, na Portaria-MC 1.455/2016 e na então proposta de Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações (PERT), porque:

a) a forma de distribuição dos acessos dentro das localidades, em que a empresa se comprometeria a implantar a rede de FTTH em uma área geográfica razoável dentro de cada município, abrangendo setores censitários de diferentes classes de rendimento, atenderia aos incisos I e II do art. 22 do RTAC;

b) o FTTH, pela característica da própria tecnologia de rede moderna e de alta capacidade, atenderia os incisos III e IV do art. 22 do RTAC

c) a previsão de ampliação da disponibilidade de contratação de acessos de banda larga em 1,4 milhão, estaria atendendo ao inciso V do art. 22 do RTAC (peça 263, p. 2).

99. Do mesmo modo, a Agência também afirma que, por se tratar de uma rede de acesso de alta capacidade, o interesse público na escolha do FTTH só existe caso o município tenha poucos acessos ou baixa capilaridade de rede de alta velocidade e se as velocidades médias de acesso do município forem baixas (peça 274, p. 13).

100. Assim, considerando essas condições, alega que adotou como critérios de avaliação de adequação dos municípios: capacidade de escoamento do tráfego de alta capacidade, ou seja, localidades que já possuíam infraestrutura de transporte de alta capacidade como backhaul em fibra ótica; inexistência de rede pela prestadora; e baixa penetração de acessos à internet (peças 264, p. 29; 274, p. 13, 18).

101. Esses critérios são objeto de análise mais detida a seguir, mas já é possível concluir que a decisão de investir em FTTH, pela natureza da tecnologia escolhida, parte do princípio que deverão ser atendidas localidades no país que possuam infraestrutura de rede, sendo que essa infraestrutura deve ter necessariamente uma alta capacidade de transmissão de dados, alta velocidade e alta qualidade da conexão.

102. Contudo, como apontado pela Anatel no PERT, elaborado em 2018 (peça 273, p. 83), e pelo Secretário de Telecomunicações do MCTIC diversas vezes (peça 106, p. 4-5 e peça 272), os TACs a serem celebrados constituem um dos principais, senão o mais relevante, instrumento viabilizador da política pública de banda larga.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

103. Os normativos que orientam essa política pública atribuem ênfase ao atendimento de locais desprovidos de infraestrutura de telecomunicações. O PERT, ao detalhar suas seis propostas de projeto (peça 273, p. 75), apresenta apenas uma proposta referente a melhorias na rede de acesso fixa (categoria em que se encaixa o FTTH) e outras três propostas de projeto que tratam de ampliação das redes de transporte ou redes que permitam o acesso aos serviços de telecomunicações de mais pessoas desconectadas originalmente.

104. O mesmo acontece com o Ato-Anatel 50.004, de 5/1/2016, que disciplinou o fator de desconto das desigualdades regionais (peça 110):

'Art. 1º Estabelecer o rol de opções de projetos que poderão ser executados como compromissos adicionais no âmbito de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), nos termos do art. 18, I, do RTAC:

a) infraestrutura de transporte com fibra óptica até a sede do município;

b) infraestrutura de transporte via rádio digital de alta capacidade até a sede do município, em municípios cuja estimativa de capacidade de tráfego de dados estimada para 2025 não ultrapasse 2,5 (dois e meio) Gbps;

(…)

e) encurtamento da rede de cobre até o armário (**FTTC**) para **oferta de banda larga**.' (sem grifos no original)

105. Verifica-se que, com relação à rede fixa de internet, não apenas o ato relacionou mais ações destinadas à rede de transporte do que à rede de acesso, como nem considerou a possibilidade do FTTH nas redes de acesso. Embora o referido Ato tenha sido elaborado com vistas a direcionar os projetos em que será aplicado um fator de desconto no valor do TAC, ele é resultado de uma análise, pela Anatel, de projetos considerados estratégicos para estimular as políticas setoriais e, portanto, representa uma importante base de referência.

106. Ressalte-se que o art. 8º, § 1º, da minuta de decreto da política de telecomunicações do MCTIC também elenca as iniciativas para as quais os recursos destinados à política pública de banda larga serão direcionados, priorizando a expansão do backhaul e a implementação de redes de acesso em locais ainda não atendidos (TC 032.508/2017-4, peça 25):

'I - **expandir as redes de transporte terrestre de alta capacidade, priorizando:**

a) cidades, vilas e aglomerados rurais que ainda não disponham dessa infraestrutura; e

b) localidades com projetos aprovados de implantação de cidades inteligentes;

(…)

III - ampliar a abrangência de redes de acesso em banda larga fixa, priorizando setores censitários sem oferta de acesso à Internet por meio desse tipo de infraestrutura.' (sem grifos no original)

107. Além disso, em diversos outros documentos, a área técnica da Anatel deixou assente que a priorização dos projetos de implementação de backhaul em locais desassistidos atenderia melhor ao interesse público do que a ampliação ou sobreposição das redes de acesso já existentes, seja por FTTH, seja por qualquer outra tecnologia:

a) Informe 24/2015-SCO (peça 275, p. 13 e 14):

'5.20. Após uma rodada inicial de negociações com as empresas, o GT [*Grupo de Trabalho de negociação dos TACs na Anatel*] reuniu as propostas apresentadas e sugeriu uma lista com os projetos prioritários para a Agência, de acordo com critérios relativos a viabilidade e ao interesse público de cada proposta.

5.21. Com a finalidade de apresentar o andamento das negociações do TAC **ao Conselho Diretor da Agência, foi realizada reunião técnica em 4 de fevereiro de 2015, na qual foi possível compartilhar com o colegiado a ordem de preferência que o GT deu para as propostas**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

recebidas:

***Backhaul* em fibra ou rádio;**

(…)

FTTH;

5.22. **O Conselho Diretor acabou por ratificar a ordem de prioridade proposta pela área técnica no slide anterior**, indicando os projetos mais aderentes à finalidade do TAC. (sem grifos no original)

b) Informe 70/2017-SEI-SUE (peça 188, p. 11):

3.9.5. A **implantação de infraestrutura de transporte de fibra** é a **mais indicada** para **garantir a modernização e aumentar a capacidade** das redes de telecomunicações, que por sua vez é imprescindível para **propiciar a massificação** do acesso às redes e serviços de internet em banda larga. (sem grifos no original)

c) Informe 5/2018-SEI-SCO (peça 264, p. 28 a 29):

4.220. Ambas as listas [***diagnóstico do PERT e Ato no 50.004/2016***] apresentam a **mesma ordem de projetos** que devem figurar dentre os estratégicos para a Agência, tendo por escopo **priorizar o provimento de infraestrutura básica (*backhaul*) para as áreas desatendidas, privilegiando as áreas sem qualquer tipo de atendimento (municípios sem *backhaul* e localidades sem acesso móvel)**, para **depois ampliar as capacidades existentes** nas áreas urbanas dos municípios (FTTC, **FTTH**, HFC, VDSL, GPON).

> 4.221. A lógica desta priorização é a de que a infraestrutura básica (***backhaul*) de alta capacidade é a base para a disseminação dos demais serviços**, sejam os serviços fixos, com fibra ótica nas redes municipais, sejam os serviços móveis com tecnologias mais modernas de 4G e futuramente de 5G. Essa foi a **priorização** defendida, inclusive pela área técnica da Anatel quando da elaboração do Informe 24/2015-SCO, **independentemente do reconhecimento quanto ao interesse público do projeto de FTTH**.' (sem grifos no original)

108. A incongruência entre o que está previsto nos diversos normativos que tratam da política de banda larga e a aceitação pela Anatel do projeto de FTTH no TAC da Telefônica também foi apontada pelos diferentes atores do setor, em suas manifestações dirigidas à Agência, como por exemplo a Abrint (peça 225, p. 3-4, 7, 9, 16; 285) e a TIM (peça 283, p. 3-4, 6). Em suma, esses atores questionam os seguintes pontos:

a) a opção por construção de redes de acesso de alta velocidade tem como consequência o não atendimento de mais de 2.300 municípios que não estão conectados por meio de fibra óptica à rede central das operadoras e, por isso, possuem atendimento mais precário do que as localidades atendidas pelo FTTH;

b) diferentemente da tecnologia FTTH, a opção por investimentos em redes de transporte (*backhaul* e *backbone*) viabiliza a ampliação do fornecimento de novos serviços e permite o compartilhamento da infraestrutura com outros provedores, ampliando, assim, a oferta de serviços de telecomunicações e a sua competição;

c) os investimentos dos TACs, por serem oriundos de atos regulatórios, deveriam ser priorizados e coordenados pela Anatel e pelo MCTIC de maneira a atender prioritariamente às áreas carentes de infraestrutura e que apresentem baixo interesse comercial, em especial nas localidades que ainda não têm *backbone* e *backhaul*.

109. São por essas razões que se questionaram a compatibilidade entre as diretrizes do art. 22 do RTAC e as diretrizes setoriais quanto à redução das desigualdades regionais e ao atendimento de áreas de baixo desenvolvimento econômico e social com a decisão da Anatel de aceitar o FTTH como único projeto previsto como compromissos adicionais do TAC da Telefônica, no montante de R$ 1,08 bilhão (peça 264, p. 37).

110. Ao escolher o FTTH, ou seja, a ampliação da capacidade da rede de acesso em fibra até a casa

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

do usuário, como prioridade e como único projeto dos compromissos adicionais, deixa-se de aplicar os recursos públicos transacionados no TAC (um instrumento de política pública) em localidades que ainda não possuem infraestrutura de telecomunicações necessária para a massificação da banda larga, e passa-se a destinar tais recursos a um projeto que só pode atender localidades que já tenham infraestrutura de alta capacidade de rede.

111. Em que pese a rejeição desse TAC, como já abordado, há uma tendência de que tais parâmetros de análise de investimentos sejam utilizados pela Agência em outros TACs e mesmo em outros instrumentos de troca de recursos públicos por investimentos, implicando no risco de que se perpetue esse direcionamento indevido de valores para locais com infraestrutura de telecomunicações, em detrimento dos não atendidos.

112. Conforme descrito anteriormente, a Anatel argumentou que o interesse público na escolha do FTTH só existe caso o município tenha poucos acessos ou baixa capilaridade de rede de alta velocidade e se as velocidades médias de acesso do município forem baixas. Partindo desse ponto, adotou critérios de avaliação de adequação dos municípios, como a escolha de localidades que já possuíam infraestrutura de transporte de alta capacidade, a inexistência de rede pela prestadora na localidade a ser atendida pelo TAC e a baixa penetração de acessos à internet (peça 274, p. 12).

113. Entretanto, essas premissas não foram verificadas no caso concreto dos municípios incluídos no projeto de FTTH do TAC da Telefônica. Os estudos elaborados pela Teleco e pela Abrint demonstram que essas 105 cidades já são atendidas por outras 147 prestadoras, com tecnologias que permitem altas velocidades de até 300 Mbps, como a fibra ótica (peças 277, p. 21; 225, p. 18-31). Ressalte-se que, em 86 municípios, existem pelo menos duas outras empresas comercializando FTTH ou *cable modem* (peça 277, p. 21).

114. No caso de Juazeiro (BA), segundo estudo da Teleco (peça 277, p. 28), a área de cobertura proposta da Telefônica tem 84,7% de sobreposição de setores censitários com a de outro provedor regional que também oferta FTTH, como evidencia a figura 3. Em outras cidades, toda a área urbana já é atendida por fibra ótica, como, por exemplo, em Amparo (SP), Assis (SP), Bebedouro (SP), Pará de Minas (MG), São João del Rey (MG), Tatuí (SP), Tupã (SP), entre outras (peça 225, p. 23-31).

115. Isto é, essas localidades não apresentam poucos acessos à internet nem baixas velocidades médias de acesso e, por isso, o fato de estarem inseridas no projeto do TAC viola os incisos III a V do art. 22 do RTAC, que tratam da modernização das redes de telecomunicações, da elevação dos padrões de qualidade propiciados aos usuários e da massificação dos serviços. O projeto do TAC representaria tão-somente a duplicação de redes de fibra ótica já existentes.

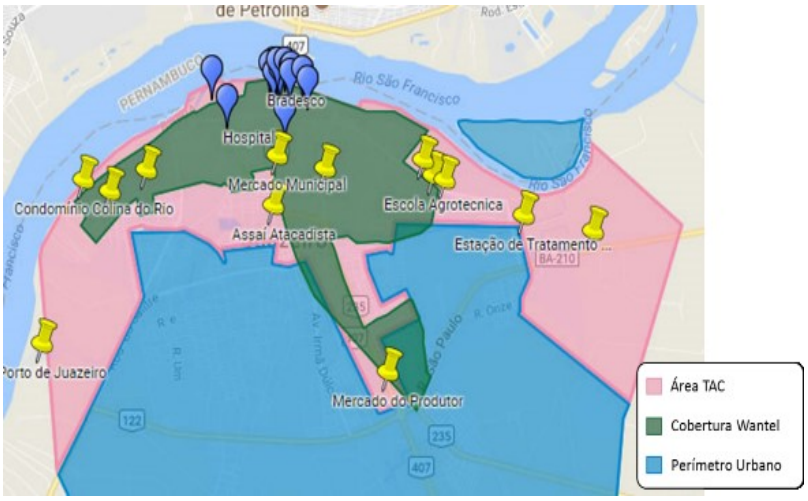


Figura 3 - comparação entre a atual área de cobertura em fibra de provedor regional e a área prevista para o TAC da Telefônica

Fonte: Reprodução da figura 5.16 do estudo da Teleco (peça 277, p. 28).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

116. Não obstante, mesmo que esses critérios eleitos pela Anatel tivessem sido atendidos pelos municípios incluídos no TAC da Telefônica, ainda assim esse projeto estaria em desacordo com o interesse público e com os incisos I, II e V do art. 22 do RTAC, seja por causa da escolha do FTTH em detrimento de outros investimentos apontados como mais prioritários pela própria Agência, seja por causa da escolha de cidades que não estão em regiões de baixo desenvolvimento econômico e social e que não contribuem para a redução das desigualdades entre as regiões do país.

117. Quanto a este segundo ponto, a lista original de 105 cidades, proposta pela Telefônica e aprovada pela Anatel, foi extensamente analisada sob esses aspectos por diversos atores, sendo que todos chegaram às mesmas conclusões.

118. O estudo da Teleco constatou que (peça 277, p. 5-6, 11, 13):

A análise apresentada mostra que os **projetos selecionados não atendem a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e não reduzem de diferenças regionais** como definido no art. 22 do RTAC:

• Os **105 municípios escolhidos** estão **entre os 50% dos municípios brasileiros com maior IDH**

• 103 municípios estão entre os **50% dos municípios brasileiros com maior densidade de BL fixa**.

• 93 municípios estão entre os **50% dos municípios brasileiros com uma maior participação de acessos com velocidade superior a 12 Mbps** no total de seus acessos.

• **79% das cidades estão nas regiões Sul e Sudeste**. Entre as 18 cidades do **Norte e Nordeste** estão incluídas **6 capitais** onde Oi e Claro (Net) já oferecem BL fixa com velocidades superiores a 30 Mbps.

A **Telefônica** deixou claro que **não pretendia** apresentar projetos para **atender o 'Gap de acesso**' que por envolver **domicílios de baixa renda e custos elevados** não são atendidos pelo próprio mercado. Para a Telefônica '**apenas políticas públicas seriam capazes** de satisfazer o gap de acesso. ' Ora, os **compromissos adicionais do TAC têm como objetivo atender políticas públicas**.

A '**mancha de cobertura**' proposta para as cidades também **não prioriza o atendimento de áreas de baixo desenvolvimento econômico e social**. Elas **refletem a mesma distribuição** do percentual de domicílios com acesso à internet fixa em cada estado.

Na avaliação desta mancha de cobertura, a **Anatel não verificou se existiam redes de outras prestadoras oferecendo serviços semelhantes** na mancha de cobertura proposta pela Telefônica, ou seja**, se os projetos ampliam a capilaridade ou a cobertura das redes de telecomunicações no município**.

(…)

Os 105 municípios do TAC da Telefônica, **não são cidades com baixo desenvolvimento econômico e social**:

• **30 cidades no Estado de São Paulo** e 75 nos demais estados

• **57 tem IDH maior que a média Brasil**

• **47 têm densidade de acessos BL fixa maior que a média Brasil**

• 15 cidades estão nas regiões **Norte e Nordeste sendo 6 capitais**.

• **6 são cidades turísticas** (Cabo de Santo Agostinho, Cabo Frio, Araruama, São Pedro da Aldeia, Saquarema, Itapema).

• 105 cidades são atendidas com **4G, sendo 103 pela Vivo**

(…)

Segundo o informe 122/2017 da Anatel, a premissa da Telefônica para eleição das 105 cidades do TAC é que **não seriam atendidos municípios no 'Gap de acesso',** pois isto **deve ser o foco das**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

políticas públicas. Ela afirma que: 'A **Telefônica se propõe a atender** com ultra banda larga os municípios que ela classifica como estando na **área de 'gap de mercado'**. Para ela '**apenas políticas públicas** seriam capazes de **satisfazer o gap de acesso**'.

Ora o **sentido do TAC é justamente atender estas áreas de baixo desenvolvimento econômico e social**, onde o TAC é uma **política pública concebida para atenuar nestas desigualdades**. No informe 122/2017 a **Anatel reproduz a premissa da Telefônica e não a contesta**. (sem grifos no original)

119. Por sua vez, o estudo da Abrint apontou que (peça 225, p. 4-5):

• na recente Consulta Pública para revisão do Plano Geral de Metas de Competição - PGMC, realizada em 2016 e ainda sob apreciação da Agência, os municípios do país foram divididos em 4 categorias de acordo com o grau de competição, sendo que **nenhum dos 105 municípios** escolhidos pela Telefônica está **enquadrado na categoria 4 - 'Município Não Competitivo**', que **deve ser objeto de política pública para promover a competição**;

Na mais recente lista dos 105 municípios em avaliação pela Anatel, pode-se constatar que:

• 49,5% são de categoria 3 - 'Município Potencialmente Competitivo' enquanto 50,5% são de categoria 2 - 'Município Moderadamente Competitivo'. Nota-se, assim, um forte direcionamento para **instalação de rede de acesso em municípios** onde há, **no mínimo, potencial competição e interesse de atendimento** direto por empresas independentes, **sem o benefício do uso de recursos públicos;**

• Estão indicadas **6 capitais**: Belém/PA Macapá/AP, Manaus/AM, Palmas/TO, Rio Branco/AC e São Luis/MA, que são **cidades de maior porte e concentração populacional**, sendo que em 4 delas, a **Claro-NET**, que não é concessionária local do STFC, está presente, detendo ***market share* superior a 33%,** (68% em Manaus, 49% em Belém, 47% em São Luís e 33% em Palmas) e em 1 delas, Macapá, os **provedores regionais detém 63%,** conforme dados do SICI-Anatel (Anexo I) compilados pela ABRINT;

• **70 destes municípios estão situados na região sudeste** do país, o que demonstra uma concentração em **áreas onde historicamente há mais interesse e possibilidade de retorno econômico**, além de haver a presença de **mais competidores com diferentes portes e focos** de negócio. Se os **municípios da Região Sul** forem também incluídos na contagem, este número **sobe para 83**; (sem grifos no original)

120. A prestadora Claro, em ofício dirigido à Anatel, afirmou que (278, p. 9):

Todas essas constatações não deixam margem para dúvidas: os citados **compromissos adicionais não estão em sintonia com o art. 22 da Resolução 629/2013**, cujo dispositivo é cristalino ao estabelecer **diretrizes de cunho social que devem ser observadas** em relação aos compromissos adicionais. (…)

(…)

No nosso entendimento, a partir do momento em que os **compromissos adicionais do TAC não contemplam as diretrizes previstas no art. 22 da Res. 629/2013**, **incluindo**, por exemplo, municípios (i) com **desenvolvimento social superior ao de outros municípios** da área de operação da Prestadora; (ii) com **potencial ou demanda para um projeto rentável** ou (iii) com **infraestrutura de banda larga implementada**, a exemplo de Manaus, Belém e São Luís, o **enfoque do TAC não está bem direcionado** e **não atende ao princípio** insculpido no dispositivo.

Independentemente da solução técnica (FTTC ou FTTH), também entendemos que os **recursos do TAC não devem 'financiar' redes de banda larga nos municípios com as características acima**. (sem grifos no original)

121. A TIM também se manifestou no mesmo sentido (peça 283, p. 3):

Quanto à exigência de 'priorização' **é crucial que quaisquer montantes oriundos de atos regulatórios sejam destinados a investimentos em expansão, modernização e ampliação das**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

redes de transporte de alta capacidade em regiões efetivamente remotas, seja no sentido de maior segurança da infraestrutura nacionalmente integrada, seja como premissa para viabilizar novos investimentos em redes de acessos fixas e móveis**, atualmente sem racional econômico ante a deficiência de *backbone* e *backhaul* nestas localidades.**

Isto porque, **uma seleção discricionária de investimentos fora desta priorização, por exemplo, em redes de acessos fixas de altíssima capacidade em localidades de alto ou médio desenvolvimento econômico e social, não seria compatível com a função do TAC como instrumento de promoção e execução de políticas públicas, cuja destinação de recursos deve ser prioritariamente feita em regiões que sofrem com a crônica fragilidade de infraestrutura**, particularmente na região Norte, sob o risco de situações de isolamento como a ocorrida em 26 de outubro do ano corrente [*2017*] no Estado do Acre. (sem grifos no original)

122. Tudo o que foi exposto nestas transcrições já havia sido apontado e discutido na instrução anterior, embora não houvesse tantos dados disponíveis para quantificar a distância entre o previsto no art. 22 do RTAC e o pactuado nos compromissos adicionais do TAC da Telefônica.

123. O que se verifica é que os municípios selecionados para o TAC não estão alinhados com as diretrizes do art. 22 do RTAC, em especial com os incisos I e II, que exigem o atendimento de áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e a atuação em prol da redução das diferenças regionais, conforme admitido pela Telefônica em documento encaminhado à Anatel (peça 102, p. 1-2, 6).

124. Como já explicitado, a Agência sustenta que a metodologia de distribuição da cobertura pelos setores censitários garantiria que o projeto do FTTH cumprisse os incisos I e II do art. 22 do RTAC (peça 101, p. 7-8), mesmo que as cidades fossem atrativas comercialmente. A Anatel ainda alega que 'o Tribunal de Contas da União não vislumbrou irregularidade na priorização de cidades com maior índice de desenvolvimento humano e com maior densidade populacional' e que a argumentação apresentada pela Agência já teria sido 'confirmada pelo Tribunal de Contas (Voto condutor)' (peça 264, p. 20).

125. Contudo, além de ter como fundamento uma leitura equivocada do acórdão do TCU, essa metodologia não possibilita esse nível de garantia, porque:

a) em nenhum momento o Plenário do TCU aprovou o uso dessa priorização defendida pela Anatel que direciona investimentos para cidades mais desenvolvidas e populosas no Sudeste e no Sul em detrimento das demais cidades, especialmente no Nordeste, no Norte e no Centro-Oeste. Pelo contrário, essa forma de escolher os municípios que deveriam ser objeto de incentivos nos TACs da Anatel, insculpida no Ato-Anatel 50.004/2016, foi debatida e criticada por vários Ministros durante a apreciação do presente processo na Sessão Plenária do Tribunal. Inclusive, esses pontos motivaram o Colegiado a exarar as oitivas 9.5.4 e 9.5.5 para a Agência, sinalizando que o mérito dessa matéria não foi decidido naquela oportunidade pela instância competente, o Plenário do TCU;

b) o direcionamento dos investimentos para cidades mais desenvolvidas e populosas no Sudeste e no Sul configura uma inversão de prioridades em descompasso com o preconizado por todos os normativos que tratam da política pública de banda larga, que não pode ser admitido nem no TAC nem no âmbito de nenhum outro instrumento de troca de recursos públicos por investimentos privados, sob pena de aprofundar as desigualdades existentes entre as regiões do Brasil, como amplamente discutido e exposto ao longo do relatório do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes;

c) apesar de terem sido requisitados pela Anatel, a Telefônica não encaminhou todos os mapas de cobertura previstos para o TAC, alegando que somente é possível definir esses traçados no ano de implantação de cada cidade. Assim, a prestadora enviou os mapas de treze municípios que, ao serem analisados pela Anatel com base nessa metodologia, ensejaram a solicitação de correções. Como descrito na primeira seção da presente instrução, as sucessivas negativas da Telefônica em corrigir as discrepâncias em Belém (PA) e Palmas (TO) foram um dos motivos alegados para a rejeição do TAC pela Anatel. Porém se essas mesmas inconformidades tivessem ocorrido após a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

assinatura do TAC, quando da análise das cidades do segundo ou terceiro ano dos compromissos adicionais, a margem de negociação e de readequação seria limitada, resultando na frustação da implantação do projeto nessas cidades;

d) o fato de a fibra ótica ter sido implantada em uma localidade não significa necessariamente que a prestadora ofertará o serviço de banda larga naquele local, nem que os moradores desse local terão condições financeiras e desejo de contratar o serviço. Essa é a diferença entre o que é *home passed*, ou instalado, e o que é *home connected*, ou contratado e utilizado pelo cliente final. Como as metas do TAC referem-se ao instalado, isso implica que não há obrigação de que o serviço de FTTH seja efetivamente prestado nos bairros mais distantes e nos locais onde os moradores possuem menor renda;

e) a metodologia estatística criada pela Anatel estabelece, como nível mínimo exigido de implantação de banda larga, a distribuição, atualmente existente no estado, do percentual de domicílios com acesso à internet por computador, por faixas de renda. Assim, por exemplo, se 1,4% dos domicílios da Bahia com renda per capita de menos de ¼ de salário mínimo acessam a internet por computador em casa, a Anatel exigirá, para cada cidade baiana incluída no TAC, que, com probabilidade de cerca de 95%, o VPL preveja o atendimento 1,4% de todos os domicílios da cidade abrangidos por essa faixa de renda (peça 282, p. 34). Porém, como já dito, não há garantias de que a prestadora cobrirá e ativará os acessos nessas áreas, pois pode ser somente *home connected,* nem há como garantir que esse atendimento privilegiará as áreas não atendidas, como preconiza a política pública de banda larga;

f) mesmo que essa metodologia estatística utilizada pela Anatel refletisse efetivamente os domicílios que a prestadora atenderá ao longo do TAC, nota-se que o resultado seria a manutenção das disparidades atualmente existentes entre as classes econômicas, uma vez que o nível mínimo exigido pela Agência é exatamente a atual distribuição percentual de acesso à banda larga, ou seja, a Anatel não exige nem incentiva que a prestadora almeje reduzir as desigualdades sociais no acesso à banda larga dentro de cada município;

g) incentivar, com recursos públicos, o investimento em municípios com competição no mercado e com potencial lucrativo gera outros problemas concorrenciais e de benefícios econômicos indevidos, que são detidamente analisados em seção específica da presente instrução.

126. Desta forma, verifica-se que as metodologias utilizadas pela Anatel para priorizar e aprovar os municípios dos compromissos adicionais do TAC da Telefônica contrariam os incisos I, II, IV e V do art. 22 do RTAC, bem como os Decretos 7.175/2010, no que tange à massificação do acesso à internet e à redução das desigualdades social e regional, e 8.776/2016 e à Portaria-MC 1.455/2016, no aumento da abrangência das redes de acesso em fibra nas áreas urbanas.

127. Repise-se que, como exposto na seção II da presente instrução, por mais discricionariedade que a Anatel detenha para definir o que e como priorizar, a decisão da Agência deve respeitar os limites definidos pelas diretrizes previstas nos normativos vigentes, o que constata-se não ter ocorrido no caso do TAC da Telefônica.

128. Ressalta-se que o TCU, por meio do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, em seu item 9.3.1, recomendou ao MCTIC que na alocação de recursos da política pública de banda larga, utilize critérios que promovam redução das desigualdades sociais e regionais, de acordo com o art. 3º, inciso III, da Constituição Federal.

129. Tendo em vista que o TAC da Telefônica foi rejeitado pelo Conselho Diretor, houve perda de objeto quanto à análise de mérito da resposta à oitiva do item 9.5.5, que indagava o atendimento do art. 22 pelos compromissos adicionais desse TAC.

130. Não obstante, considerando que como o presente processo abrange a atuação da Anatel quanto a todos os TACs, que se verificou condutas irregulares no caso concreto que podem voltar a se repetir, e com o objetivo de dar segurança jurídica para a realização de futuros TACs, entende-se necessário determinar à Anatel que, em todo e qualquer TAC, somente aprove compromissos adicionais que contribuam efetivamente para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a massificação do acesso à internet, em consonância com o art. 22, I a V, do RTAC, com o art. 2º

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

da Portaria-MC 1.455/2016, com os arts. 1º, I, II e IV, e 6º, VI, do Decreto 7.175/2010, o art. 2º, I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e com o art. 3º, III, da Constituição Federal.

III.3. O Ato-Anatel 50.004/2016 não contribui para a redução das desigualdades regionais e sociais nem para a massificação do serviço, determinadas pelos arts. 19 e 22 do RTAC

131. Como dito anteriormente, o RTAC estabelece que descontos adicionais podem ser concedidos para os projetos de compromissos adicionais que atendem aos parâmetros exigidos em ato editado pelo Conselho Diretor da Agência. O Ato-Anatel 50.004/2016 é esse normativo e define critérios de pontuação, tanto para os tipos de projetos quanto para os municípios do país, de forma a conceder outros descontos sobre o valor exigido do VPL dos compromissos adicionais.

132. Ao apreciar o mérito parcial do presente processo, o Plenário do TCU avaliou que havia indícios de que esses critérios previstos no ato não estavam alinhados com as diretrizes do art. 22 do RTAC, em especial não contribuindo para a redução das desigualdades regionais e sociais, nem para a massificação do serviço. Desta forma, foi exarada a oitiva 9.5.4 para que a Agência justificasse essa possível inconformidade.

133. Em sua resposta à oitiva, a Anatel continua defendendo que esses critérios atenderiam o art. 22 do RTAC (peça 188, p. 12):

3.9.8. O Ato estabelece alguns **critérios para definição de pontuação** (…). Todos os critérios são considerados em conjunto, gerando grupos de municípios com características semelhantes, de forma a propiciar o atendimento do maior número de diretrizes.

3.9.9. Diante de todo o exposto, é possível afirmar que os critérios definidos no Ato-Anatel 50.004/2016 **atendem às diretrizes estabelecidas no art. 22 do RTAC**, especialmente em relação ao **atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e à redução das desigualdades regionais**.

3.9.10. Mister realçar que o TAC é fruto de negociação entre as partes envolvidas e deve ser buscado, sempre, o **atendimento dos interesses de todos (sociedade, regulador e prestadora)**, de forma que **o ato prevê a possibilidade da pretensa compromissária escolher outros projetos que, porém, não receberão qualquer incentivo**. (sem grifos no original)

134. Como relatado no Voto do Ministro Relator (peça 166, p. 28), embora o Ato tenha sido elaborado antes da contratação e realização do estudo do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea) sobre o impacto econômico do crescimento do acesso à banda larga, a Anatel justifica a efetividade do ato com os resultados desse estudo.

135. Segundo a Agência, esse trabalho teria demonstrado que 'seria um desperdício de recursos públicos implementar uma metodologia de priorização dos investimentos dos TAC com base no IDH municipal, ou deixar de utilizar outros critérios para orientar a negociação dos respectivos compromissos adicionais' (peça 147, p. 111). Esse resultado, de acordo com a Anatel (peça 147, p. 106-114), justificaria a priorização presente no Ato (peça 110), que, na versão vigente, atribui descontos quase máximos, no valor de 1,8 no total possível de 2,0 (que representaria 50% de desconto sobre os descontos já concedidos), para cidades como Campos do Jordão (SP), São José dos Campos (SP), Angra dos Reis (RJ) e Cabo Frio (RJ).

136. Porém, uma das premissas fundamentais do referido estudo é a aplicabilidade da estimativa do impacto do acesso à banda larga somente nas localidades que ainda não têm rede de transporte de alta capacidade (backhaul com fibra ótica), que correspondem a cerca de 42% dos municípios brasileiros, enquanto o Ato incentiva alocação de investimentos de compromissos adicionais, por meio de redução do valor a ser despendido, em locais que já possuem rede.

137. Dito de outra forma, essa conclusão do estudo do IPEA aplica-se somente aos municípios que não possuem infraestrutura backhaul em fibra ótica, e não a todas as cidades do Brasil, inclusive aquelas já providas com fibra, como alega a Anatel.

138. Outro aspecto relevante é que, como foi abordado no Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, esse estudo do Ipea possui escopo e premissas metodológicas não

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

consideradas pela Anatel e que não permitem a extensão de suas conclusões, como fundamento de defesa dos critérios adotados para a escolha das cidades prioritárias, no caso concreto do ato e dos compromissos adicionais dos TACs em tramitação na Anatel.

139. Além disso, em nenhum momento defendeu-se que a priorização de municípios deveria considerar apenas o IDH municipal ou atender somente as cidades mais pobres ou menores do país. O que se aponta é a discrepância dos critérios, permitindo que cidades menores, com forte vocação turística ou com polos industriais, e que se localizam no Sul e no Sudeste recebam descontos maiores, ou mesmo iguais, que outras cidades do Norte e do Nordeste com piores condições sociais, econômicas e sem qualquer prestação de serviço de internet, por exemplo.

140. Destaca-se que priorizar a redução de desigualdades regionais não é apenas um comando do regulamento de TACs da Agência, mas também um dos objetivos fundamentais norteadores da Constituição Federal de 1988, consoante inciso III do seu art. 3º.

141. A própria LGT reforça essa obrigação ao dispor, em seu art. 5º, que na 'disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais [de] (…) redução das desigualdades regionais e sociais'. Soma-se a isso a previsão do inciso VI do art. 2º da mesma LGT, que estabelece como dever do Poder Público a criação de 'condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País'.

142. Além disso, a justificativa trazida pela Agência, de que o TAC é um instrumento negocial e devem ser atendidos os interesses da sociedade, do regulador e da prestadora, sugere uma ideia de tripartição de interesses que parece não encontrar respaldo na legislação vigente. De fato, o TAC é um instrumento negocial, porém se vislumbram apenas dois tipos de interesses: o privado e o público. Equilibrar esses interesses, evitando que o interesse privado prevaleça sobre o público, é uma das finalidades dessa negociação, afinal uma das hipóteses de rejeição da proposta de TAC é a ausência de interesse público em sua celebração, conforme inciso VII do art. 6º do RTAC.

143. Cabe destacar o comando do inciso III do art. 2º da LGT, que inclui entre os deveres do Poder Público 'adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários', além do inciso I do art. 2º da mesma lei, que estabelece o dever de 'garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas'.

144. De toda forma, está em andamento na Agência uma proposta de atualização do ato para adequá-lo a diversos normativos e estudos publicados e concluídos posteriormente a sua edição em 2016 (peça 282, p. 10, 12, 22):

3.37. Conforme solicitado pelo Conselho Diretor, foi elaborado o Informe 149/2017/SEI/PRUV/SPR (SEI 1743882) com **proposta de atualização do Ato 50.004/2016**, considerando o disposto no Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - **PERT**; a consulta pública da **Estratégia Brasileira para a Transformação Digital**; o **estudo** realizado no Termo de Execução Descentralizada (TED) **entre a Anatel e o IPEA**; e a proposta de revisão do Plano Geral de Metas de Competição - **PGMC**.

(…)

3.39. O mencionado **estudo do IPEA embasou a escolha dos grupos socioeconômicos** (redutor 2) que compõe o resultado final do fator e o **peso dado aos municípios conforme o quantitativo populacional** (redutor 3).

(…)

3.50. Qualquer projeto negociado, seja previsto em Ato, seja proposto pela compromissária **deve observar as determinações do artigo 22 do RTAC, não necessariamente de forma simultânea**. Essa questão já foi enfrentada quando da resposta às Oitivas do Acórdão 2.121/2017- TCU-Plenário, por meio do Informe 70/2017/SEI/SUE (SEI 2095776), em especial a Oitiva 9.5.4, e no Informe 74/2017/SEI/SUE (SEI 2222354), quanto à Oitiva 9.5.5, conforme maior detalhamento no item c.3 a seguir.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

(…)

3.83. Por outro lado, o **estudo elaborado pelo IPEA em parceria com a Anatel**, propõe um contraponto a esta visão de ampliação do acesso, na medida em que quantifica o interesse de **atendimento primeiro das regiões mais populosas (mercado potencial)**, tendo em vista que nestas regiões os **impactos positivos sobre as populações mais jovens e mais pobres** podem ser **mais vantajosos**.

3.84. Do exposto, verifica-se a existência de **duas correntes** de pensamento voltadas para a ampliação do acesso aos serviços de telecomunicações, uma que poderia ser chamada de **'periferia para o centro' e outra de 'centro para a periferia'**. Ambas válidas e imbuídas do espírito público já que uma **privilegia o atendimento das periferias desatendidas** enquanto outra **privilegia o atendimento do maior número de pessoas**. Na **ausência de uma política pública clara** quanto esse critério, **prevalece a análise de conveniência e oportunidade do gestor público** que precisa decidir sobre a implementação dos projetos de ampliação do acesso. (sem grifos no original)

145. Apesar das negativas da Anatel, como já demonstrado anteriormente, entende-se que o regulamento de TACs determina a obrigatoriedade de qualquer projeto de compromisso adicional atender, diretamente ou indiretamente, a todos os incisos do art. 22 desse regulamento, independentemente de utilizar ou não o Ato-Anatel 50.004/2016. Repise-se que o modelo vigente permite que as prestadoras possam optar por escolher um projeto previsto no ato, fazendo jus aos descontos adicionais previstos no normativo, ou realizar qualquer outro projeto, como foi o caso da Telefônica com o FTTH, sem ter direito a nenhum desconto adicional.

146. Cabe relembrar que, embora a Telefônica não tenha usado o ato, os critérios de escolha e aprovação das cidades do compromisso adicional do seu TAC são análogos aos critérios positivados no ato, no sentido de privilegiar o 'atendimento primeiro das regiões mais populosas (mercado potencial)', nas palavras da Agência (peça 282, p. 22). Por isso, tudo o que já foi discutido acerca da escolha dos municípios do TAC da Telefônica é aplicável ao Ato.

147. Também é preciso repisar que o estudo do Ipea possui diversas premissas e restrições de escopo que a Anatel não tem considerado, conforme analisado no âmbito do TC 032.508/2017-4, apreciado pelo Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes. Como reconhecido pelos próprios pesquisadores que o elaboraram, esse estudo poderia ser complementado por outras análises, para que fosse possível obter um panorama mais abrangente e acurado do serviço de banda larga e seu impacto social (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 35-36):

274. Verifica-se, com isso, que os **estudos do Ipea podem**, **respeitadas as premissas das análises** realizadas, **ajudar a subsidiar a priorização dos investimentos em rede de transporte de fibra óptica**. No **entanto, as outras duas iniciativas** elencadas no artigo 8º da minuta de decreto de telecomunicações, quais sejam, aumentar cobertura de redes de acesso em banda larga móvel e em banda larga fixa, **não foram objeto de estudos do Ipea para definição de critérios de priorização**.

275. Em entrevista realizada, a **equipe do Ipea destacou três novas ações** que poderiam complementar as análises. A primeira seria um **estudo sobre demanda**, que encontraria limitações de dados sobre o preço. A segunda seria **considerar os municípios cujos investimentos da iniciativa privada nos próximos anos já levaria ao atendimento das demandas por banda larga**, de acordo com a **atratividade econômica das cidades**, de modo a complementar os critérios de priorização da política pública. A terceira seria uma análise que considerasse o nível intramunicipal, para **verificar as disparidades e lacunas existentes dentro de uma mesma cidade**.

276. A **equipe do Ipea** enfatizou ainda a preocupação do instituto em passar a **estudar o retorno social dos investimentos**. No caso da **política pública de banda larga**, verifica-se a importância do acesso para o exercício de direitos, aumento da participação social, acesso a bens culturais, dentre outras experiências de **difícil dimensionamento e com retornos econômicos indiretos**. (sem grifos no original)

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

148. Como alertado no fundamento da decisão, o uso impróprio desse estudo pode, inclusive, resultar em uma ampliação das desigualdades sociais e regionais que existem no Brasil, em vez da sua redução.

149. Isso posto, no que tange à resposta da oitiva 9.5.4, a Anatel não trouxe elementos novos que pudessem alterar o entendimento manifestado quando da avaliação da versão original do ato feita na instrução anterior. Na ocasião, concluiu-se que, da forma como o Ato concede os descontos para os projetos em cada município do país, 'não há incentivo para atender o Norte, há baixo incentivo para o Centro-Oeste e há grande incentivo para atender as capitais do Nordeste, toda a região Sudeste e toda a região Sul' (peça 139, p. 44).

150. Ainda, entende-se que não estão de acordo com o art. 22 do RTAC esses critérios que permitem conceder descontos maiores, ou mesmo iguais, para a ampliação e duplicação da infraestrutura de banda larga existente nas cidades maiores, mais desenvolvidas e localizadas nas regiões Sudeste e Sul, em detrimento de executar essa ampliação em cidades sem backhaul em fibra, menores e localizadas nas demais regiões do país.

151. Exatamente por causa das notórias diferenças regionais existentes na oferta e na prestação do serviço de banda larga entre as regiões do Brasil, o art. 22 do RTAC estabelece, entre suas diretrizes, a necessidade de que os compromissos adicionais do TAC contribuam para reduzir desigualdades e massificar o acesso às redes. Contudo, ao admitir critérios de priorização que concedem descontos maiores para cidades mais desenvolvidas e melhor atendidas, o Ato está incentivando que as empresas direcionem seus investimentos para esses municípios, em vez de atuar nos municípios que mais precisam de incentivo público para serem atendidos e que, por isso, deveriam ser priorizados pela política pública de banda larga.

152. Fato é que os recursos são escassos e, por essa razão, devem ter sua aplicação priorizada, sob pena de serem desperdiçados na realização de projetos que pouco agregam à massificação da internet e à redução das desigualdades.

153. Os TACs geram oportunidade para que o Estado direcione investimentos para áreas que dificilmente seriam atendidas pela iniciativa privada. Isso é ainda mais relevante no caso da banda larga, que não está sujeita a obrigações de universalização, tendendo a ser prestada, conforme a lógica do mercado privado, somente nos locais em que as empresas julguem haver interesse comercial a justificar os investimentos.

154. Aliás, esse aspecto foi objeto de análise no levantamento do TC 032.508/2017-4, onde se destacou a necessidade de que a Anatel e o MCTIC considerem, na análise dos locais a serem contemplados nos projetos de transação de recursos públicos, a atratividade econômica para a expansão da oferta de banda larga fixa de alta velocidade em municípios ainda não atendidos e um modelo para a expansão da oferta em municípios já atendidos. Tal conduta mitigaria o risco de ocorrer o chamado efeito de *crowding-out*, isto é, de que 'a intervenção do Estado acabe substituindo investimentos privados que já seriam realizados voluntariamente sem a necessidade de incentivos' (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 43-44).

155. Constata-se, pois, que, no cenário do TAC enquanto instrumento de política pública, os critérios do Ato-Anatel 50.004/2016 para priorização de cidades para concessão de descontos no TAC não estão de acordo com o art. 22 do RTAC e, sobretudo, não contribuem para a redução das desigualdades sociais e regionais nem para a massificação do acesso à internet, na forma preconizada pelos normativos vigentes.

156. Tendo em vista o exposto e que está em andamento na Anatel diversos TACs que se utilizam do Ato-Anatel 50.004/2016 e que está em andamento a revisão desse ato, e com o objetivo de dar segurança jurídica aos futuros TACs, evitando contestações administrativas ou judiciais, propõe-se determinar à Anatel que:

a) revise os TACs em andamento na Agência de forma a assegurar que os projetos previstos como compromissos adicionais, abrangidos ou não pelo Ato-Anatel 50.004/2016, estejam compatíveis com as diretrizes de redução das desigualdades regionais e sociais e de massificação do acesso à internet, em consonância com o art. 22, I a V, do RTAC, com o art. 2º da Portaria-MC 1.455/2016,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

com os arts. 1º, I, II e IV, e 6º, VI, do Decreto 7.175/2010, o art. 2º, I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e com o art. 3º, III, da Constituição Federal.

b) na revisão do Ato-Anatel 50.004/2016 já em andamento na Agência, estabeleça critérios compatíveis com as diretrizes previstas no art. 22 do RTAC com vistas a promover a redução das desigualdades sociais e regionais e a massificação do acesso à internet, em consonância com o art. 22, I a V, do RTAC, com o art. 2º da Portaria-MC 1.455/2016, com os arts. 1º, I, II e IV, e 6º, VI, do Decreto 7.175/2010, o art. 2º, I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e com o art. 3º, III, da Constituição Federal.

IV. Receitas alternativas e compartilhamento de custos com outros serviços da operadora não considerados para cálculo do VPL

157. Outro risco apontado ao longo das instruções anteriores desse processo foi a possibilidade de que a Anatel não considerasse, em suas avaliações dos projetos de compromissos adicionais, o ganho econômico-financeiro que a prestadora poderia obter ao selecionar compromissos adicionais que complementam ou se sobrepõem a outros projetos e investimentos, inclusive aqueles decorrentes dos ajustamentos de conduta previstos no âmbito do próprio TAC.

158. A ausência de estimativa e de inclusão de tais valores no cálculo do VPL dos compromissos adicionais implica sua subavaliação, uma vez que haveria uma economia significativa de recursos por parte das empresas para atender a todas as metas pactuadas no TAC.

159. No caso concreto do TAC da Telefônica, esse comportamento foi observado nas previsões de ampliação do número e da capacidade das antenas de telefonia móvel, no âmbito do ajustamento de conduta, paralelamente à implantação de fibra ótica para banda larga, nos compromissos adicionais. Destaca-se que é possível ocorrer uma sinergia significativa nesses projetos, porque a conexão por fibra ótica das estações rádio base (ERBs) de 4G pode ser atendida com a mesma fibra contabilizada como cumprimento do compromisso adicional de banda larga fixa.

160. Cabe ressaltar que, de acordo com o que foi noticiado pela imprensa em fevereiro de 2018 (peça 224, p. 1-2, 5, 9), a previsão total de investimentos anuais da Telefônica no Brasil, para o ano de 2019, é de R$ 8 bilhões. Isso representa o mesmo montante investido no ano de 2017, mas cerca de R$ 266 milhões a menos do que a média do triênio 2014-2016 (peça 224, p. 1-2).

161. Esses dados não aparentavam ser compatíveis com o TAC, já que o montante estimado de investimento necessário para cumprir os projetos de ajuste de conduta e de compromissos adicionais do TAC seria de R$ 4,4 bilhões nos próximos quatro anos, isto é, aproximadamente R$ 1,1 bilhão por ano.

162. Além disso, em entrevista com a imprensa, o diretor-executivo de receitas (COO) da Telefônica teria afirmado que 'Por ora, o Capex será de R$ 8 bilhões, e vamos ver se reduzirá. Estamos em busca de sinergias' (peça 224, p. 9).

163. Em resposta à diligência sobre esse ponto, realizada em 12/3/2018, a Anatel afirmou que essas possíveis sinergias não foram consideradas no VPL porque necessitariam ser estimadas em conjunto com informações da estratégia empresarial da prestadora. Além disso, na visão da Agência, talvez essas sinergias não sejam economicamente viáveis, haja vista que seria necessário realizar investimentos adicionais para possibilitar esse uso simultâneo nos dois projetos, o que resultaria em prejuízos em vez de economia de recursos (peças 264, p. 26; 276, p. 6):

(…) esclarecemos que **eventuais sinergias** com a utilização da rede a ser implantada por outros projetos e compromissos da Telefônica **não foram consideradas na metodologia de cálculo do VPL** (…), precipuamente pelo fato de ensejarem a necessidade de dispor de **informações acerca da estratégia empresarial** de crescimento do Grupo Telefônica nos outros serviços de telecomunicações nos municípios selecionados, sem que tais operações façam parte dos compromissos adicionais do TAC. Além disso, eventuais sinergias dos compromissos firmados em sede de TAC com outros projetos de investimento demandam CAPEX adicional, que **pode minar a atratividade econômica dos projetos**, consoante exemplo a seguir.

A eventual **interligação entre a rede FTTH** a ser implantada em sede de compromissos adicionais

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

e os sites SMP da prestadora (previstos no plano de investimentos) poderia resultar em redução de custos com a oferta do SMP pela prestadora. Entretanto, significaria **onerar o VPL associado ao projeto de FTTH**, dada a necessidade de implantação de equipamentos de rede óptica de **alto custo de aquisição, operação e manutenção** para interligar os sites SMP à rede FTTH, além da necessidade de aumento de capacidade de equipamentos de agregação, como OLTs, centrais locais e *backhaul* municipal. (sem grifos no original)

164. Por esse motivo, a Anatel alegou que desconsiderou, nas estimativas de receita no fluxo de caixa, a possibilidade de utilização das fibras óticas, implementadas para banda larga fixa nos compromissos adicionais, tanto para complementar a instalação de novas antenas de telefonia móvel, previstas no ajustamento de condutas, quanto para a prestação de serviços de TV por assinatura com a tecnologia IPTV (peças 264, p. 26; 276, p. 6). Quanto a este último serviço, a Agência chega a dizer que seria intrinsicamente deficitário e, portanto, não deveria ser ofertado pela prestadora nas cidades a serem atendidas no TAC (peça 276, p. 6).

165. Também não foi considerado pela Anatel que a ampliação das redes de acesso à internet por fibra ótica implica o aumento da infraestrutura da rede de transporte, gerando outros custos e receitas para a prestadora. A Agência justifica que a construção de rede de transporte não seria objeto de compromisso, nem seria fiscalizada, 'não sendo razoável, portanto, a sua inclusão no cálculo do VPL' (peça 264, p. 26).

166. Entretanto, essas justificativas apresentadas pela Anatel contradizem o entendimento exposto por outra superintendência da própria Agência. Em informe datado de 2017, a Superintendência-Executiva afirmou que 'não há como se cogitar em aumentar o acesso às redes e serviços relacionados à Internet sem que se trate de aumentar a infraestrutura de transporte das redes de telecomunicações; uma está diretamente atrelada à outra' (peça 188, p. 11). Ou seja, o projeto de compromissos adicionais do TAC, da forma como foi modelado pela Anatel, é inconsistente com a realidade de implantação da fibra ótica e ignora premissas e conexões que alteram os parâmetros econômico-financeiros do VPL do projeto.

167. Dessa maneira, o cálculo do VPL e a análise dos compromissos adicionais de implantar fibras óticas no TAC deveriam ter considerado essa sinergia, minimizando o risco de que a prestadora obtenha benefícios econômicos indevidos com a celebração do TAC.

168. As alegações da Anatel também conflitam com o que tem sido observado na atuação da Telefônica e na prática do mercado, como foi apontado por diversos atores, em especial a Abrint (peça 225, p. 4-6), o Intervozes (peça 279, p. 44), a Teleco (peça 277, p. 4-6) e as prestadoras Claro (peça 278, p. 4-5) e Tim (peça 283, p. 3-7), bem como por Deputado Federal no âmbito de processo no TCU (TC 010.661/2018-2, peça 1, p. 3-6).

169. Conforme detalhado no estudo da Teleco (peça 277, p. 4-5), todas as cidades incluídas nos compromissos adicionais do TAC da Telefônica já eram atendidas com telefonia móvel 4G, sendo que, em 98% desses munícipios, esse serviço era prestado pela própria Telefônica, o que permite a utilização das mesmas fibras óticas para conexão das estações rádio base (ERB) e para a rede de banda larga fixa, gerando um benefício econômico não considerado pela Anatel no VPL do TAC.

170. De acordo com o estudo da Abrint, por a Telefônica ser a operadora com maior participação no mercado de telefonia móvel na maioria dessas cidades, 'nitidamente, isso gera sinergias e possibilidade de captura e diferenciação na oferta de combos, com impactos que não foram diretamente avaliados pela Anatel' (peça 225, p. 11).

171. Outro dado trazido pelo estudo da Teleco (peça 277, p. 4-5) é que, dentre as cidades que já contavam com prestação de FTTH pela Telefônica, a prestadora comercializava TV por assinatura por IPTV em vinte delas e já havia anunciado publicamente planos para expandir esse serviço para todas as demais. Soma-se a isso o fato de que, nos últimos meses, a Telefônica tem realizado sucessivos anúncios públicos de implantação de FTTH em diversas cidades brasileiras, incluindo algumas que estavam incluídas na lista do TAC, e em todas também há a oferta de IPTV (peça 280).

172. Isso ainda evidencia que os compromissos adicionais pactuados entre a Agência e a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Telefônica poderiam deter um alinhamento significativo com o planejamento comercial da empresa, o que poderia configurar uma destinação indevida de recursos públicos para viabilizá-lo.

173. A constatação fática de utilização associada de serviços de banda larga com IPTV pela Telefônica por iniciativa própria e em cidades que seriam atendidas pelo TAC contraria frontalmente os motivos alegados pela Anatel para não incluir estimativas de receitas com esse serviço no VPL do TAC, em especial o de que tais serviços de IPTV seriam tão deficitários que a Telefônica não teria interesse em prestá-los nas cidades do TAC.

174. Recorde-se que o RTAC exige que os projetos dos compromissos adicionais tenham expressivo VPL negativo, ou seja, exige que esses projetos não sejam investimentos espontâneos e rentáveis para a empresa, mas sim projetos que sejam deficitários e voltados para o interesse público. Dito de outra maneira, não é compatível com o RTAC admitir que os compromissos adicionais sejam tão vantajosos para a prestadora a ponto de serem executados pela prestadora mesmo no cenário de não ser firmado o TAC.

175. Entretanto, essa contradição foi o que ocorreu no caso do projeto da Telefônica, uma vez que as cidades selecionadas apresentam índices elevados de IDH, *backhaul* de fibra ótica, atendimento por 3G e 4G na telefonia móvel e outras prestadoras ofertando banda larga fixa com diversas tecnologias incluindo fibra ótica a velocidades até vinte vezes maiores do que a proposta inicial da Telefônica (peças 225, p. 6, 34-35; 277, p. 21-25; 278, p. 4; 279, p. 44).

176. Das 105 cidades incluídas no TAC, a Telefônica encaminhou à Anatel o mapa dos setores censitários em que pretendia ofertar o serviço de FTTH para 13 municípios, em que pese ter sido solicitado pela Agência esse mapa referente a todas as cidades (peça 282, p. 31). Registre-se que essa não foi a única ocasião em que a Telefônica não forneceu informações suficientes sobre a situação inicial dos projetos e compromissos inseridos no TAC da forma como havia sido requisitado pela Anatel (peça 282, p. 15).

177. Por exemplo, no caso de Rio Branco (AC), incluída no TAC no último trimestre de 2017, houve um anúncio público, em maio de 2017, de que a Telefônica estaria firmando termo de cooperação com a Prefeitura do município e com o Governo do Estado para investir R$ 12 milhões 'na melhoria da infraestrutura, como a rede de fibra ótica' e também ampliando a cobertura de 3G e 4G na capital e em algumas cidades acreanas (peça 226).

178. No caso de Juazeiro (BA), o estudo da Teleco reuniu dados que demonstram a significativa atratividade econômica dos locais que a Telefônica pretendia atender no compromisso adicional do TAC (peça 277, p. 6):

'Juazeiro tem 222 mil habitantes e 10,7 mil acessos BL fixa. A [*prestadora X*] tem 63,7% de market share e existem **dois provedores de BL fixa com FTTH** (*provedor Y* e *provedor Z*) que possuíam **3,2 mil acessos em fibra** em set/17. Elas oferecem em seus planos de **serviço velocidade superiores a 300 Mbps**.

A **cobertura em fibra [*do provedor Z*] é semelhante à proposta pela Telefônica** e envolve a área comercial da cidade, onde estão localizados o **Paço Municipal, Bancos, Comércio, Cais** para transporte para Petrolina, **Estádio de Futebol** e a **Universidade Federal**. Certamente o **mercado residencial não é o público alvo nesta área**.

A Vivo tem 4G em Juazeiro e possui **onze torres de celular (ERBs)** na área a ser atendida pela Telefônica. A **tendência mundial é conectar com fibra todas as ERBs 4G**.

Juazeiro (BA) está localizada nas margens do rio São Francisco e ligada por uma ponte com Petrolina (PE). Petrolina foi incluída inicialmente no TAC, mas foi substituída no final de 2017, pois a Telefônica já tinha iniciada a construção da sua rede. Certamente trata-se de uma cidade em que os **investimentos da Telefônica terão retorno financeiro apesar** da Telefônica ter **declarado** inicialmente que o **VPL seria negativo**.' (sem grifos no original)

179. O que foi afirmado pelo mencionado estudo quanto à atratividade comercial da região central que seria atendida pela Telefônica com FTTH pode ser constatado cotejando-se o mapa da área de cobertura proposta pela prestadora, conforme figura 3, com o mapa contendo alguns dos principais

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

estabelecimentos da região, conforme figura 4, extraído do Google Maps, disponível em https://www.google.com.br/maps/@-9.4141737,-40.5076031,17z, acessado em 17/8/2018.

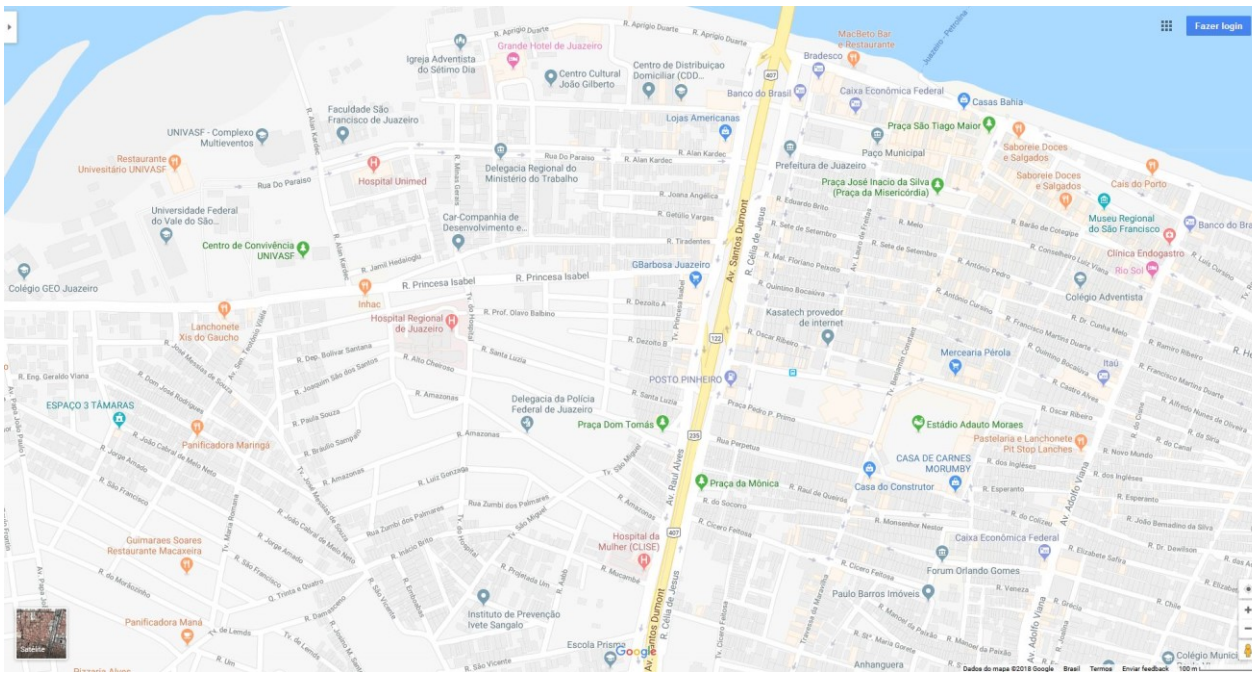


Figura 4 - Mapa dos principais estabelecimentos comerciais de Juazeiro (BA)

180. À época do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, o Tribunal também apontou que, embora o TAC já estivesse aprovado pela Agência, a Anatel não tinha solicitado informações prévias suficientes nem verificado o estágio inicial dos projetos de ajuste de conduta e de compromissos adicionais incluídos no TAC, permitindo o risco de que a Telefônica tivesse incluído no TAC projetos que já estavam em andamento ou concluídos (peça 139, p. 123-125). Não por outro motivo foram proferidas as determinações 9.4.4 e 9.4.6 do referido acórdão, que resultaram em ações de fiscalização na prestadora, por parte da Agência, para identificar o estágio inicial e excluir os projetos já iniciados (peça 282, p. 15).

181. Como resultado, a Anatel identificou que havia projetos propostos pela Telefônica no TAC que já estavam em andamento, tendo sido excluídos do acordo ou alterados (peças 264, p. 19; 282, p. 15). A Agência também constatou que tiveram casos em que os valores obtidos pela fiscalização eram diferentes da situação inicial informada pela prestadora e que tinha servido como base para as propostas do TAC aprovado. Contudo, a Anatel avaliou que não seria necessário alterar o compromisso, bastando modificar o ritmo de atingimento da meta final do TAC para esses itens.

182. Uma vez que tal constatação implicou a redução da quantidade ou da complexidade das atividades que a prestadora deveria realizar para alcançar essa meta, a Agência teve que diminuir o VR associado àqueles compromissos de ajuste de conduta (peça 282, p. 15).

183. Isso comprova a concretização do risco que tinha sido apontado quando da apreciação do mencionado acórdão sobre a indispensabilidade de se verificar a situação inicial dos investimentos pactuados, sob pena de esvaziar a efetividade do instrumento TAC e violar o interesse público ao se permitir que projetos rentáveis e/ou já concluídos fossem considerados para abater parte das multas devidas pela empresa.

184. A prestadora ainda solicitou a substituição de sete cidades originalmente incluídas na lista do TAC, alegando que a implantação do FTTH já havia sido iniciada e/ou estava próxima da conclusão (peça 282, p. 29). Ou seja, esses investimentos foram realizados independentemente de ter sido celebrado ou não o TAC.

185. Acerca dessa troca de municípios feita pela Telefônica, a Abrint tece as seguintes considerações (peça 225, p. 6):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

'Merece ainda ser objeto de reflexão e indagação a **suposta falta de interesse ou viabilidade para atendimento direto, sem recursos públicos via TAC**, de diversos destes municípios na medida em que, da lista apresentada pela Telefônica em outubro de 2016, **7 municípios já foram atendidos** em 2017, sendo **6 deles na região sudeste** e 5 deles localizados no estado de São Paulo. Os tais 7 municípios foram, então, trocados por **outros 7 que incluem duas capitais e outras cidades de médio/grande porte**, sendo 6 delas com **mais de 100 mil habitantes** e também com **IDHM maior que 0.72**, bem acima da média nacional.' (sem grifos no original)

186. Tais evidências reforçam, de fato, as conclusões de que os projetos dos compromissos adicionais propostos pela Telefônica estavam inseridos no planejamento comercial da empresa, em vez de serem projetos com VPL negativo que somente o TAC viabilizaria.

187. Não obstante, ainda que fosse efetivamente negativo o VPL calculado com base nos mapas apresentados pela Telefônica para atendimento com FTTH no TAC, não havia garantias de que a prestadora cumpriria exatamente o que estava previsto nesses mapas. Isso se deve ao fato de que tais instrumentos não eram vinculativos e não integravam o TAC em si, além de não terem sido apresentados antes da assinatura do TAC.

188. Assim, seria possível que fossem redefinidas, ao longo do TAC e por parte da prestadora, as áreas em que seria implementado o projeto de FTTH, alterando o valor do VPL, seja pelo atendimento de bairros mais rentáveis do que o estimado no VPL, seja pelo não-atendimento dos bairros menos rentáveis incluídos no cálculo estimado do VPL. Tal conduta possibilitaria a obtenção de benefícios econômicos indevidos pela empresa, sem que houvesse instrumentos robustos o suficiente para que a Anatel impeça essa prática.

189. Esse risco já havia sido identificado em instrução anterior (peça 139, p. 108-112) e no Voto do Ministro Relator (peça 166, p. 70-73), tendo motivado a expedição da determinação 9.4.8 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, que solicitou que a Anatel apresentasse quais medidas adotaria para evitar esse tipo de benefício econômico indevido.

190. Em resposta, a Agência incluiu, em uma das cláusulas do TAC, previsão expressa no sentido de que a prestadora deveria encaminhar o mapa de atendimento com sessenta dias de antecedência para a Anatel, que avaliaria se o proposto seria representativo 'estatisticamente do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para o cálculo do VPL' (peça 282, p. 31).

191. Em que pese essa cláusula ter ampliado a atuação de fiscalização da Anatel sobre os parâmetros do projeto de FTTH, não mitigou o risco significativo de que o VPL calculado à época da assinatura do TAC não refletisse o projeto a ser implantado. Ao estabelecer que a definição dos locais de atendimento ocorreria durante o TAC e que estaria sujeita à apreciação da Agência, a Anatel abriu margem para uma situação de impasse e insegurança jurídica, caso a prestadora não concordasse em fazer alterações solicitadas posteriormente à assinatura do TAC.

192. Além disso, tendo em vista que o projeto escolhido como compromisso adicional dependeria preponderantemente da contratação do serviço pelo usuário final, em vez de ter um foco maior em resolver questões mais estruturais da rede de telecomunicações, o resultado econômico de sua implantação poderia ser significativamente discrepante do estimado no VPL mesmo que a prestadora implementasse fibra ótica em todos os bairros previstos no VPL e/ou na mancha de cobertura.

193. No caso de não haver contratação por parte dos usuários desses bairros, seja porque não houve oferta comercial pela prestadora, seja porque esses usuários não tinham interesse e/ou recursos financeiros para arcar com a contratação, não se materializariam as respectivas estimativas de receitas e despesas feitas no VPL.

194. Outro possível benefício econômico não incluído no cálculo do VPL que a prestadora poderia obter foi descrito no estudo da Teleco (peça 277, p. 29):

'Note-se que **mesmo que a Telefônica indique** que irá **iniciar a cobertura** das cidades **em uma área periférica ou carente**, a implantação inicial dos seus elementos de rede centralizados financiados pelo TAC **alavancará a expansão futura do acesso para as áreas de maior interesse**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

econômico na cidade. Ou seja, com uma **vantagem concorrencial decisiva** em relação aos competidores existentes. (sem grifos no original)

195. Os possíveis impactos negativos na competição do mercado são objeto de análise mais detida em seção específica da presente instrução.

196. Por todo o exposto, constata-se que o modo com que a Anatel conduziu a negociação e a análise dos compromissos propostos para o TAC da Telefônica criou oportunidades para que a prestadora pudesse auferir benefícios econômicos indevidos ao longo da execução do TAC, contrariando o interesse público, uma vez que as sinergias dos projetos não foram valoradas pela Anatel no VPL do compromisso adicional.

197. Assim, tendo em vista que o referido TAC foi rejeitado pela própria Agência, mas que existem outros TACs em tramitação na Anatel e que essa lógica de análise e aprovação pode ser utilizada pela Agência em outras trocas de recursos públicos por investimentos, e com o intuito de trazer segurança jurídica aos procedimentos futuros, evitando contestações administrativas e judiciais, entende-se necessário que seja feita proposta de deliberação acerca dessa irregularidade.

198. Propõe-se, pois, determinar à Anatel que:

a) no processo de análise e aprovação dos TACs, assegure que todas as variáveis que possam interferir no VPL do projeto sejam devidamente contempladas e avaliadas, inclusive potenciais sinergias entre serviços da prestadora, que podem gerar receitas alternativas e compartilhamento de custos, de modo a evitar benefícios econômicos indevidos para as prestadoras, em consonância com o art. 15, *caput*, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da igualdade, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

b) no processo de análise e aprovação dos TACs, assegure que os compromissos adicionais firmados pela operadora não contemplem investimentos já constantes de seu planejamento comercial, em consonância com o art. 15, *caput*, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da igualdade, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT).

V. Ausência de análise adequada acerca dos possíveis impactos concorrenciais negativos no mercado de serviços de telecomunicações devido à infraestrutura do TAC não estar sujeita ao compartilhamento

199. O impacto dos projetos de compromissos adicionais do TAC da Telefônica na competição do mercado de prestação de serviços de telecomunicações também foi um dos aspectos questionados na instrução anterior. Aliás, esse problema pode ocorrer em qualquer instrumento ou política pública que envolva a troca de recursos públicos por investimentos em ativos privados em mercados concorrenciais, já que pode se configurar um benefício à atuação comercial de algumas prestadoras em detrimento de todas as demais competidoras.

200. No Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, foi proferida a recomendação 9.6.3, que preconizava a avaliação do impacto dos compromissos adicionais na competição dos locais atendidos por todos os TACs, visando mitigar o risco de que esses investimentos causassem efeitos negativos no ambiente concorrencial dos municípios.

201. A Agência sustenta que, desde a edição do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) em 2012, passou a contar com mais ferramentas para atuar em uma regulação *ex ante* e 'mitigar os problemas competitivos estruturais' do mercado de telecomunicações. De acordo com a Anatel, o 'PGMC estabelece estrutura de regulação baseada em medidas assimétricas nos contextos em que há elevada probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado por parte de Grupo com Poder de Mercado Significativo (PMS)', sendo que 'todo o cenário competitivo é revisto e ajustado' a cada quatro anos (peça 188, p. 5-8).

202. Dessa forma, a Agência afirma que esses mecanismos regulatórios são 'capazes de mitigar

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

eventuais prejuízos ao cenário concorrencial nas localidades objeto de investimentos provenientes do TAC' (peça 188, p. 8), bem como que 'toda a infraestrutura resultante dos compromissos firmados por meio de TACs será examinada no próximo ciclo avaliativo previsto para o PGMC' (peça 188, p. 16). Não obstante, a Anatel concorda que fazer avaliações específicas de competição para cada TAC pode ser benéfico, a depender do caso concreto, razão pela qual a Agência informa que pretende realizar tais avaliações em cada um dos TACs a serem celebrados (peça 188, p. 16).

203. No caso do TAC da Telefônica, em atendimento a essa recomendação, a Anatel realizou um estudo acerca do tema, que por sua vez foi alvo de críticas por diversas entidades da sociedade civil e pelas pequenas e grandes empresas de telecomunicações que atuam nas regiões envolvidas.

204. Apesar de esse TAC ter sido rejeitado pelo Conselho Diretor da Agência, ainda é importante analisar esse estudo e suas conclusões, porque semelhantes lógica e fundamentação podem ser aplicadas em avaliações futuras da Anatel sobre TACs ou outros instrumentos de troca de créditos públicos por investimentos privados.

205. Nesse documento, a Agência inicia afirmando que 'mesmo operações que resultem em concentração de mercado podem gerar um efeito líquido não negativo (não gerar prejuízos ao bem estar econômico) se determinadas circunstâncias forem verificadas no contexto da operação', como o 'não comprometimento de parcela substancial do mercado, a improbabilidade de exercício de poder de mercado ou a superação dos ganhos em eficiência sobre os potenciais efeitos negativos' (peça 282, p. 44-45).

206. O estudo prossegue mostrando que há uma concentração elevada do mercado de serviço de comunicação multimídia (SCM) em 58% dos municípios brasileiros, sendo que os grandes grupos Claro e Telefônica 'assumem abordagens mais voltadas a municípios com potencial maior de rentabilidade', enquanto a Oi está presente em quase a totalidade das cidades (peça 282, p. 45). Entre 2014 e 2016, o crescimento médio foi de 7,5% para as prestadoras de maior porte e de 55% para os prestadores que possuem até cinquenta mil acessos (peça 282, p. 45).

207. A análise da Anatel sobre os municípios incluídos pela Telefônica no TAC constatou que a participação de mercado de banda larga da prestadora 'está concentrada em dois extremos, ou é elevada (em 26,5% dos casos possui *market share* acima de 50%) ou bem reduzida', sendo menor que 1% em 70,41% das cidades (peça 282, p. 47). Porém, em 98% desses locais em que a Telefônica está presente, ela ainda não contaria com acessos em fibra. Esses municípios do TAC encaixam-se na classificação da Agência como moderadamente e potencialmente competitivos, não havendo nenhuma cidade dentre as escolhidas que seja plenamente competitiva ou não competitiva (peça 282, p. 48).

208. Com base nesses dados, a Anatel conclui que os investimentos em FTTH nas cidades do TAC não são capazes de causar prejuízos à competição no mercado de SCM em nenhum dos municípios, porque (peça 282):

a) nos 27,6% dos municípios do TAC, em que a 'Telefônica possui *market share* igual ou maior a 20%', a 'concentração aí observada decorre de problemas estruturais do mercado de SCM', que deveriam ser mitigados no âmbito do PGMC. Além disso, 'haverá benefícios associados à instalação da infraestrutura em fibra óptica' (peça 282, p. 50);

b) nos 65,7% dos municípios do TAC, em que a Telefônica 'possui *market share* inferior a 20%', a atuação da prestadora 'tende a gerar benefícios à competição, pois estaria ampliando a rivalidade nesse mercado' com relação às outras empresas já atuantes (peça 282, p. 50);

c) nos 6,7% restante dos municípios do TAC, em que a Telefônica não atua, a empresa que domina o mercado seria verticalizada e teria 'capacidade de investimento para construção de rede de acesso de fibra óptica - opção preferida pelos consumidores - ampliando o grau de satisfação dos usuários nesse mercado' (peça 282, p. 50-51).

209. Observa-se que essa análise da Anatel não dedica a devida atenção à situação de competição de cada município, uma vez que existem relevantes diferenças entre as cidades agrupadas nas três categorias expostas acima, como será demonstrado adiante com os dados divulgados por outras

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

prestadoras e organizações, que mostram a inclusão de cidades com até 90% de market share da Telefônica.

210. Soma-se a isso o fato de que a Telefônica inseriu no TAC diversos locais onde possui posição dominante de mercado em banda larga fixa em tecnologia inferior à fibra ótica, o que sinaliza o uso do instrumento para custear, ainda que parcialmente, seu plano comercial de modernização da rede nessas cidades.

211. A própria Anatel destaca que a Telefônica adota como diretriz em sua atuação comercial a prestação do serviço de banda larga fixa preferencialmente em municípios com 'potencial maior de rentabilidade' (peça 282, p. 45). Isso não aparenta ser diferente com as cidades incluídas no TAC, pois a classificação concorrencial da Agência revela que são lugares em que existe competição moderada ou com potencial para atingir esse nível, não havendo nenhuma cidade que efetivamente não seja competitiva e que se beneficie substancialmente da entrada de uma nova empresa.

212. Repise-se que os investimentos feitos no âmbito do TAC são fruto da troca de recursos públicos, originados nos valores de multas aplicadas e estimadas com fundamento no descumprimento de leis e normativos infralegais, por projetos de construção de ativos privados, isto é, que integrarão a propriedade da prestadora, mas que deveriam beneficiar os usuários e/ou melhorar o serviço prestado, nos termos dos arts. 18 e 22 do RTAC.

213. Seções anteriores da presente instrução já demonstraram que esse objetivo, de propiciar a realização de investimentos alinhados ao interesse público, não foi cumprido pelo projeto de compromissos adicionais do TAC, mas mesmo que tal objetivo estivesse sendo atingido, não seria admissível que isso ocorresse às custas de distúrbios significativos na competição do mercado. Caso contrário, haveria uma infração à ordem econômica no setor de telecomunicações por parte da própria Agência reguladora do setor, ao prejudicar a livre concorrência.

214. Os recursos públicos trocados por investimentos privados não podem funcionar como um subsídio público destinado a viabilizar somente os objetivos comerciais de uma ou poucas prestadoras em detrimento de todas as demais, que necessitam realizar investimentos similares com recursos próprios.

215. Cabe ressaltar que, no caso do TAC, essa fonte de recursos públicos para a troca decorre de reiterados descumprimentos da legislação vigente ao longo de mais de uma década. Assim, quanto mais irregularidades e inconformidades a empresa cometeu, maior será o montante passível de troca por investimentos e maior serão os investimentos decorrentes com o potencial de gerar situações de vantagem competitiva frente aos demais concorrentes. Isso é ainda mais nocivo no caso dos pequenos provedores, que lideram o crescimento dos acessos de banda larga fixa no Brasil, como assinalado pela Anatel em seu estudo, apesar de atuarem em condições econômicas e comerciais mais restritas do que as grandes prestadoras.

216. Esses impactos concorrenciais negativos do projeto de FTTH do TAC também foram apontados por diversos atores, em especial a Abrint (peça 225, p. 5-16), o Intervozes (peça 279, p. 45), a Teleco (peça 277, p. 6, 29-31) e as prestadoras Claro (peça 278, p. 4-5) e Tim (peça 283, p. 6), bem como por Deputado Federal no âmbito de processo no TCU (TC 010.661/2018-2, peça 1, p. 12).

217. Em análise detalhada e que teve como ponto de partida essa avaliação concorrencial elaborada pela Anatel, a Abrint revelou que (peça 225, p. 5-6):

. Encontram-se 30 municípios no **estado de São Paulo** (28% do total), onde a Telefônica é **concessionária do STFC** e, historicamente, banda A (**primeira entrante) de telefonia móvel**, o que a leva a uma **posição diferenciada** para oferta de **serviços integrados/combos**, gerando **sinergias** com seus outros serviços e **fortalecimento de sua posição em detrimento dos competidores que não se utilizam de recursos públicos**.

(…)

. (…) É de se destacar ainda que tais avaliações não consideram, por exemplo, **as sinergias e eficiências econômicas** que podem ser geradas com o **serviço móvel pessoal** no qual, na maioria

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

destes municípios, a **Telefônica é a líder de mercado**;

. De acordo com dados do SICI-Anatel [*Sistema de Coleta de Informações*], referência novembro/2017, em **todos os municípios** há a presença de **pelo menos um competidor verticalizado** - Oi, Claro, Algar ou mesmo a própria Telefônica -, apontando **indício de interesse econômico**;

. De acordo com dados do SICI-Anatel, referência novembro/2017, já atuam **mais 647 provedores regionais neste rol de municípios**, sendo que **em 22** destes municípios os **provedores regionais detêm a liderança** em participação de mercado, mesmo não integrando Grupos verticalizados e **sem contar com qualquer benefício oriundo de recursos públicos**;

. Também de acordo com dados do SICI-Anatel, referência novembro/2017, em **56 municípios** os **provedores regionais detêm *market share* superior a 20%,** ou seja, demonstrando a viabilidade e o interesse comercial em tais municípios; (sem grifos no original)

218. A associação ainda prosseguiu com sua análise sobre a participação de mercado da Telefônica, ressaltando que o município de Conselheiro Lafaiete, incluído no TAC, já teria oferta de FTTH em 100% de seu território por parte de provedores regionais (peça 225, p. 9, 11-13):

A **falta de visibilidade acerca das justificativas apresentadas pela Anatel** e, principalmente, acerca do atendimento às diretrizes do RTAC e do Ato 50.004/2016 para a viabilidade dos projetos FTTH, gera **insegurança jurídica** para todo o setor, **em especial para os competidores que não utilizam recursos públicos** e são **diretamente afetados pelos desdobramentos** destes projetos.

(…)

Ademais, outro aspecto que se sobressai da referida análise é que as constatações assumidas são fruto de um **mero exercício genérico e teórico**, **não decorrendo**, por conseguinte, da **avaliação do caso concreto**, no caso em questão, de cada município individualmente considerado. Somente com tal exercício é que essa **Agência poderia**, por exemplo, **tomar conhecimento** do caso o município de **Conselheiro Lafaiete, que está totalmente atendida com FTTH** por meio de **provedores regionais**, os quais, repise-se, **detêm mais de 78% de *market share***.

(…)

Superadas estas considerações preliminares, as quais, na visão desta Associação, demandam uma **urgente e imediata revisão da análise de impacto concorrencial** feita por essa Agência, passa-se (…).

De entrada, deve ser destacado que a **Telefônica** já está **presente em 93,3% destes municípios** (98 municípios ao todo), ou seja, já é um **competidor instalado**, **podendo rivalizar, sem qualquer vantagem decorrente de recursos públicos**, com as demais operadoras existentes. A própria Anatel reconhece que a Telefônica **não atua em apenas 7 municípios**.

(…). Ou seja, segundo o SICI-Anatel, em 26 municípios a **participação de mercado da Telefônica** é superior a 50%, **em 19 destes acima de 70% e em 7 acima de 90%,** conforme quadro a seguir.

market share	Quantidade municípios
>90%	7
>70% e <90%	12
>50% e <70%	7
>20% e <50%	3
Total: >20%	29

Todos os municípios localizados em São Paulo

Fonte: SICI-Anatel novembro/2017

Todos estes **29 municípios com elevada participação de mercado da Telefônica** estão localizados no **estado de São Paulo** onde a prestadora é **concessionária do STFC**. Inegável que tal cenário trará **vantagens competitivas em sua estratégia empresarial**, inclusive com vistas a gerar

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

blindagem contra os outros competidores instalados nestes mercados.

Ademais, a Anatel apura que em **51,4% dos 105 municípios**, ou seja, em 54 deles, existe **apenas 1 agente com mais de 20% de *market share*** (vide quadro constante do item 4.274 do Informe). Ora, o que não foi diretamente correlacionado é que a **própria Telefônica possui *market share* superior a 20% em 29 municípios** sendo que em apenas 4 destes 29 a Claro-NET também tem participação acima de 20%. Ou seja, em praticamente metade dos 54 municípios (ou **25 deles), a Telefônica é a única prestadora com mais de 20% de *market share***. (sem grifos no original)

219. Assim, a Abrint enfatiza em suas conclusões que os investimentos previstos no TAC serão prejudiciais à competição, aumentando a concentração do mercado, apesar de a Anatel alegar o contrário. Também ressalta que o objetivo dessa política pública deveria ser pelo menos melhorar a competição, já que estão sendo empregados valores expressivos de recursos públicos (peça 225, p. 13-16):

Considerando ainda que o **FTTH é uma tecnologia relativamente recente**, é justificado que, mesmo nestas 105 localidades, que incluem diversas capitais, o **percentual de acessos** ainda esteja em **franco crescimento**, cuja evolução pode ser atestada pela própria Anatel. Por outro lado, não pode ser desconsiderada que a **expansão do atendimento por fibra realizado pelas operadoras regionais**. Tal resultado já é acompanhado mensalmente por meio da consolidação e publicação dos dados de acesso de banda larga fixa pela Anatel (…).

(…).

Neste contexto, é inadmissível que a **dinâmica de mercado** venha ser **alterada** de forma indevida por meio da **injeção de recursos públicos em empresas de grande porte** que buscam, com estes projetos, **realizar unicamente suas estratégias de mercado**.

(…)

Primeiramente, vale destacar que a Anatel parte da premissa que seu objetivo primordial é o de não piorar a situação competitiva de qualquer um dos 105 municípios (vide item 4.283), quando, na realidade, com o **uso de vultosos recursos públicos**, o **objetivo a ser alcançado deveria ser**, **no mínimo, melhorar a situação competitiva e gerar maior bem-estar**.

(…)

Diante de tais constatações, esta Associação não pode deixar de apontar uma **situação extrema**: em 26 municípios, a **Telefônica** possui ***market share* acima de 50%**, o qual **tende ainda a aumentar** com a utilização do FTTH. Nesse cenário, **como justificar que não há prejuízo no cenário competitivo com esse aumento da concentração**? (…)

Seguindo este mesmo raciocínio, a **manutenção da lista** proposta pela Telefônica leva à conclusão óbvia que, **mediante o uso de dinheiro público**, (i) **legitimar-se-á a criação de monopólio privado, no mínimo, nos 19 municípios no estado de São Paulo** onde a Telefônica já detém, isoladamente, market share superior a 70%; (ii) **aumentar-se-á a concentração nos 10 municípios adicionais no estado de São Paulo** onde a Telefônica detém market share entre 20% e 70% (em 7 destes acima de 50%) e outros provedores regionais ou a Claro-NET já detêm cotas de mercado também acima de 20%. (sem grifos no original)

220. Por sua vez, a Teleco relata em seu estudo que (peça 277, p. 6):

Os projetos dos **compromissos adicionais do** TAC não deveriam incluir a implantação de redes **onde já existem redes semelhantes de outras prestadoras**, pois desta forma, **não se estaria ampliando a capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações**.

Esta é a razão do ato [*Anatel*] 50.004 [*2016*] estabelecer em seu art. 3º '**a inexistência de atendimento do objeto** do projeto em cada município. '

Levantamento realizado pela Teleco aponta que:

• Todas as 105 cidades possuem outras prestadoras de BL [*banda larga*] fixa, sendo que **em 87 com velocidades > 20 Mbps**, mais do que os **12 Mbps da proposta inicial da Telefônica**. As **18**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

cidades restantes estão em SP e **são atendidas pela Telefônica**

• A Oi e Algar oferecem BL fixa nas cidades de suas áreas de concessão de STFC. Oi oferece **35 Mbps em 70 cidades** e Algar **200 Mbps em 5**.

• A Claro/Net oferece BL fixa em **14 cidades** com velocidades de até **240 Mbps**

• Além destas, existem **outras prestadoras** com oferta de BL Fixa em *cable modem* ou fibra (FTTH) **em 102 das 105 cidades**.

(.)

• em **86 cidades** existem pelo menos **duas outras prestadoras com ofertas de fibra ou *cable modem***. Em **Montes Claros**, por exemplo, existem **três prestadoras** com redes **FTTH**, com mais de 2 mil acessos ativos e oferecendo velocidades superiores a **30 Mbps**.

(…)

Note-se que **mesmo** que a Telefônica indique que irá **iniciar** a cobertura das cidades em **uma área periférica ou carente**, a **implantação inicial** dos seus elementos de rede centralizados **financiados pelo TAC** alavancará a **expansão futura** do acesso para as **áreas de maior interesse econômico** na cidade. Ou seja, com uma **vantagem concorrencial decisiva** em relação aos **competidores existentes**. (sem grifos no original)

221. Utilizando como exemplo de análise o caso da cidade de Juazeiro (BA), que estava na lista das cidades onde seriam implantados os compromissos adicionais do TAC da Telefônica, o documento da Teleco conclui que (peça 277, p. 29-31):

Juazeiro (BA) está localizada nas margens do rio São Francisco e **ligada por uma ponte com Petrolina (PE)**. Petrolina foi **incluída inicialmente no TAC**, mas foi **substituída** no final de 2017, pois a Telefônica já tinha iniciada a **construção da rede com recursos próprios**.

(…)

A **entrada da Telefônica em Petrolina**, realizando **investimentos com recursos próprios**, para **competir com os provedores existentes** tem que ser vista de forma **positiva**. O **mesmo não acontece em Juazeiro**, onde a Telefônica está **utilizando recursos públicos**, provenientes do **perdão de multas**, para **competir com prestadoras com ofertas semelhantes** e que implantaram suas **redes com recursos próprios**.

A consequência é que **toda a Cadeia de Valor das Prestadoras será afetada**. Não apenas as prestadoras que atendem o **mercado residencial**, mas prestadoras que proveem **conexão internacional, transporte e atuam no mercado corporativo**. Estas prestadoras foram as responsáveis pelo **crescimento da BL fixa em 2017** e o **TAC** da Telefônica como proposto **pode inibir novos investimentos**.

O caso é ainda mais grave **se o TAC estiver subsidiando uma rede de transporte** que dará uma **vantagem competitiva a Telefônica**. A **maioria das prestadoras utiliza a rede de acesso** de **outras prestadoras**, o que impede a oferta do serviço a preços mais baixos em algumas cidades. (sem grifos no original)

222. A organização da sociedade civil Intervozes, em publicação dedicada a analisar as violações ao direito de acesso universal previsto na Lei do Marco Civil da Internet, Lei 12.965/2014, fez as seguintes considerações acerca dos impactos do TAC na competição (peça 279, p. 45):

Ainda que se considere que estes **investimentos** [*do TAC da Telefônica*] levariam a uma **maior concorrência em alguns municípios, esta seria desleal**, acredita a Proteste. 'O certo é que a competição se instalaria em situação de **vantagem exagerada e ilegal**, na medida em que os novos investimentos seriam **feitos com recursos públicos**, o que propiciaria **condições privilegiadas para a fixação de valores** a serem cobrados na exploração das novas redes', afirma a associação.

(…)

As **concorrentes na banda larga e não concessionárias, TIM e Claro**, enviaram **notificação à**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Anatel, considerando as recomendações do TCU. (…).

Em janeiro de 2018, a **Proteste, juntamente com outras organizações** que defendem os direitos digitais dos cidadãos, incluindo o **Intervozes**, **protocolaram uma representação no Ministério Público Federal de São Paulo** para suspender a implementação do TAC da Telefônica/Vivo. (sem grifos no original)

223. Na petição mencionada pelo Intervozes e que foi enviada à Anatel pela prestadora TIM, a empresa destacou que (peça 283, p. 6):

Ocorre que, no caso em debate, conforme já verificado em mais de uma oportunidade, há indícios concretos que tais projetos que parecem não estar aderentes com as premissas definidas no RTAC, visto que a **proposta** de construção e manutenção de uma **rede FTTH** (*Fiber To The Home*), tal como apresentada pelo Grupo Telefônica, carece de **aderência ao interesse público**, porque há, **no mínimo, dúvidas** sobre a **compatibilidade** dessas localidades ao que diz respeito à **necessidade de infraestrutura adicional vs. mercado competitivo**, em **dissonância à finalidade precípua do RTAC**, o que motiva, por si só, uma reavaliação prévia à assinatura pela Agência. (sem grifos no original)

224. Por sua vez, a Claro, em sua manifestação para a Anatel, apontou que (278, p. 4-5):

No TAC da empresa Telefonica Brasil S.A aprovado pelo Conselho da Anatel e analisado pelo TCU conforme relatório mencionado anteriormente, consta a proposta de compromisso adicional de implementação de rede **FTTH** (*Fiber To The Home*) em 100 municípios.

Destes, **16 já são atendidos pela Claro S.A**. através de sua rede HFC, conforme tabela abaixo, ou seja, a implementação de uma **nova rede de banda larga fixa não traria um efetivo benefício** à sociedade, que atualmente já pode ser atendida de outra forma, **e sim uma mudança no equilíbrio competitivo na região**, uma vez que a **nova entrante terá sua infraestrutura subsidiada pelo TAC**.

Ressalte-se que a **Claro está presente nessas 16 localidades** por serem **atrativas sob o enfoque financeiro**, cujo desenvolvimento econômico e social permite concluir que os **investimentos aplicados serão tranquilamente recuperados pela prestadora**, pelo que não se sustenta admitir projetos no TAC para tais municípios, por contrariarem o enquadramento disposto no art. 22 da Resolução n.° 629/13.

(…)

Cabe também ressaltar que **parte dos municípios selecionados** na proposta de TAC aprovada consiste em municípios de **alto potencial econômico e comercial**, incluindo 3 capitais de estado, o que significa que **provavelmente estarão no planejamento de expansão de rede de outras prestadoras**, que precisarão **repensar seus planos** uma vez que, com a **infraestrutura 'subsidiada' pelo TAC** sendo implementada pela Telefônica Brasil S.A., as **novas entrantes passarão a ser menos competitivas**. (sem grifos no original)

225. Por todo o exposto, constata-se que, na análise concorrencial feita pela Anatel, não se examinou em profundidade que os compromissos adicionais previstos no TAC da Telefônica poderiam impactar significativamente o mercado de prestação do serviço de banda larga.

226. Se a lógica equivocada desse TAC prevalecer nas trocas de recursos públicos por investimentos privados, a atuação da Agência pode provocar o aumento da concentração do mercado para as grandes prestadoras, subsidiado por recursos públicos, em detrimento das demais empresas do setor, em especial os pequenos provedores, bem como resultar em um aumento da barreira de entrada nesse mercado para eventuais novos entrantes.

227. Assim, apesar de esse TAC ter sido rejeitado pelo Conselho Diretor da Agência, as fragilidades identificadas na análise do impacto concorrencial feita pela Anatel podem se repetir em futuros TACs, especialmente porque a Agência já manifestou sua intenção de repetir tais estudos, nos mesmos moldes, para todos os TACs, conforme recomendação do item 9.6.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

228. Nesse sentido, propõe-se dar ciência à Anatel sobre o seu dever legal de atuar em prol da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita, inclusive no âmbito dos compromissos adicionais dos TACs, em consonância com os arts. 6º e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT).

229. Um dos principais mecanismos que poderiam mitigar esses impactos na competição seria o compartilhamento da infraestrutura privada construída pela empresa celebrante do TAC com as demais prestadoras, sejam de grande porte ou pequenos provedores. Por essa razão, foi exarado o item 9.5.2 no mencionado acórdão de 2017, para questionar, em oitiva à Anatel, quais seriam os prazos e as condições de compartilhamento da infraestrutura construída com recursos do TAC.

230. Em sua resposta, a Anatel alega que o compartilhamento poderia ser prejudicial à prestadora que está fazendo o investimento, além de supostamente contrariar o interesse público por implicar o atendimento de um número menor de municípios (peça 188, p. 4-5):

3.7.12. De forma simplificada, quando se calcula o valor de referência (VR) e, com base nele, o valor dos investimentos relativos aos compromissos adicionais, executa-se uma série de planos de investimentos, município a município. Ao final, tem-se um **valor de VPL Negativo Total atrelado a um dado número de municípios**.

3.7.13. Nesse contexto, pode-se inferir que caso a empresa seja **compelida a compartilhar parte da infraestrutura construída**, ela verá sua **expectativa de receita se reduzir**, o que impacta o cálculo do VPL do projeto. Toda vez que a sua expectativa de receita se reduzir, ocorrerá a **majoração do valor do VPL Negativo** do projeto. Ora, aumentar o valor do VPL Negativo como um todo, implica **reduzir a quantidade de municípios atendidos** pelos compromissos adicionais de investimentos.

3.7.14. Por essa razão, parece ser **contrário ao interesse público impor o compartilhamento em qualquer caso**, sob o risco de se **atender a um número inferior de municípios (pessoas)** com a melhoria ou instalação de infraestrutura de acesso, especialmente quando se tem **indícios de que a instalação dessa nova infraestrutura não afetará a dinâmica competitiva no local**, em grande parte dos casos, ou que a medida imposta pode ser inócua, por **ausência de demandantes**.

3.7.15. A dinâmica regulatória da **Anatel** possui **mecanismos de atuação *ex-ante* e *ex-post***, como por exemplo **medidas assimétricas e reclamações administrativas**, respectivamente, capazes de abarcar uma ampla gama de situações no mercado, visando garantir um maior **equilíbrio no cenário competitivo**.

3.7.16. Sendo assim, as condições específicas para o **compartilhamento de infraestrutura** encontram-se contempladas em **regulamentação própria**, sobretudo no Plano Geral de Metas de Competição - **PGMC**, conforme exposto a seguir. (sem grifos no original)

231. A Agência ainda afirma que, nos termos do art. 3º da Lei 13.116/2015, a Lei das Antenas, 'as redes de acesso em fibra (FTTH) não se enquadram, a priori, em uma infraestrutura sujeita ao compartilhamento obrigatório, pois não se caracterizam como uma infraestrutura de suporte' (peça 188, p. 3). Por isso, as fibras implementadas nos compromissos adicionais do TAC estariam sujeitas as regras do PGMC, que preveem um feriado regulatório de vários anos antes que a prestadora seja compelida a compartilhar essas fibras com as demais empresas interessadas, por intermédio do Sistema de Negociação de Ofertas de Atacado (SNOA). Já as demais infraestruturas necessárias, como dutos e postes, estariam, em tese, sujeitas ao compartilhamento.

232. No entanto, a argumentação da Anatel falha ao desconsiderar todos os efeitos benéficos do compartilhamento de infraestrutura para a sociedade e para o mercado de telecomunicações, que superam as eventuais perdas de receitas decorrentes da exploração monopolística do ativo ou do serviço viabilizado por essa infraestrutura.

233. Ressalte-se que, conforme abordado anteriormente na presente instrução, em cerca de 25% das cidades originalmente aprovadas no TAC da Telefônica, a prestadora já possuía participação no mercado de banda larga superior a 50%, o que poderia ser ampliado por causa do não compartilhamento dos investimentos de FTTH previstos nos compromissos adicionais do TAC.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

234. Além disso, a argumentação da Anatel também falha ao desconsiderar que parte das dificuldades de compartilhamento desse projeto de TAC advêm das próprias características intrínsecas do projeto escolhido pela Telefônica e aceito pela Anatel. Por ser um projeto de implantar uma rede de acesso, existem características técnicas que dificultam ou até inviabilizam seu compartilhamento com outras prestadoras.

235. Em seu estudo, a Abrint critica esse aspecto (peça 225, p. 10, 16):

A implantação de ***backhaul* óptico ou de redes de transporte de alta capacidade** em **municípios ainda sem esse tipo de infraestrutura** é a iniciativa que atende mais plenamente o interesse público, tanto assim que é destacada nos itens a) e b) do art. 1° do Ato 50.004/2016, onde, repise-se, sequer consta o FTTH. Isso, sem contar, a possibilidade e a **facilidade de compartilhamento** deste tipo de infraestrutura decorrente do uso de recursos públicos para **promover a expansão dos serviços de banda larga fixa e telefonia móvel (3G / 4G) por diversos competidores** nestes municípios que vierem a ser contemplados com este *backhaul*.

(…)

Como já destacado, o **FTTH é rede de acesso ao consumidor final** que apresenta, na prática, **limitações para a realização de compartilhamento**, ainda que eventualmente a Anatel possa intervir e estabelecer medidas competitivas *ex post* com essa finalidade. Ao final do dia, esta rede FTTH implantada será, **na prática, privativa e exclusiva para uso pela Telefônica**, o que, no limite, significa conceder indiretamente uma espécie de feriado regulatório para esta infraestrutura e para este agente que se utilizou de recursos públicos para a realização deste projeto.

Por tais motivos, a ABRINT torna a reforçar seu posicionamento de que compromissos adicionais baseados em **projetos de *backbone* / *backhaul*** para municípios sem este tipo de rede de transporte, além de atender o interesse público, **promoverá, mais facilmente, o efetivo compartilhamento e a potencialização de sua utilidade**. (sem grifos no original)

236. Na mesma linha, manifestou-se a Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas (Telcomp) em ofício dirigido à Anatel e ao MCTIC (peça 284, p. 6):

23. - Por fim, conforme **princípios de políticas públicas para expansão de serviços à população**, **as redes construídas a partir de negociações de multas administrativas** por meio dos TACs devem estar **sujeitas a compartilhamento**. Considerando que a versão atual do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) está em fase de revisão, sem previsão de conclusão, torna-se necessário **implantar regime próprio para compartilhamento** dessas redes. Não é possível aproveitar a **estrutura atual do PGMC e do SNOA**, pois, como sabido, **não são adequadas** para o processamento deste novo conjunto de insumos em **condições isonômicas e por preços regulados** pela Anatel. (sem grifos no original)

237. A prestadora TIM também enfatizou a necessidade de compartilhamento dos investimentos de TACs, trazendo como referência a minuta do decreto da nova política de telecomunicações (peça 283, p. 6-7):

Além disso, outro aspecto que merece destaque é a importância do reconhecimento dos **efeitos positivos do compartilhamento de infraestrutura** para o setor na medida em que gera **benefícios significativos** como um todo, estando o instituto aderente à regulamentação vigente, privilegiando o uso eficiente do espectro e **racionalidade justa dos recursos**.

E, ainda, é amplamente reconhecido que o **compartilhamento da capacidade de rede no nível de *backbone* e *backhaul* é prática consagrada**, enquanto que o **compartilhamento de elementos de Mil** seria, no limite, um notório **desafio adicional, diante seu ineditismo**.

Aliado a tal entendimento, a proposta de Decreto da Nova Política de Telecomunicações (atualmente em Consulta Pública) estabelece **prioridades de investimentos, públicos e privados**, para **expansão da infraestrutura de telecomunicações** por meio de fibra óptica, rádio e satélite, além de ações para a implantação do 4G em todas as sedes de municípios e localidades com densidade populacional relevante, além da expansão do programa Cidades Inteligentes.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Também nesta mesma linha, o recém editado **Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura de Suporte** à Prestação de Serviço de Telecomunicações, aprovado por meio da Resolução n 683, de 05 de outubro de 2017, disciplinou o compartilhamento de infraestrutura e visa **estimular a otimização de recursos e a redução de custos operacionais**, almejando **beneficiar os usuários dos serviços prestados**, atendendo à regulamentação específica do setor de telecomunicações. (grifos diferentes do original)

238. Faz-se mister ressaltar que, como já abordado anteriormente na presente instrução, em várias localidades do TAC existem outras redes de FTTH, o que implica uma ineficiência na escolha das cidades. Ao duplicar investimentos já feitos por pequenos provedores em regiões de reduzido interesse comercial, em vez de direcionar recursos para localidades ainda não atendidas por fibra ótica, a Anatel efetua uma alocação ineficiente e incoerente com as diretrizes do art. 22 do RTAC, em especial com a de massificação do acesso às redes e aos serviços de banda larga.

239. Repise-se que os investimentos realizados no âmbito do TAC derivam de recursos públicos e que, por isso mesmo, deveriam estar sujeitos a regras de compartilhamento, auxiliando na eficiência dos investimentos em banda larga. Esse aspecto já foi, inclusive, abordado no relatório do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, ao se avaliar a política pública de banda larga desenvolvida pelo MCTIC e as regras de compartilhamento previstas na minuta do decreto da nova política de telecomunicações (TC 032.508/2017-4, peça 42, p. 49-50):

'392. Um outro ponto que pode **colaborar com o risco de ineficiência dos investimentos** realizados com recursos públicos é a **indefinição sobre as regras de compartilhamento** para **redes construídas com dinheiro público**. O **compartilhamento** de redes de telecomunicações **pode reduzir os custos de operação**, além de **propiciar um aumento da competição e da eficiência do mercado**.

(…)

395. Dessa maneira, de acordo com as regras de compartilhamento da Anatel, **tais infraestruturas de rede só seriam submetidas ao compartilhamento** se cumprirem **simultaneamente três condições**: i) se na localidade a ser atendida a operadora possuir poder de mercado significativo pela classificação do PGMC; ii) se ela se encaixar nas especificações de alguma das previsões de ofertas listadas no regulamento; e iii) se estiver fora do prazo de feriado regulatório.

396. Vale lembrar que o PGMC prevê **feriado regulatório de nove anos para investimentos em infraestrutura de fibra óptica**, por exemplo (Análise 464/2012-GCMB, de 26/10/2012, que aprovou a proposta de PGMC). Ou seja, nesses casos, é provável que **investimentos realizados com recursos públicos** fiquem **restritos a utilização por uma única operadora** por quase uma década, **sem aproveitar os benefícios de compartilhamento para a competição e o desenvolvimento de redes em áreas remotas**.

397. O **feriado regulatório** tem como **objetivo incentivar o investimento privado**, de forma que a empresa investidora possa usufruir com exclusividade do benefício de seu investimento, **aumentando com isso sua rentabilidade**. Verifica-se que tal objetivo **não justifica a existência de feriado regulatório quando a origem do dinheiro é pública**, pois, nesses casos, o investidor já tem o incentivo de expandir sua rede com recursos que, de outra forma, não estariam a sua disposição.

398. Assim, por essa óptica, os investimentos em infraestrutura de rede com recursos públicos não deveriam estar sujeitos a mesma regra geral das redes construídas com investimentos privados, inclusive **para potencializar os benefícios desses investimentos públicos**, proporcionando não só a **expansão das redes de telecomunicações**, mas também o **aumento da competição**, ambos **deveres do poder público**, segundo a LGT (Lei 9.472/1997, art. 2°, incisos II e III).' (sem grifos no original)

240. A deliberação 9.2.4 desse acórdão de 2018 determinou ao MCTIC que, previamente à realização de investimentos pelo setor privado com recursos públicos em infraestrutura de redes de telecomunicações, estabeleça de forma clara e objetiva as diretrizes relacionadas ao compartilhamento dessas infraestruturas, apresentando ao TCU as justificativas adequadas quanto a

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

eventuais casos de não compartilhamento imediato dessas redes, em atendimento aos arts. 6º, I e IV, e parágrafo único, do Decreto 7.175/2010, e 4º, parágrafo único, I e II, do Decreto 4.733/2003 c/c o art. 2º e 4º do Decreto 8.877/2016.

241. Diante desse contexto e da recente determinação do TCU ao MCTIC, não pode ser diverso o tratamento dado pela Anatel a esses investimentos privados com recursos públicos. Assim, propõe-se determinar à Anatel que, previamente à realização de investimentos pelo setor privado com recursos públicos em infraestrutura de redes de telecomunicações, a exemplo dos investimentos realizados a título de compromissos adicionais dos TACs, estabeleça de forma clara e objetiva as diretrizes específicas relacionadas ao compartilhamento dessas infraestruturas, justificando eventuais casos de não compartilhamento imediato dessas redes, em atendimento aos arts. 6º, I e IV, e parágrafo único, do Decreto 7.175/2010, e 4º, parágrafo único, II, do Decreto 4.733/2003 c/c o art. 2º, I e II, do Decreto 8.877/2016 e com os arts. 6º e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT).

VI. Insuficiência de motivação para a concessão de descontos nos TACs pela Anatel

242. Os arts. 19 e 20 do RTAC preveem a possibilidade de a Anatel atribuir descontos, variando entre 20% a 80% do Valor de Referência (VR) do TAC, para os valores mínimos exigidos de compromissos adicionais, resultando na realização de investimentos com VPL menor do que o total de multas aplicadas e estimadas. O RTAC não estabelece explicitamente qual seria essa gradação de descontos, limitando-se a definir o montante máximo, de acordo com alguns critérios.

243. Ressalte-se que o RTAC traz expressamente quais seriam esses valores mínimos de VPL ou de compromissos adicionais, o que equivale a dizer que o percentual de desconto é exatamente a diferença desse valor para o total de 100%. Por exemplo, no caso das multas aplicadas na concessão temporária de benefícios diretos aos usuários, o art. 20, inciso II, do RTAC diz que 'o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a 'no mínimo, 25%' do VR do TAC. Logo, o desconto máximo que pode ser concedido nesse caso é de 75%, já que se não houvesse desconto, o valor dos compromissos adicionais seria de 100% do VR.

244. A tabela 1 apresenta todos esses valores, já calculados em cada hipótese.

Tabela 1 - Descontos máximos previstos no Regulamento de TAC para o valor dos compromissos adicionais

Tipo de compromissos adicionais	**Montante do desconto máximo em percentual do Valor de Referência (VR)**	
	Multa aplicada	**Multa estimada**
Execução de projetos		
Utilizando o valor mínimo do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos (1,0)	(Desconto do art. 19, inc. I, do RTAC aplicado sobre o VR) = 20% do VR	(Desconto do art. 19, inc. II, do RTAC aplicado sobre o VR) = 60% do VR
Utilizando o valor máximo do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos (2,0)	(Desconto do art. 19, inc. I, do RTAC aplicado sobre o VR) + (Desconto do art. 19, § 2º, do RTAC aplicado sobre o VR com o primeiro desconto) = 20% do VR + 50% x (80% do VR) = 60% do VR	(Desconto do art. 19, inc. II, do RTAC aplicado sobre o VR) + (Desconto do art. 19, § 2º, do RTAC aplicado sobre o VR com o primeiro desconto) = 60% do VR + 50% x (40% do VR) = 80% do VR

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Concessão temporária de benefícios diretos a usuários	(Desconto do art. 20, inc. I, do RTAC aplicado sobre o VR) = 50% do VR	(Desconto do art. 20, inc. II, do RTAC aplicado sobre o VR) = 75% do VR

Fonte: arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013, Regulamento de TACs (peça 101, p. 7).

245. Um dos pontos de questionamento que não foi esclarecido na instrução anterior era com relação à motivação que embasou a definição e a escolha pela Anatel desses percentuais de descontos no RTAC.

246. Em resposta à diligência, a Agência relembrou a tramitação da minuta do regulamento do TAC entre 2012 e 2013. Inicialmente, a versão do normativo proposta pela área técnica fixava somente duas hipóteses de desconto: no máximo 35% para as multas aplicadas e no máximo 25% para as multas estimadas, independentemente do tipo de compromissos adicionais selecionados (peça 274, p. 2). Ressalte-se que a minuta já estabelecia a obrigatoriedade de a prestadora pagar 10% do valor das multas aplicadas, o que implicaria, na prática, igualar os percentuais de desconto em 25% (peça 274, p. 3).

247. Os percentuais decorreriam 'da interpretação conjunta com o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas' (RASA), aprovado pela Resolução-Anatel 589/2012, o qual, em seu art. 33, § 5º, 'preceitua que o infrator que renunciar expressamente ao direito de recorrer da decisão de primeira instância, fará jus a um fator de redução de 25%' no valor da multa aplicada (peça 274, p. 3). Por sua vez, a PFE 'sugeriu o uso de um mesmo percentual fixo em multas aplicadas ou estimadas', que seria idêntico aos 25% de desconto previsto no RASA (peça 274, p. 3).

248. Na primeira vez que a matéria foi analisada pelo Conselho Diretor, o Conselheiro Relator fez algumas modificações, como 'o reconhecimento da possibilidade do TAC ser atendido em valor não correspondente a 100% (cem por cento) das multas que supostamente poderiam vir a ser exigíveis', porém não mexeu nos descontos propostos pela área técnica (peça 274, p. 4).

249. Ao ser debatida no âmbito do Conselho Diretor após a realização da consulta pública, a minuta passou por diversas alterações. Na proposta original do Conselheiro Relator do regulamento, os percentuais de desconto seriam, no máximo, 40% para multas aplicadas e de 70% para as multas estimadas, quando se tratasse de concessão de benefício aos usuários, e de, no máximo, 20% para multas aplicadas e de 50% para multas estimadas, quando houvesse execução de projetos. Nessa fase, ainda foi criado o fator de redução das desigualdades para a execução de projetos, que funciona como um segundo desconto em cascata, variando entre 0% e 50% do valor já reduzido (peça 270, p. 47-48).

250. Nota-se que as percentagens são muito próximas dos valores finais aprovados pelo Conselho, que estabeleceram descontos maiores em até dez pontos percentuais, como já detalhado na Tabela 1.

251. Contudo, a modificação desses percentuais e a criação do fator de redução das desigualdades ocorreram sem que houvesse a juntada de estudos ou justificativas que demonstrassem a motivação e os critérios que fundamentaram essa fixação de valores, em respeito ao interesse público, ao contrário da proposta inicial da área técnica que era baseada no Regulamento de Sanções da Agência, dado que o desconto estaria relacionado ao fato da prestadora renunciar de seu direito de recurso. Também não foram determinadas balizas, parâmetros ou gradações que norteassem, no momento de definir em cada caso concreto, qual percentual de desconto seria selecionado, dentro dessa escala, para ser aplicado.

252. Dessa forma, não é possível identificar o porquê de a concessão de benefícios diretos aos usuários resultar em percentuais maiores de desconto do que a realização de investimentos, ou o porquê da opção por valores que permitem descontos de até 80% do montante de multas estimadas, ou ainda o porquê de projetos executados terem dois descontos diferentes aplicados em cascata, entre tantas outras indagações possíveis. Não restou claro nem se a motivação para o desconto seria a mesma na qual foi baseada a proposta da área técnica.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

253. Nos documentos encaminhados pela Agência ao TCU após a prolação do acórdão de 2017, a Agência sustenta que 'a palavra desconto não é cabível em qualquer circunstância nos TAC a serem eventualmente firmados com a Anatel' (peça 282, p. 35). Isso porque, na visão da Agência, esses percentuais servem 'tão somente como limite referencial para admissibilidade dos projetos' e que 'não há de se falar, pois, em qualquer desconto nesta etapa da negociação, haja vista que a norma não trouxe qualquer disposição em tal sentido' (peça 264, p. 31).

254. Porém, o próprio Conselheiro Relator do regulamento dos TACs utilizou-se da palavra 'desconto' para se referir a esses percentuais de redução do valor a ser efetivamente exigido, em sua manifestação datada de 22/11/2013, isto é, há quase cinco anos (peça 270, p. 47-48):

> '4.2.162. A opção pela concessão temporária de benefícios aos usuários ou pela execução de projetos, ou mesmo pela combinação das duas possibilidades, será objeto de negociação no caso concreto, e **implicará descontos na correlação com as multas trocadas em sede de TAC**, de acordo com o estágio de tramitação dos autos.
>
> 4.2.163. No caso de opção pela concessão de benefícios aos usuários, os compromissos deverão **corresponder a, no mínimo, 60% (sessenta por cento) do Valor de Referência do TAC**, no caso de processos em que haja **multa aplicada ou decisão de primeira instância** proferida; e a, no mínimo, **30% (trinta por cento) do mesmo valor nos demais casos**. Neste caso, há que se atentar para o necessário expurgo de impactos no cálculo do Fator de Transferência 'X'.
>
> 4.2.164. Na hipótese de proposta de execução de projetos, **os compromissos deverão equivaler a, no mínimo, 80% (oitenta por cento) do Valor de Referência do TAC**, no caso de processos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida; e a, no mínimo, **50% (cinquenta por cento) do mesmo valor nos demais casos**.' (sem grifos no original)

255. Repise-se que os percentuais citados pelo Conselheiro são limites mínimos, ou seja, a Agência pode optar por exigir 100% dos valores das multas aplicadas e estimadas, única hipótese em que não estaria configurado nenhum desconto. Soma-se a isso o fato de que, conforme o dicionário Aurélio, na versão eletrônica, o verbete desconto significa 'ato ou efeito de descontar' e 'abatimento', que, por sua vez, tem entre seus significados a 'diminuição de preço'. Assim, não se consegue vislumbrar a serventia de somente usar sinônimos para se referir a algo que configura um 'desconto'.

256. A Agência também alega que os valores de investimentos não se confundem com o VPL desses projetos, sendo que o último é o montante que é comparado ao total de multas aplicadas e estimadas, enquanto os primeiros seriam superiores a esse total de multas (peça 264, p. 31).

257. Contudo, não há como essa argumentação prosperar. De fato, o RTAC estabelece que a totalidade das multas abrangidas pelo TAC deve ser comparada com o VPL dos compromissos adicionais, além de não fazer nenhuma ressalva ao valor dos investimentos. Mas isso se deve ao fato de que realizar vultuosos investimentos periodicamente é algo inerente à prestação de serviços que envolvem tanta tecnologia e célere evolução, como os de telecomunicações.

258. O RTAC optou por mensurar o VPL justamente porque essa é a grandeza que quantifica melhor o quão deficitário é o projeto. Não importa o volume de investimentos que a prestadora fará no TAC se tais investimentos forem superavitários ou se forem parte natural de seu planejamento comercial, porque isso viola frontalmente a própria ideia de um compromisso que é adicional.

259. A análise da evolução do texto dos artigos do RTAC que tratam sobre os descontos revela que, desde o princípio, esses valores foram pensados como reduções a serem concedidas em situações específicas e motivadas, uma vez que a regra geral seria não conceder nenhum abatimento, isto é, seria exigir que o VPL fosse exatamente igual ao total de multas aplicadas e estimadas. A evidência primordial disso é que, ao propor a existência desses descontos, a área técnica da Agência inspirou-se nos descontos previstos no regulamento de sanções da Anatel.

260. Aliás, em 2016, esse também era o entendimento tanto da PFE junto à Anatel quanto da mesma superintendência da Anatel que, agora em 2018, repudia até o uso da palavra 'desconto', como transcrição feita por esse mesmo setor comprova (peça 264, p. 31):

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

4.248. Mesmo que se entendesse como factível o entendimento exarado pela d. Procuradoria, o que apenas se admite para fins de debate de teses, verifica-se que tal preocupação já foi devidamente motivada quando da análise das recomendações do mencionado **Parecer 361/2016** pela Comissão de Negociação do TAC, que, no **Informe 94/2016/SEI/CODI/SCO** (SEI 0618752), assim enfrentou a questão:

3.17.16 **Outro ponto pela procuradoria refere-se ao percentual de desconto** a ser aplicado sobre o valor de referência do TAC para fins de **valoração dos compromissos adicionais**. Especificamente ao caso concreto aplica-se o disposto **no artigo 19 do RTAC** que estabelece que o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a 'I - no mínimo, 80% (oitenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida; e II - no mínimo 40% (quarenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos demais casos'.

3.17.17 Como o **artigo estabelece o valor mínimo a ser convertido em compromissos adicionais**, a Procuradoria considera que a diferença entre o mínimo (40% ou 80%) e o máximo (100%) **deve ser decidido discricionariamente pela administração pública, sendo obrigatória a motivação da decisão**.

3.17.18 A Procuradoria chega a cogitar que a concessão do desconto deveria ser proporcional à gravidade das infrações e ao incentivo que a operadora tiver para o cumprimento da regulamentação (cita o artigo 20 do RASA como exemplo). No entanto, o **RTAC em nenhum momento estabelece os critérios para a concessão de descontos sobre o valor de Referência do TAC**.

*3.17.18 A **área técnica, no Informe 24/2015/SCO**, como bem ressaltado no Parecer, **sugere que '…sejam conferidos menores descontos de multa**, de forma a motivar a Telefônica a investir em que demandam mais a sua presença, por se tratarem de áreas carentes de infraestrutura'. Como se pode observar, diferentemente do que propôs a Procuradoria, a **área técnica estava interessada em que os descontos sobre o Valor de Referência** fossem aplicados de forma a **incentivar o investimento em municípios com maior carência de infraestrutura de telecomunicações, em nada tendo a ver com a gravidade da infração cometida***. (grifos diferentes do original)

261. Especificamente sobre o TAC da Telefônica, o item 9.4.9 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, determinou que a Anatel apresentasse a devida motivação e os critérios utilizados para fundamentar o patamar de descontos concedidos, com base no art. 19 do RTAC, ou seja, justificasse o porquê de ter concedido o desconto máximo permitido pelo regulamento para aquele tipo de projeto.

262. Em resposta, a Agência defende que os investimentos em compromissos adicionais não são exigidos nos TACs firmados por outras entidades estatais, como o Ministério Público e as Agências reguladoras, e que o eventual descumprimento integral do TAC resultará na aplicação de novas multas à prestadora que serão maiores do que o total das multas já aplicadas e estimadas (peça 282, p. 35-36). A Anatel ainda sustenta que (peça 282, p. 35-37):

4.171. Primeiramente, é oportuno citar o item VII.3.4, às págs. 243 do Memorial apresentado pela Anatel, em sua defesa neste processo:

(…)

(…) A **Resolução 629, de 16/12/2013**, do Conselho Diretor da Anatel, que aprovou o RTAC, resultou de um **amplo e transparente processo de construção normativa**, submetido previamente à **consulta pública com elevada participação social e institucional**. **Não há vício de legalidade** nesses dispositivos - do contrário a determinação deveria ser de nulidade, e não de motivação *ex post* - **nem falhas de mérito** que poderiam suscitar sua futura revogação.

(…)

Assim, não se entende cabível a determinação proposta no item 712 do Relatório, seja por ausência de fundamentação legal, seja por uma **avaliação equivocada** ao se **contrastar os compromissos adicionais com as multas** que compõem o Valor de Referência.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Outrossim, não há fundamentação legal para a determinação proposta no item 720, que requer da Anatel a apresentação de justificativa para um suposto desconto dado à TELEFÔNICA na composição dos compromissos adicionais. **Não se negociou desconto algum no valor desses investimentos**. Seu valor mínimo é estabelecido explicitamente nos arts. 19 e 20 do RTAC e **sobre este valor não poderia haver qualquer redução**. Negociou-se um conjunto de localidades em que o VPL total supera esse valor mínimo. **Toda motivação necessária** para fundamentar o que foi acordado está **relatada nas Análises 108/2016/SEI/IF e 68/2017/SEI/IF**.

(…)

(…)

4.182. No mesmo sentido da exposição acima, a **Anatel procurou o melhor caminho** - o mais conveniente e oportuno - para **harmonizar os interesses público e privado**, para que o TAC fosse celebrado e, consequentemente, gerasse resultados benéficos à Administração. Esses resultados seriam os ajustes de conduta, projetos estruturantes, projetos adicionais, novas ferramentas de controle e fiscalização, liberação de recursos financeiros e de pessoal que atualmente estão alocados em instrução de Pados, dentre outros.

4.183. Desta forma, tendo em vista a **ausência de política pública que destaque quais projetos são prioritários**, de forma a **guiar a aplicação diferenciada dos percentuais permitidos no RTAC**, vislumbrou-se que, **os 'descontos' mínimos permitidos e definidos no RTAC já atingiriam o objetivo perseguido**, qual seja, **investimento além dos ajustamentos das condutas em prol do interesse público**. Ou seja, além de estarem aderente ao regulamento e não confrontar nenhum ordenamento de política pública, usar como referência o mínimo estipulado na regulamentação permitira adicionalmente, (i) **atrair muito mais a Telefônica**, uma vez que, ao **apertar nesses percentuais** o montante dos investimentos do TAC **poderiam desestimular a empresa a seguir diante**, e (ii) a **concretização efetiva do TAC**. Ressalta-se assim que, ao mesmo tempo, o interesse público seria atendido com todos os projetos que a prestadora será obrigada a executar, projetos esses com VPL negativo.

4.184. Se **à primeira vista**, pode **parecer que a Administração será prejudicada** por aplicar o percentual mínimo do Valor de Referência para os compromissos adicionais, **à segunda vista**, deve-se atentar que **haverá muitos ganhos, considerando a soma dos projetos a serem feitos**, espalhados por todo o Brasil. Lembrando ainda que o valor considerado ao final dos projetos dos compromissos adicionais são analisados em relação ao VPL, e não dos investimentos (Capex). (grifos diferentes do original)

263. Nota-se que a argumentação da Anatel, em especial no parágrafo 4.183, é contraditória e incoerente. Embora a Agência alegue que concedeu os descontos mínimos previstos no RTAC, na verdade concedeu os descontos máximos, uma vez que exigiu que o VPL da Telefônica fosse o valor mínimo previsto expressamente no regulamento.

264. Como esclarecido anteriormente na tabela 1, o RTAC não traz os percentuais de desconto expressamente, mas estabelece quais devem ser os valores mínimos de investimentos exigidos, seja por intermédio de VPL quando forem projetos, seja pelo valor total dos compromissos adicionais quando foram benefícios direitos aos usuários.

265. Desta forma, quanto mais distante da exigência de 100% do valor, maior será o percentual de desconto concedido, afinal, na ausência de desconto, a prestadora teria que apresentar projetos de compromissos adicionais com VPL igual a 100% do VR. No caso da Telefônica, como já foi dito, a Anatel exigiu 80% dos valores de multas aplicadas e 40% do valor de multas estimadas. Logo, os descontos concedidos foram de 20% e 60%, respectivamente.

266. Ainda que se considere que a Agência, ao falar em aplicar 'os 'descontos' mínimos' no parágrafo 4.183, estava na realidade se referindo a aplicação dos descontos máximos, como de fato o fez no caso da Telefônica, tal argumentação carece de lógica. Se os valores mínimos de VPL e compromissos adicionais previstos no RTAC fossem considerados suficientes para garantir o atendimento ao interesse público em todos os TACs, não haveria necessidade de ter incluído a expressão 'no mínimo' no texto do regulamento. Inclusive, esse foi o entendimento do Ministro

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Relator Bruno Dantas, manifestado em seu voto no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário (peça 166, p. 74-75):

'635. De retorno à apreciação dos argumentos trazidos em memorial (peça 147, p. 236-247), verifico que a **Anatel não trouxe aos autos a motivação e os critérios utilizados para fundamentar os descontos dados** com fulcro no art. 19 do regulamento.

636. A adoção dos pisos de 80% e 40%, conforme a situação de cada Pado, **corresponde, por lógica, à concessão de descontos de até 20% e de até 60%**, respectivamente. Trata-se de **discricionariedade** conferida pela norma ao gestor, que deverá avaliar o caso concreto para **decidir, sempre motivadamente, acerca do nível de desconto oferecido**.

637. Se a exegese da norma fosse a defendida pela Anatel, a **expressão 'no mínimo' seria dispensável na norma**, bastando que todos os compromissos correspondessem exatamente aos patamares de 80% e 40%, respectivamente, de forma indiscriminada. Como é sabido, **a lei não contém palavras inúteis**. Se a discricionariedade é **conferida para arbitrar valor no intervalo de 80 a 100% e de 40% a 100%,** conforme o caso, **esses atos discricionários devem ser motivados.**

(...)

639. Ressalto que **não estou a questionar o fato de a norma conceder descontos** para evitar os custos de carregamento dos Pados de acordo com a fase em que se encontram, **mas sim a ausência de motivação com relação a decisões discricionárias** que resultem **em concessão de abatimentos nos valores a serem investidos pelas celebrantes de TAC**, com claro impacto sobre os benefícios potenciais do ajuste, em especial os compromissos adicionais.' (sem grifos no original)

267. A Procuradoria junto à Anatel também já tinha alertado quanto essa necessidade de motivação dos descontos concedidos em várias ocasiões, como no Parecer 72/2018, de 6/2/2018 (peça 286, p. 26-29):

'208. Importante registrar, por oportuno, que **esta Procuradoria Especializada**, por ocasião do exame que fez deste TAC **anteriormente à sua apreciação pelo Conselho Diretor** da Agência, **já havia detectado a necessidade de a Anatel justificar o desconto concedido**, decorrente da proporção entre valores estimados para os compromissos adicionais e as multas substituídas pelo TAC. Ressaltou este órgão de consultoria jurídica, naquela ocasião, que, **como o Regulamento do TAC traçou percentuais máximos de descontos**, caberia à **Agência justificar a sua discricionariedade**, à luz dos critérios do art. 15 do RTAC, **em especial a capacidade do TAC de desestimular o cometimento de novas infrações**. (...)

(...)

209. Tendo em vista todas essas considerações, que também se aplicam in totum ao projeto de compromissos adicionais atualmente discutido para o TAC da Telefônica (implantação de rede FTTH em 105 municípios, com aumento de capacidade de backbone e acesso à internet banda larga fixa em alta velocidade), entende esta Procuradoria, na esteira da determinação do Plenário do Tribunal de Contas da União, quanto à necessidade de **fundamentar a concessão de descontos máximos** previstos no art. 19 do RTAC, que a **questão ainda carece de motivação**.

210. **A mera afirmação** de que os **percentuais mínimos** de correspondência entre os compromissos adicionais e as multas substituídas pelo TAC **já atingiriam o objetivo de obter investimentos além do ajustamento de condutas, não parece suficiente** para demonstrar (i) que a **proposta de compromissos adicionais concretamente apresentada atende o interesse público** da forma mais próxima possível da ideal imaginada pela Agência (e que, portanto, **mereceria a concessão de descontos máximos** prevista no RTAC); (ii) que há uma necessária **proporcionalidade dos compromissos adicionais estipulados em relação às infrações cometidas**; e (iii) que se estaria **incentivando o cumprimento das regulamentações** por parte de **todo o setor regulado**.

211. Não se pode olvidar que todos os PADOs relacionados no TAC serão arquivados, que o valor

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

das multas passará a integrar, por meio da execução dos compromissos adicionais**, infraestrutura de propriedade da compromissária** e que, durante a vigência do TAC, ela gozará de espécie de **feriado regulatório**, tendo suas **condutas apuradas exclusivamente à luz das condições definidas no Termo**, e não à luz da regulamentação vigente, nos termos do art. 24 do RTAC.

212. Pelo contrário, o **raciocínio mais adequado ao Regulamento** seria avaliar, no caso concreto, à luz do art. 15, a **proporcionalidade entre a gravidade das infrações** cujas multas seriam substituídas no TAC **e a relevância dos compromissos adicionais propostos**, de modo a justificar que, nos intervalos previstos nos arts. 19 e 20, a escolha do caso concreto é uma escolha adequada.' (sem grifos no original)

268. Além disso, todo o histórico de tramitação do RTAC comprova que as discussões em todas as instâncias internas da Anatel sempre consideraram esses valores como patamares de desconto que seriam concedidos, ou não, em maior ou menor grau em cada caso concreto.

269. Adicionalmente, o fato de serem realizados, no âmbito do TAC, investimentos adicionais aos devidos para corrigir as condutas irregulares das prestadoras é consequência de previsão expressa no regulamento de TACs da Anatel, e não da oferta de descontos para alcançar os valores mínimos de VPL. Dito de outra forma, para celebrar um TAC com a Agência, a Telefônica teria que apresentar projetos de investimentos deficitários e que visassem o interesse público, independentemente do nível de descontos que a Anatel concedesse, já que o art. 18 do RTAC exige a realização de compromissos adicionais em todos os TACs firmados.

270. A alegação de que a Telefônica poderia recusar firmar o TAC se a Anatel não tivesse concedido o desconto máximo também carece de fundamentação, uma vez que não há nenhuma evidência demonstrando que a prestadora exigiu isso, nem que a Agência tenha oferecido um percentual menor de desconto e recebido uma negativa da empresa, nem ainda que tenha havido efetiva negociação quanto a estes percentuais de desconto. E ainda que, por hipótese, a negociação chegasse a tal ponto, não haveria obrigatoriedade da Anatel conceder um percentual de desconto acima do que entendesse estar alinhado com o interesse público, uma vez que este deve preponderar mesmo em um instrumento negocial como o TAC.

271. Aliás, como exposto na instrução de mérito anterior, em todos os demais TACs em andamento a Anatel concedeu o desconto máximo para o cálculo do VPL dos compromissos adicionais (peça 139, p. 76).

272. Dessa forma, verifica-se que, em que pese a Agência ter encaminhado ao TCU documento tratando sobre a determinação 9.4.9 do referido acórdão de 2017, não foi apresentada nem a motivação nem os critérios para a concessão dos descontos máximos no TAC da Telefônica. Tendo em vista que esse termo foi rejeitado pelo Conselho Diretor, houve perda de objeto quanto a essa determinação.

273. Ainda, no acórdão de 2017, o item 9.13 deu ciência à Agência sobre seu dever legal de motivar seus atos administrativos, incluindo os que concedem descontos nos TACs aprovados pela Anatel.

274. Por essas razões, entende-se não ser necessário proferir outra deliberação acerca do tema.

VII. Fragilidade e possível desequilíbrio no processo de distribuição do Valor de Referência nos compromissos do TAC

275. Conforme previsto nos arts. 13 e 14 do RTAC, o atraso e o descumprimento dos itens do cronograma do TAC, sejam compromissos adicionais, sejam ações para correção da conduta, implicam a aplicação de multas por parte da Anatel. Essas sanções são definidas como percentuais do valor de referência (VR) do TAC, o qual, por sua vez, corresponde à soma das multas aplicadas e estimadas que foram incluídas no TAC.

276. Desta forma, é fundamental que tais percentuais e valores de multas não sejam tão diminutos a ponto de que seja mais vantajoso economicamente para a prestadora descumprir o item do TAC do que realizar os investimentos necessários para atender integralmente a este item.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

277. Conforme o item 9.5.7 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, foi realizada oitiva à Anatel para que esclarecesse sobre eventuais mecanismos para garantir que o VR de cada item dos compromissos do TAC (ajustamento de conduta e compromissos adicionais) efetivamente fosse proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público no TAC e correspondesse ao real ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) fosse suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento.

278. Esse questionamento foi motivado pela verificação de indícios de que não estaria ocorrendo essa necessária proporcionalidade no caso concreto do TAC da Telefônica, podendo gerar incentivos indevidos para a prestadora descumprir os itens e ainda auferir benefícios econômicos.

279. Também se faz mister registrar que a oitiva do item 9.5.7 foi incluída a partir dos debates ocorridos em Plenário, por sugestão do Ministro José Múcio, como revela o voto do Ministro Relator Bruno Dantas (peça 166, p. 83):

‘716. Por fim, **durante a sessão** o eminente **Ministro José Múcio Monteiro** demonstrou preocupação acerca de alguns pontos discutidos, tendo **sugerido o acréscimo das oitivas contidas** nos itens 9.5.4 e **9.5.7 do acórdão**. Porquanto eu ainda tenha dúvidas a respeito da amplitude da interferência que o TCU possa vir a ter sobre essa matéria, reputo que a **medida processual** alvitrada terá o **condão de dirimir dúvidas** e permitir **firmar melhor convicção** sobre o ponto’. (sem grifos no original)

280. Em sua resposta, a Anatel afirmou que, desde o início das negociações (peça 263, p. 6):

'3.9.2. No que tange aos **compromissos de cessação de conduta**, a proporcionalidade do percentual alocado ao item do cronograma decorre do **sopesamento objetivo, por parte da Agência**, de que projetos que apresentem **maior escopo, abrangência, relação como criação e manutenção de infraestrutura de comunicações**, e que mais possam vir a **contribuir com o ajuste de condutas consideradas centrais**, irão merecer uma **maior parcela do valor de referência** distribuído como valor de multa pelo descumprimento dos itens correspondentes.’ (sem grifos no original)

281. A Agência reconhece que o Conselheiro Relator e o Conselho Diretor, ao apreciarem o TAC da Telefônica, alteraram essa distribuição de percentuais de multas, mas sustenta que ‘permaneceu, em sua essência, a mesma premissa definida pela área técnica: a inafastabilidade de priorização em ações de infraestrutura, considerando o maior impacto para usuários e para os serviços’ (peça 253, p. 9).

282. Embora seja mais específica, a recomendação 9.6.2 do referido acórdão também abordava esse aspecto, do ponto de vista de todos os TACs firmados pela Agência, ao preconizar que fosse solicitado o plano de investimento dos compromissos de ajustamento da conduta e que fosse utilizado tanto para definir percentuais de VR quanto para fiscalizar o cumprimento do TAC.

283. Com respeito a esse caso geral, sobre a proporcionalidade entre os recursos necessários para cumprir um item e sua respectiva multa sancionatória, a Anatel defende que utilizar somente esse critério para definir os percentuais não seria a ‘melhor ferramenta para o atingimento’ do efetivo ajuste das condutas (peça 188, p. 15).

284. Na visão da Agência, como o objetivo final é que a conduta seja corrigida, não importa o quanto será dispendido pela prestadora, porque o descumprimento sempre geraria um valor de sanção superior ao percentual do VR, uma vez que, além desse montante, a empresa seria obrigada a pagar as multas diárias que podem ser de até duas vezes o percentual do VR (peça 188, p. 14-15). Assim, a Anatel afirmou que não atenderia a essa recomendação 9.6.2 do TCU.

285. Todavia, esse raciocínio não se aplica a qualquer situação, pois é possível que, em tese, existam itens dos compromissos de ajustamento de condutas que correspondem a um valor de investimento superior ao triplo do percentual do VR atribuído pela Agência. A recomendação de que fossem analisados os projetos de investimentos previstos visava justamente evitar esse risco, ao

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

quantificar, ainda que em grandes números, o montante que a prestadora pretende investir para atender cada item do cronograma do TAC. Além disso, em nenhum momento afastou-se a possibilidade da Agência empregar outros critérios, adicionais ao valor de investimento do item, para definir o percentual de VR.

286. Observa-se que a justificativa apresentada pela Anatel para não atender à recomendação fundamentou-se nos mesmos argumentos que já haviam sido analisados quando da prolação da referida decisão e que não haviam sido considerados suficientes para afastar a proposta de emitir essa recomendação. De acordo com o voto condutor do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas (peça 166, p. 33):

'273. É uma matemática simples de custo-benefício. **Sem saber o investimento necessário** da operadora para tal correção, **não há como se afirmar, categoricamente**, que **três vezes o valor correspondente do VR seja** maior ou menor que o investimento exigido para ajuste de conduta, isto é, **suficiente ou insuficiente para estimular o cumprimento da obrigação correspondente**.

274. De outra banda, o RTAC não trata a questão nesses termos. Limitando-se a prever o sancionamento proporcional ao item de compromisso. Em que pese tal situação, **pode ser interessante que haja tal controle, de forma a aprimorar a sistemática atual**.

275. Por reconhecer que tal avaliação pode exigir **estudos mais aprofundados até mesmo sobre eventuais vantagens adicionais e desvantagens do modelo sugerido** (custo-benefício desta nova forma de controle), envolvendo inclusive decisões discricionárias da Agência, opto por expedir recomendação (…).' (sem grifos no original)

287. Assim, vislumbra-se que a oitiva 9.5.7, que questionava acerca dos mecanismos existentes, não foi adequadamente respondida pela Anatel. Por sua vez, o não atendimento da recomendação 9.6.2, que sugeria um dos caminhos possíveis para estabelecer esses mecanismos, também não foi devidamente justificado. Com isso, fica demonstrado que o risco que motivou a prolação da recomendação de fato estava concretizado no caso concreto do TAC da Telefônica e pode voltar a se repetir em futuros TAC. Além disso, os indícios de irregularidade que motivaram a proposta de oitiva não foram elididos pela resposta da Anatel.

288. Registre-se que, com relação aos compromissos adicionais do TAC da Telefônica, também foram determinadas, pelo item 9.4.3 do mencionado acórdão, alterações no percentual do VR dedicado a esses investimentos, de maneira que a soma das multas de atraso e de descumprimento seja superior ao total dos recursos necessários para a prestadora realizá-los.

289. A Agência realizou as modificações visando atender à determinação do Tribunal (peça 282, p. 11; 263, p. 6). Contudo, fez essa comparação de forma global, e não individualizando por cada munícipio que seria atendido no âmbito do projeto de FTTH, como foi recomendado pela PFE-Anatel (peça 286, p. 10), não elidindo integralmente o risco de que algumas cidades não fossem efetivamente atendidas por conta de um custo superior ao valor das sanções.

290. Deste modo, entende-se necessário propor determinação para que a Anatel estabeleça mecanismos para evitar que as irregularidades apontadas na oitiva se repitam em futuros TACs, preservando incólume a discricionariedade da Agência em definir como serão e de que forma serão implementados esses mecanismos, uma vez que a recomendação proferida no acórdão anterior representa tão somente uma das maneiras possíveis de se atingir esse objetivo.

291. Nesse sentido, propõe-se que seja determinado à Anatel que estabeleça mecanismos para garantir que o valor de referência de cada item das metas de ajustamento de conduta dos TACs seja proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público nos TACs e ao ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento, em atenção aos princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) e nos arts 19 e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como as finalidades dos arts. 3º, 15, incisos III e IV, 16, 17 e 18 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

VIII. Riscos no processo de certificação, ou não, do cumprimento do TAC e na execução judicial do termo em casos de não cumprimento

292. Em seu parecer acerca do presente processo (peça 156, p. 14-16), o MPTCU questionou, ente outros pontos, a previsão de que a Anatel constituirá um processo administrativo para apurar o nível de descumprimento do TAC, com a emissão de um certificado, previamente a sua execução judicial. Na avaliação do *parquet*, tal conduta poderia macular os atributos fundamentais que caracterizam o TAC como título executivo extrajudicial, uma vez que um instrumento como o TAC não deveria estar condicionado 'a qualquer provimento posterior, salvo os meramente declaratórios' (peça 156, p. 15).

293. De acordo com o item 9.5.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, foi realizada oitiva para a Anatel visando esclarecer sobre essa possibilidade de prejuízo às características fundamentais do TAC, quais sejam, certeza, liquidez e exigibilidade, previstas no art. 786 do Código de Processo Civil (CPC), Lei 13.105/2015, em razão da previsão de processo apuratório com vistas à emissão de certificado de descumprimento nos termos dos arts. 27 e 31 do RTAC.

294. A Agência apresentou parecer emitido pela PFE-Anatel acerca do tema especificamente para responder ao acórdão do Tribunal, no qual a Procuradoria afirma que (peça 287, p. 5-6):

'24. Nesse ponto, vale salientar que a **decisão do Conselho Diretor** será exercida no uso de sua **competência vinculada**, de modo que **apenas emitirá certificado de cumprimento se todas as obrigações previstas no TAC tiverem sido adimplidas**, e a compromissária tiver **quitado todos os valores devidos a título de multa** diária e de multa por descumprimento de item do cronograma, caso existentes.

(…)

26. Saliente-se que a **característica de título executivo extrajudicial é inerente ao TAC**, o que **não impede que a verificação de seu inadimplemento** se dê **após o término do seu prazo** de vigência e em momento **anterior a eventual ajuizamento de ação de execução fiscal**. Essa verificação é relevante para identificar **em que proporção o TAC restou descumprido**, de modo que o valor atribuído na execução fiscal seja proporcional ao descumprimento pela compromissária, uma vez que seria temerário, por parte da Anatel, a execução direta do valor integral de TAC, quando o descumprimento for inferior a 50% das obrigações do TAC.

(…)

29. Por outro lado, é dever do órgão público garantir à compromissária a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso, inclusive, **pode evitar futuras discussões sobre o inadimplemento das obrigações do TAC em eventual execução fiscal** a ser ajuizada pela Agência. Seria temerário permitir que a discussão sobre o cumprimento ou não dos compromissos firmados no TAC fosse **transferida diretamente para a esfera judicial**, com a necessidade de **dilação probatória** nessa seara, se a própria Agência tem estrutura e expertise para fiscalização das obrigações assumidas. Vale dizer: a análise técnica dos argumentos da compromitente na seara administrativa, conforme previsto no RTAC, é de extrema relevância para o **convencimento do Judiciário** acerca das obrigações que foram descumpridas e do nível de descumprimento de cada uma delas, traduzindo, inclusive, em escolha de estratégia processual no trato do assunto. Sem a análise técnica da Anatel, a oposição de embargos pelo devedor tende a levar o Juízo a determinar a **realização de diversas perícias judiciais** para apurar o nível de descumprimento de cada obrigação do TAC, o que **prejudicaria sobremaneira a efetividade** do Termo de Compromisso.

(…)

33. Nesse ponto, é importante salientar que o **próprio Ministério Público**, quando celebra TAC com multiplicidade de objetos, realiza, em diversas ocasiões**, procedimento prévio ao ajuizamento de ação** com a finalidade de apurar o quantum do acordo celebrado foi descumprido e a correspondente multa a ser cobrada. Em diversos casos em que o **órgão ministerial deixou de**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

apurar quais compromissos foram inadimplidos e de liquidar o correspondente valor devido a título de multa, o **Poder Judiciário julgou pela extinção do processo**, o que demonstra o risco processual dessa opção de conduta.' (sem grifos no original)

295. Em complementação, a área técnica da Anatel ressaltou que também não identificou na previsão de processo de apuração do descumprimento do TAC nenhuma violação ao art. 786 do CPC (peça 263, p. 6). Ainda informou que criou procedimento específico, distinto dos processos sancionatórios tradicionais da Agência (PADOs), com o intuito de garantir maior celeridade para realizar essa apuração, defendendo, inclusive, que essa decisão do Conselho Diretor seja irrecorrível (peça 264, p. p. 37; 282, p. 54).

296. De fato, frente ao exposto, entende-se que a existência de processo administrativo, posterior ao término da vigência do TAC, destinado a apurar e a certificar seu grau de descumprimento não afronta ao art. 786 do CPC, isto é, não prejudica a certeza, a liquidez e a exigibilidade do TAC enquanto título executivo extrajudicial.

297. Quanto ao rito diferenciado para os processos de apuração, em que pese ser salutar que possua fases e prazos mais céleres em comparação com os tradicionais PADOs, permanece o risco de que esses processos tenham uma duração excessiva, extrapolando os prazos previstos, assim como tem ocorrido historicamente com os processos sancionatórios da Anatel (peça 139, p. 78-81).

298. Tal situação afastaria a efetividade do TAC ao permitir que 'a empresa eternize a discussão administrativa sobre descumprimento', nas palavras do Procurador do Ministério Público Federal (MPF) Alexandre Gavronski, conforme contribuição encaminhada à consulta pública da elaboração do RTAC (peça 107, p. 3).

299. Nesse sentido, entende-se necessário propor recomendar à Anatel que estabeleça mecanismos que efetivamente mitiguem os riscos de que o processo administrativo de apuração do descumprimento dos TACs não tenha celeridade, com vistas a garantir a efetividade das sanções do TAC em caso de descumprimento.

IX. Avaliação das oitivas restantes e monitoramento das demais deliberações do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário

300. O Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, emitiu treze determinações, sete itens de oitiva e seis recomendações à Anatel, sendo que o prazo para cumprimento das determinações e para resposta às oitivas foi prorrogado em 180 dias e 45 dias, respectivamente, a pedido da Agência, pelo Acórdão 2.720/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

301. Tendo em vista a já mencionada rejeição do TAC da Telefônica pelo Conselho Diretor da Agência, cinco dessas deliberações perderam o objeto, porém as outras permanecem exigíveis, uma vez que este processo trata de aspectos aplicáveis a todos os TACs em tramitação e a serem iniciados futuramente pela Anatel.

302. Algumas deliberações foram analisadas ao longo da instrução. Não obstante, na presente seção todas as determinações e recomendações do acórdão de 2017 são avaliadas individualmente, juntamente com as duas oitivas que ainda não foram comentadas.

303. No que tange às oitivas, a Agência respondeu todas tempestivamente, ainda que as informações enviadas não tenham sido suficientes para elidir os indícios de irregularidades apontados. Suas respostas referentes aos itens 9.5.2, 9.5.4, 9.5.5, 9.5.6 e 9.5.7 já foram avaliadas nas seções que tratavam dessas temáticas na presente instrução.

304. Quanto ao item 9.5.1, que tratava da aplicação do ato no TAC da Telefônica, a Anatel informou que o fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, previsto no Ato-Anatel 50.004/2016, foi empregado no cálculo do montante dos compromissos adicionais previsto para o TAC da Telefônica. Conforme estabelecido pelo §2º, do art. 2º, do Ato-Anatel 50.004/2016, 'a escolha de qualquer outro projeto não previsto no rol de projetos estratégicos deveria receber o fator multiplicador 1', o que, de fato, ocorreu, uma vez que o projeto de FTTH da prestadora não se enquadrava no mencionado rol. A Agência ainda

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

acrescenta que isso 'corresponde matematicamente à não atribuição de peso, dado que o cálculo realizado não sofreu qualquer impacto (multiplicação por '1')' (peça 188, p. 2).

305. Em face da rejeição do TAC da Telefônica e das considerações tecidas em seção específica sobre esse ato normativo da Anatel, não se vislumbra necessária qualquer proposição ou encaminhamento acerca dessa afirmação.

306. Com relação ao item 9.5.3, a Anatel esclareceu que a 'leitura do art. 26, II, [do RTAC] demonstra que ele determina um 'mínimo' de duas vezes o valor correspondente ao item de cronograma'. Assim, 'o limite aqui estabelecido é o limite mínimo para o sancionamento, e não o seu máximo', o que é corroborado pelo fato de que, no TAC da Telefônica, foi definido para o projeto estruturante relativo à faixa de 900 MHz 'valor total de multa diária potencial por mora ao compromisso 3 (três) vezes maior que seu percentual do Valor de Referência, para o caso de descumprimento total do compromisso' (peça 188, p. 10).

307. Novamente, entende-se não ser necessária atuação ou manifestação do Tribunal quanto a esse ponto.

IX.1. Determinações do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário

308. Com relação ao item 9.4.1, que determinava prévia análise de admissibilidade de cada Pado, a Anatel afirmou que, no TAC da Telefônica, essa 'abordagem sempre é adotada, individualmente para cada Pado, e continuará sendo, em todas as avaliações de admissibilidade' (peça 282, p. 6-8). De acordo com tabela apresentada pela Agência, 'em todos os processos admitidos, foi elaborado Informe individual com análise de admissibilidade, estimativa de valores e, quando aplicável, inserção de certidões para registro das atividades realizadas' (peças 282, p. 8; 264, p. 7-8).

309. Tendo em vista a rejeição do TAC da Telefônica pelo Conselho Diretor, houve perda de objeto no cumprimento dessa deliberação para esse instrumento. Contudo, a determinação foi direcionada a todo e qualquer TAC que a Anatel aprovar, razão pela qual propõe-se considerar a determinação 9.4.1 como pendente de cumprimento, por abranger todos os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) a serem assinados pela Agência, estejam em tramitação ou que venham a iniciar tramitação futuramente.

310. O item 9.4.2 determinou o estabelecimento de pontos de controle periódicos dos TACs, mediante metas intermediárias para os indicadores e/ou índices utilizados para mensurar o Índice Geral da Qualidade (IGQ), com a previsão de aplicação de sanções por descumprimentos das metas parciais. A Agência informou que essas metas foram pactuadas com a prestadora e as respectivas sanções foram incluídas no texto do TAC. As metas consolidadas para o IGQ passaram a ser anuais e definiu-se uma fórmula para a aplicação de sanções que considera a quantidade de indicadores com retrocesso no período avaliativo (peças 282, p. 8-10; 264, p. 9-10).

311. Com a rejeição do TAC pela Agência, é desnecessário analisar se houve ou não cumprimento, porque ocorreu perda de objeto, mas a determinação 9.4.2 também permanece pendente de cumprimento para todos os TACs em tramitação ou que venham a iniciar futuramente.

312. O mesmo ocorreu com a determinação 9.4.3, que exigia que a soma das sanções aplicáveis em caso de descumprimento de cada compromisso adicional fosse superior ao montante de investimentos previstos para atender àquele item. A Anatel informou que procedeu alterações na distribuição do valor de referência do TAC da Telefônica, de forma a garantir o cumprimento dessa deliberação do Tribunal (peças 282, p. 11-12; 264, p. 10-13).

313. Nos valores de abril de 2018, o total de investimentos previstos nos compromissos adicionais era de R$ 3,31 bilhões e o valor máximo de multas totalizava R$ 3,35 bilhões (peça 264, p. 11). A Agência também ajustou esse cálculo para cada município previsto no TAC, conforme orientação da PFE junto à Anatel (peça 264, p. 11-13).

314. Contudo, após a rejeição do TAC, cabe propor considerar essa determinação 9.4.3 como pendente de cumprimento para todos os outros futuros TACs a serem firmados pela Agência, uma vez que houve perda de objeto com relação ao TAC da Telefônica.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

315. A deliberação 9.4.4 determinou que, em cada minuta de TAC a ser aprovada pelo Conselho Diretor, estivessem estabelecidas todas as condições iniciais necessárias para o acompanhamento dos compromissos previstos e para garantir a segurança jurídica do TAC, contendo no mínimo o exposto nos subitens 9.4.4.1 a 9.4.4.3.

316. No caso do TAC da Telefônica, que era o único termo aprovado pelo Conselho Diretor da Agência que ainda estava em tramitação, a Anatel informou que adotou as medidas suficientes para cumprir essa determinação. Foi feito levantamento de todos os processos incluídos no TAC e foi apurado o valor total devido de R$ 656,90, ou seja, pouco mais de seiscentos reais, a título de pagamento dos 10% das multas aplicadas nos processos admitidos no TAC após o prazo de carência inicial, conforme arts. 5º, § 2º, e 38, IV, do RTAC (peças 282, p. 12-13; 264, p. 14).

317. Até 15/12/2017, foram admitidos 255 processos, sendo 59% com multas estimadas e 41% com multas aplicadas, 'totalizando 1.507 infrações dos diversos temas Universalização e Ampliação de Acesso, Qualidade, Interrupções, Direitos e Garantias dos Usuários e Fiscalização' (peça 282, p. 14).

318. A Anatel também requisitou que a Telefônica encaminhasse informações sobre o estado inicial de todos os projetos e os compromissos incluídos no TAC, além de ter realizado diversas fiscalizações in loco para averiguar essas informações. A Agência constatou que alguns dos projetos já tinham sido iniciados e/ou estavam em estágio mais avançado do que havia sido declarado pela prestadora inicialmente, o que resultou na alteração das respectivas metas e compromissos no âmbito do TAC (peças 282, p. 14-21; 264, p. 18-19). Registre-se que a Anatel teve dificuldades para obter algumas dessas informações devido à demora no envio das respostas adequadas por parte da Telefônica (peça 282, p. 15-17).

319. Ainda em atendimento à determinação 9.4.4, a Agência descreveu a sistemática de acompanhamento e controle do TAC prevista no manual de fiscalização elaborado para o termo da Telefônica e informou que estavam em andamento as tratativas para o desenvolvimento do sistema que possibilitaria esse acompanhamento (peça 282, p. 22-28).

320. Apesar da rejeição do TAC da Telefônica ter implicado na perda de objeto dessa determinação, tal deliberação continua aplicável para os futuros TACs a serem aprovados pela Agência.

321. O item 9.4.5 exigia que fossem vedadas alterações unilaterais por parte da prestadora quanto ao objeto do ajustamento de conduta e dos compromissos adicionais. A Anatel alterou a cláusula do TAC que motivou essa determinação, estabelecendo expressamente que quaisquer modificações de municípios desejadas pela Telefônica teriam que ser analisadas e aprovadas pela Agência (peça 282, p. 28-29; 264, p. 19).

322. Novamente, verifica-se a ocorrência de perda de objeto no TAC da Telefônica, porém a determinação subsiste para os demais TACs da Anatel.

323. A determinação 9.4.6 abrangia somente aos compromissos adicionais e dispunha que não fossem admitidos projetos que já estivessem em andamento ou concluídos. Como dito anteriormente, a Agência realizou fiscalizações e solicitou informações da prestadora de forma a levantar subsídios para cumprir as deliberações do TCU (peça 282, p. 29).

324. Em resposta à Anatel, a Telefônica revelou que sete municípios se enquadravam nessas situações: Avaré (SP), Hortolândia (SP), Cosmópolis (SP), Campo Limpo Paulista (SP), Guarapari (ES) e Petrolina (BA). Por isso, propôs que fossem substituídos por Barreiras (BA), Catalão (GO), Imperatriz (MA), Manaus (AM), Marabá (PA), Primavera do Leste (MT) e Rio Branco (AC), tendo a Anatel concordado (peça 282, p. 29-30).

325. Adicionalmente, a Agência ainda incluiu expressamente no texto do TAC a vedação estabelecida pelo item 9.4.6 (peça 282, p. 31).

326. Assim, houve perda de objeto no que se refere ao TAC da Telefônica, porém a determinação permanece exigível em futuros TACs da Agência.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

327. O item 9.4.7 determinou que, em trinta dias, a Anatel realizasse, em todos os TAC já aprovados pelo Conselho Diretor, todos os ajustes determinados pelo Tribunal nesse acórdão. A solicitação da Agência para a prorrogação do prazo por 180 dias foi deferida pelo Acórdão 2.720/2017-TCU-Plenário.

328. Na época da determinação, em 27/9/2017, somente os TACs da Oi e da Telefônica haviam sido aprovados pela Agência. Contudo, ambos os termos foram rejeitados pela Anatel em 23/10/2017 e 25/4/2018, respectivamente. Assim, houve integral perda de objeto quanto a essa determinação, em que pese a Agência ter envidado esforços na tentativa de cumpri-la tempestivamente (peça 282, p. 31).

329. A deliberação 9.4.8 determinava que a Anatel apresentasse quais medidas adotaria para garantir que que os projetos executivos relativos aos compromissos em cada munícipio, e consequentemente sua execução, fossem representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para cálculo do VPL.

330. A Agência desenvolveu metodologia específica (peças 264, p. 20-29; 282, p. 31-35), que teve suas fragilidades e inconformidades analisadas e apontadas nas seções II e III da presente instrução.

331. Tendo em vista que a determinação foi exarada especificamente para o caso concreto do TAC da Telefônica, houve integral perda de objeto. Não obstante, na presente instrução foram propostas determinações e ciências visando evitar que as irregularidades e as fragilidades que motivaram a deliberação 9.4.8 se repitam em futuros TACs ou mesmo em outros instrumentos de troca de recursos públicos por investimentos privados.

332. O item 9.4.9 requisitava justificativas acerca dos descontos concedidos pela Anatel, porém também era específico para o TAC da Telefônica e sofreu perda de objeto. Todavia, pela sua relevância e potencial de impacto em futuros TACs, esse tema foi analisado na seção VI da presente instrução, não tendo motivado proposta de deliberação porque já havia sido exarada ciência por intermédio do item 9.13 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

333. As determinações 9.4.10 e 9.4.11 estabeleciam que:

9.4. **determinar à Anatel**, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, com relação a todos os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) a serem assinados pela Agência, inclusive os já aprovados pelo Conselho Diretor, que:

(…)

9.4.10. **abstenha-se de liberar as garantias relativas ao Editais de Licitação** 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, 1/2007-SPV-Anatel, 2/2012/SPV-Anatel e outros cujas obrigações eventualmente venham a ser **transacionadas no âmbito de TAC**, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, **até a comprovação do efetivo adimplemento** do compromisso original ou de nova obrigação comutada no âmbito de TAC a ser possivelmente firmado com a Telefônica Brasil S/A, **ou até nova deliberação do TCU a respeito** (seção VII.1.2 do voto condutor deste acórdão);

9.4.11. **apresente a este Tribunal** no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, as **razões de fato e de direito** que levaram à **conclusão de viabilidade de liberação da garantia prevista no Edital de Licitação** 2/2010/PVCP/SPV-Anatel ao **transacionar as obrigações correspondentes no TAC**, ao contrário da previsão de manutenção das garantias relativas aos Editais de Licitação 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel (seção VII.1.2 do voto condutor deste acórdão); (sem grifos no original)

334. Cabe relembrar as razões que fundamentaram essas determinações. Em seu Voto, o Ministro Relator Bruno Dantas afirmou (peça 166, p. 57-58):

485. Por outro lado, embora considere válida a preocupação da Agência em **transacionar as obrigações não cumpridas decorrentes do mencionado edital** por solução que melhor satisfaça o interesse público, **me parece, à luz dos elementos até então constante dos autos, que ela se**

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

choca com disposições do edital e do termo de autorização.

(…)

494. Vale ressaltar que, ao contrário das sanções em apuração, **a garantia não pode ser transacionada no âmbito de TAC, por absoluta falta de previsão normativa**. Não por acaso, a sanção e a garantia são instrumentos com objetivos diversos, logo não prospera o argumento da Anatel de que majorou o VR associado ao Projeto Solução 900Mhz como forma de compensar a liberação da garantia.

(…)

497. Dessa maneira e tendo em vista o **risco que permeia toda a situação**, em especial a **potencial ofensa a regras editalícias e ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, e ainda **não ter havido decisão definitiva da Agência** a respeito, é pertinente **determinar à Anatel que se abstenha de liberar a garantias relativas ao Editais de Licitação** 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel, e outros cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC com particulares, até a comprovação do efetivo adimplemento do compromisso original ou de nova obrigação comutada no âmbito de TAC a ser possivelmente firmado com a Telefônica Brasil S/A, **ou até nova deliberação do TCU a respeito a partir das informações a serem apresentadas**.

498. Ademais, determino que a **Agência apresente ao TCU as razões de fato e de direito** que levaram à conclusão pela possível liberação da garantia prevista no Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, ao transacionar as obrigações correspondentes no TAC, ao contrário da previsão de manutenção das garantias relativas aos Editais de Licitação 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel. Com isso, a **questão poderá ser aprofundada em exame posterior**, a partir da análise apresentação não só da **motivação** para a decisão, mas também da **documentação** que a suporte. (sem grifos no original)

335. Todavia, os argumentos apresentados pela Anatel em sua resposta (peça 282, p. 38-41; 264, p. 33) repetem o que já havia sido apresentado e analisado quando da instrução anterior e da prolação do Acórdão de 2017. Em suma, a Agência defende que (peça 282, p. 38-39):

4.197. As **seguintes razões de fato e direito** levaram à conclusão de **viabilidade de liberação da garantia prevista no Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel** ao transacionar as obrigações correspondentes no TAC, ao contrário da previsão de manutenção das garantias relativas aos Editais de Licitação 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel:

4.197.1. o fato de que a **garantia está associada à subfaixa de radiofrequência** e, portanto, sua **devolução, implicaria, consequentemente, em sua liberação**.

4.197.2. o fato dos **141 municípios vinculados a tal garantia** já estarem **atendidos** com a **tecnologia prevista no edital e** também por **tecnologias superiores** à tecnologia que seria exigida com a utilização da faixa de radiofrequência em comento, objeto do Edital de Licitação 2/2010/PVCO/SPV-Anatel. Assim, **não faria sentido manter a garantia** para eventualmente ser executada em caso de descumprimento do novo compromisso para fazer-se cumprir a obrigação antiga prevista no edital;

4.197.3. a busca da Agência pela **prevalência do interesse público** com a disponibilização da **faixa de 900 MHz para a utilização onde for mais viável e útil à coletividade**, ao se trocar o atendimento à cidades já contempladas pela telefonia móvel, pelo atendimento a outras ainda não atendidas.

4.197.4. a atenção ao Regimento Interno da Anatel, em especial seu art. 37, que estabelece **adequação entre meios e fins**, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público ou estabelecida pela legislação.

4.197.5. o dever da Anatel de agir observando os **critérios da finalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade**, consoante preceitua o art. 38 da Lei Geral de Telecomunicações - LGT.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

4.197.6. a **ausência de prejuízo financeiro ao erário público** e de **preservação do *enforcement*** para o cumprimento do acordo, haja vista que o **valor das garantias seria substituído pela previsão de sanções em valores superiores**, cujo pagamento seria exigido em caso de inadimplência (a parcela do Valor de Referência destinada ao compromisso 'Solução 900 MHz' seria multiplicada por 3, de forma a preservar a possibilidade de execução de, pelo menos, o mesmo valor da garantia em caso de descumprimento), com reflexo significativo nos valores de multas diárias). (sem grifos no original)

336. Não obstante, registre-se que a Anatel também adotou providências para tentar cumprir a determinação 9.4.10 (peças 264, p. 31-32; 282, p. 37-38), desistindo da mera liberação da garantia, prevista orginalmente no TAC, e adotando uma proposta de substituição de garantia para as obrigações relacionadas com o edital de licitação, que ainda seria submetida à aprovação do Conselho Diretor antes de ser pactuada com a prestadora (peça 264, p. 33). Com a rejeição do TAC da Telefônica, a análise do cumprimento das determinações 9.4.10 e 9.4.11 ficou prejudicada por perda de objeto.

337. Entretanto, para garantir que haja segurança jurídica nos futuros TACs, persiste a necessidade do TCU manifestar-se no mérito acerca da matéria, uma vez que, como exposto no voto do Ministro Relator, a determinação 9.4.10 foi condicionada a futura deliberação do Tribunal, que deveria se fundamentar, entre outros pontos, nas novas informações que a Anatel deveria ter encaminhado em atendimento ao item 9.4.11 do acórdão.

338. Como visto, a Agência repetiu os mesmos argumentos e justificativas que foram apresentados e analisados antes da prolação do acórdão, não sendo capaz de elidir os indícios de irregularidade identificados, quais sejam, que 'a garantia não pode ser transacionada no âmbito de TAC, por absoluta falta de previsão normativa', nas palavras do Ministro Relator (peça 166, p. 58).

339. Desta forma, mantém-se o entendimento de que essa liberação de garantia configura afronta aos princípios de vinculação ao instrumento convocatório, de interesse público e de isonomia previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como configura violação das respectivas cláusulas editalícias e dos termos de autorização que preveem a execução da garantia em caso de descumprimento das obrigações assumidas.

340. Ainda se deve ressaltar o fato de existirem diversos processos abertos na Anatel para apurar o descumprimento de obrigações de editais por parte da Telefônica e de outras prestadoras, o que amplia o risco de que essa irregularidade volte a ocorrer em futuros TACs caso não haja a manifestação definitiva do TCU acerca do tema descrita no voto e no item 9.4.10 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

341. Dessa forma, entende-se adequado estender o alcance da determinação 9.4.10, evitando que tais liberações indevidas voltem a ocorrer em futuros TACs, de maneira que se propõe determinar à Anatel que se abstenha de liberar as garantias relativas aos Editais de Licitação cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC, até a comprovação do efetivo adimplemento do compromisso original ou de nova obrigação comutada no âmbito de TAC, em consonância com os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, de interesse público e de isonomia previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como com as respectivas cláusulas editalícias e com os termos de autorização.

342. A determinação 9.7 exigia que a Anatel informasse ao TCU quais medidas adotou para implementar as recomendações do acórdão, justificando caso não entendesse conveniente e oportuno atender ao recomendado pelo Tribunal.

343. Tempestivamente, a Agência encaminhou essas informações (peça 188, p. 12-19), que são discutidas ao longo da presente instrução nas seções específicas e também são detalhadas na seção seguinte. Assim, entende-se que a Anatel cumpriu esse item 9.7.

344. A deliberação 9.15.1 requeria que a Agência informasse a classificação do grau de sigilo dos documentos encaminhados ao longo do processo ao TCU. Em resposta, a Anatel afirmou que as

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

'peças 45, 102, 128 e 137' classificam-se como hipótese de sigilo comercial de acordo com o parágrafo único do art. 39 da Lei 9.742/1997, LGT (peças 180, p. 1; 261, p. 6). Assim, a determinação foi cumprida.

IX.2. Recomendações do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário

345. O item 9.6.1 recomendou à Anatel que aperfeiçoasse o RTAC, visando prever uma participação tempestiva do Conselho Diretor ao longo do processo de negociação do TAC.

346. A Agência informou que 'não se entende oportuna a revisão específica do Regulamento aprovado pela Resolução 629/2013', porque entende que a interação entre a área técnica e o Conselho Diretor deve ser objeto de uma avaliação e reorganização ampla, envolvendo todos os processos da Agência e não apenas o TAC (peça 188, p. 13-14).

347. Assim, essa recomendação não foi atendida para o RTAC, mas há sinalização de que a Anatel pretende reavaliar a forma de interação entre as instâncias da Agência em todos os seus processos de trabalho futuramente.

348. A deliberação 9.6.2 propunha que a Anatel solicitasse o plano de investimento das prestadoras nos compromissos de ajustamento de conduta, a fim de que fosse utilizado como insumo para as atividades de acompanhamento e de controle da Agência (peça 188, p. 14-15).

349. Como foi analisado na seção VII da presente instrução, a Anatel não atendeu a essa recomendação, tendo alegado que existiriam outros instrumentos mais efetivos para essa função (peça 188, p. 14-15). Contudo, tais justificativas já haviam sido apresentadas ao TCU e foram objeto de análise antes da deliberação ser exarada. Além disso, a presente instrução identificou a materialização de diversos riscos apontados na instrução anterior. Desta forma, foi proposta nova deliberação para tratar esse tema.

350. O item 9.6.3 recomendou que a Anatel realizasse um estudo, para cada TAC, avaliando o impacto dos seus compromissos adicionais no cenário atual de competição. Para o TAC da Telefônica, a Agência fez tal estudo (peça 188, p. 16), como foi discutido e criticado na seção IV da presente instrução. Tendo em vista que a recomendação foi direcionada a todos os TACs, entende-se que está pendente de cumprimento para os futuros TACs.

351. A recomendação 9.6.4 dispunha sobre o estabelecimento de sistemática de credenciamento e certificação prévia da lista de empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, compromissos e investimentos pactuados em TAC, ou, no mínimo, a definição de critérios e requisitos que deverão ser atendidos por essas empresas, de forma a reduzir risco de conflito de interesses e de ausência de capacidade técnica em prejuízo à veracidade e fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras.

352. A Anatel respondeu que não pretende estabelecer essa sistemática de credenciamento, mas que os critérios existentes 'tanto no Capítulo VIII da Minuta de TAC da Telefônica, como em seu Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF), em sua Cláusula 8.6' atenderiam à recomendação desse item 9.6.4 (peça 188, p. 16-17). Além disso, a Agência afirma que 'o preenchimento de tais requisitos não significará afastamento da atividade fiscalizatória da Agência no que se refere às informações enviadas' por essas empresas contratadas para fiscalizar os TACs (peça 188, p. 17).

353. Contudo, o MAF da Telefônica já havia sido analisado antes da prolação da referida recomendação, como atesta o parágrafo 387 da instrução anterior (peça 139, p. 63), transcrito no Relatório (peça 167, p. 60) do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas. Isso significa que os critérios e requisitos inseridos pela Anatel nesse manual foram considerados insuficientes para afastar, nas palavras do Ministro Relator, o 'risco de conflito de interesses das empresas contratadas frente à operadora, que é contratante e parte fiscalizada ao mesmo tempo' (peça 166, p. 37), motivando a expedição da recomendação 9.6.4.

354. Assim, constata-se que a recomendação não foi atendida e que esse risco permanece passível de ser concretizado nos TACs em tramitação na Anatel e nos futuros TACs, desvirtuando a finalidade do instrumento e contrariando ao interesse público. Além disso, essa ausência de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

definição de critérios e requisitos suficientes pode influenciar outros instrumentos e processos da Agência que envolvam a contratação de terceiros, por parte das prestadoras, para a elaboração de relatórios e o auxílio à fiscalização da Anatel, como, por exemplo, no caso da Entidade Aferidora da Qualidade (EAQ) da banda larga, conforme Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

355. Recorde-se que um dos problemas identificados na atuação da EAQ foi a falta de experiência e de conhecimentos técnicos acerca do serviço de telecomunicações por parte da empresa de auditoria independente contratada. E isso poderia ter se repetido no TAC da Telefônica, uma vez que a prestadora já havia contratado uma empresa similar para auxiliar na fiscalização do TAC (peça 282, p. 28). Ante a concretização do que tinha sido apontado como mero risco na instrução anterior, entende-se necessário que o tema seja objeto de proposta de determinação na presente instrução.

356. Por essa razão e com esteio nas análises acerca desse ponto feitas pela unidade técnica na instrução anterior (peça 139, p. 61-65) e pelo Ministro Relator em seu Voto (peça 166, p. 35-37), propõe-se determinar à Anatel que defina, nos instrumentos e nos regulamentos que prevejam a contratação de terceiros, por parte das prestadoras, para a elaboração de relatórios e o auxílio à fiscalização da Agência, critérios e requisitos que deverão ser atendidos por esses terceiros, de forma a reduzir risco de conflito de interesses e de ausência de capacidade técnica em prejuízo à veracidade e à fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras, em observância aos princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel), c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT).

357. A deliberação 9.6.5 recomendava que a Anatel avaliasse, ao final da vigência do primeiro TAC, a relação custo-benefício do instrumento em relação à arrecadação direta das multas aplicadas. Tendo em vista que até momento nenhum TAC foi concluído ou mesmo assinado, não haveria como tal recomendação ter sido atendida integralmente.

358. De toda forma, a Agência afirmou que pretende realizar tal estudo quando o primeiro TAC for encerrado (peça 188, p. 17-18), razão pela qual considera-se que essa recomendação está em implementação.

359. O item 9.6.6 preconizava que a Anatel submetesse à consulta pública a futura versão do ato que está sendo elaborado para substituir o Ato-Anatel 50.004/2016. Em sua resposta, a Agência informou que o Conselho Diretor determinou que a área técnica faça os ajustes devidos na minuta do novo ato e submeta à consulta pública, em atendimento às deliberações exaradas pelo TCU (peça 188, p. 18). Como a consulta pública ainda não foi iniciada, considera-se essa recomendação em implementação.

IX.3. Síntese do monitoramento

360. A Tabela 2 resume as informações do monitoramento.

Tabela 2 - Situação das deliberações do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário

Situação	Recomendação		Determinação	
	Itens	%	Itens	%
Implementada / cumprida	-	-	9.7, 9.15.1.	15,4%
Parcialmente implementada / cumprida	-	-	-	-
Em implementação / em cumprimento	9.6.5, 9.6.6	33,3%	-	-
Não implementada/não cumprida	9.6.1, 9.6.2, 9.6.4	50,0%	-	-
Pendente de cumprimento nos futuros TACs a serem assinados pela Anatel	9.6.3	16,7%	9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.4, 9.4.5, 9.4.6.	46,2%
Perda de objeto devido à rejeição do TAC	-	-	9.4.7, 9.4.8,	38,5%

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

da Telefônica pelo Conselho Diretor da Anatel	9.4.9, 9.4.10, 9.4.11.

Fonte: elaboração própria

361. Tendo em vista o exposto na Tabela 2 e na presente instrução, propõe-se, em relação ao Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, considerar:

a) cumpridas as determinações 9.7 e 9.15.1;

b) pendentes de cumprimento as determinações 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.4, 9.4.5 e 9.4.6 e a recomendação 9.6.3, por abrangerem todos os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) a serem assinados pela Agência, que estejam em tramitação ou que venham a iniciar tramitação futuramente;

c) em implementação as recomendações 9.6.5 e 9.6.6;

d) não implementadas as recomendações 9.6.1, 9.6.2 e 9.6.4;

e) que houve perda de objeto quanto as determinações 9.4.7, 9.4.8, 9.4.9, 9.4.10 e 9.4.11, tendo em vista a rejeição do TAC da Telefônica pelo Conselho Diretor da Anatel;

f) que os itens de oitiva 9.5.1 a 9.5.7 foram respondidos tempestivamente.

362. Em atenção às determinações 9.15.1 e 9.15.2 do referido acórdão e de acordo com o disposto no art. 4º, § 2º, da Resolução TCU 254/2013, que dispõe sobre a classificação da informação quanto à confidencialidade no âmbito do Tribunal e estabelece que cabe 'ao TCU respeitar a classificação atribuída na origem às informações recebidas de pessoa física ou jurídica externa ao Tribunal', a Anatel solicitou (peças 180, p. 1; 261, p. 6) que seja dado tratamento sigiloso a algumas peças do presente processo, tendo em vista seu conteúdo, com base no art. 39, parágrafo único, da Lei 9.472/1997. Diante da solicitação da Anatel, propõe-se considerar como sigiloso o conteúdo das peças 45, 102, 128 e 137.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

363. Em 28/9/2018 (peça 291), o Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé, do Ministério Público de Contas junto ao TCU (MPC), requereu a oportunidade de oficiar novamente nos presentes autos, 'imediatamente após o término da etapa instrutiva' (peça 291, p. 1) com suporte nos arts. 81, caput, e inciso I, e 82, caput, da Lei 8.443/1992, bem como nos arts. 62, caput, e incisos I e VI, e 156 do Regimento Interno do TCU, além da parte final do art. 20 da resolução TCU 259/2014. Registre-se que pedido idêntico foi feito em 7/11/2016 (peça 33), tendo sido deferido pelo Ministro Relator em Despacho de 3/1/2017 (peça 48), e que o respectivo parecer foi emitido por esse Procurador em 21/9/2017 (peça 156).

364. Considerando que tal pedido está amparado pela legislação vigente, propõe-se autorizar a manifestação do Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé, do Ministério Público de Contas junto ao TCU, nos presentes autos, após a conclusão dessa instrução de mérito pela unidade técnica nos termos do art. 81 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 112 do Regimento Interno/TCU, combinados com o artigo 6°, XV, da Lei Complementar 75/1993, aplicável ao Ministério Público de Contas junto ao TCU por força do artigo 84 da Lei 8.443/1992.

CONCLUSÃO

365. Trata-se de representação da unidade técnica do TCU em face de possíveis irregularidades na potencial celebração, pela Agência, de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta abrangendo processos sancionatórios relativos a vários temas, como qualidade e fiscalização dos serviços de telecomunicações (parágrafo 1).

366. Com base em indícios de irregularidades identificados em documentos obtidos no processo de representação então em andamento no TCU sobre o TAC da empresa Oi (TC 033.413/2015-0), em notícias na imprensa e em documentos públicos obtidos no próprio sistema eletrônico de processos da Anatel, a unidade técnica do TCU abriu, no dia 28/7/2016, representação com vistas a avaliar as possíveis irregularidades encontradas, de forma geral, nos processos de TAC em andamento na

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Anatel (parágrafos 2 a 5).

367. Após a análise de todos os dados apresentados pela Anatel, a unidade técnica apontou diversas fragilidades e irregularidades no processo conduzido pela Anatel na elaboração de TACs que culminaram em recomendações, determinações e realização de oitivas, exaradas por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de 27/9/2017, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, para que a Agência pudesse esclarecer e aprimorar o seu processo de trabalho referente ao tema (parágrafos 6 a 10).

368. Dessa forma, embora a deliberação tenha sido sobre o mérito do processo, tratou-se de uma análise de mérito parcial, visto que havia pendências a serem corrigidas e esclarecimentos a serem apresentados pela Anatel. Cabe registrar que essa primeira apreciação feita pelo Plenário do TCU já produziu efeitos positivos, como possibilitar maior transparência e controle social, tanto da sociedade quanto do setor de telecomunicações, de todo o processo de discussão e de aprovação dos TACs no âmbito da Anatel (parágrafos 11 a 16).

369. Em 25/4/2018, o Conselho Diretor da Anatel rejeitou a celebração do TAC da Telefônica, por três votos a dois, em consonância com a proposta da área técnica da Agência, sob a justificativa de que não seria possível 'realizar o atendimento integral aos itens 9.4.2 e 9.4.8 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário', uma vez que a prestadora estava reticente em apresentar o que foi requerido e que tinha apresentado manifestações 'contraditórias e inconclusivas' (parágrafos 17 a 27).

370. Essa rejeição do TAC da Telefônica pela Anatel implicou a perda de objeto de cinco determinações do acórdão do Tribunal que estavam relacionadas diretamente ao caso concreto do TAC da Telefônica. Entretanto, a maioria das deliberações continua sendo aplicável, porque se refere à utilização do instrumento do TAC pela Agência em geral, ou seja, a todos os TACs que a Agência vier a apreciar e a aprovar (parágrafo 27).

371. A presente instrução visa concluir a análise de mérito do presente processo, bem como monitorar o grau de cumprimento e atendimento das deliberações proferidas pelo Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, visando contribuir para o aprimoramento da tramitação de todos os TACs que a Agência vier a analisar e a aprovar, além de poder influenciar positivamente outros processos futuros da Anatel que envolvam a transação de recursos públicos ou de compromissos financeiros por investimentos das prestadoras (parágrafo 28).

372. O item 9.11 desse acórdão de 2017 determinou que a área técnica do Tribunal realizasse 'ação de controle com vistas a avaliar a política nacional de banda larga, considerando os impactos sobre a competitividade e o desenvolvimento regional'. Em atendimento a essa deliberação, foi o autuado o levantamento sobre a política pública de banda larga, TC 032.508/2017-4, apreciado pelo Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes (parágrafos 29 a 31).

373. O referido trabalho mostrou que a distribuição do acesso à banda larga no Brasil apresenta desigualdades regionais e sociais, especialmente entre as regiões Norte e Nordeste e as demais regiões, que podem impactar no desenvolvimento econômico e social do país, uma vez que, no contexto atual de globalização e de transformação de todos os setores econômicos pelas TICs, a ampliação do acesso à internet de alta velocidade é uma preocupação mundial, por ser imprescindível para o desenvolvimento econômico e social dos países (parágrafos 32 a 46).

374. Nesse cenário, de acordo com o levantamento, a intervenção pública torna-se fundamental para alcançar parcelas populacionais que não são e não serão naturalmente alcançadas pelos investimentos privados, por não possuírem atratividade comercial, isto é, por possuírem menor condição econômica e estarem afastadas dos grandes centros urbanos e das redes já existentes. Nota-se que quanto mais presentes essas dificuldades, mais importante é o caráter transformador e de resgate social e econômico propiciado pela internet, como meio de acesso à informação, à educação e, até mesmo, à saúde (parágrafo 47).

375. O referido processo também evidenciou a pouca disponibilidade de recursos públicos garantida à banda larga, o que torna essencial a alocação prioritária para o equacionamento dos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

problemas mais graves ligados à exclusão digital. Não por outro motivo os normativos vigentes que tratam da política pública de banda larga, como os Decretos 7.175/2010 e 8.776/2016 e a Portaria-MC 1.455/2016, estabelecem a redução das desigualdades regionais e sociais como um dos objetivos principais (parágrafos 48 a 49).

376. O Regulamento de TACs da Anatel também traz essa diretriz nos incisos do seu art. 22, com destaque para a redução das diferenças regionais e para o atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações (parágrafo 50).

377. Cabe relembrar que o TAC na Anatel é um instrumento que possibilita a troca de recursos públicos, multas aplicadas, por investimentos privados alinhados com o interesse público. Nesse sentido, é imprescindível que os projetos aprovados no TAC efetivamente sejam direcionados para essa finalidade, sob pena de se permitir que multas sejam trocadas por investimentos de interesse predominantemente comercial da prestadora (parágrafo 61).

378. Nesse cenário, a atuação de todos os órgãos e entidades estatais em matérias afetas à banda larga deve se guiar pelas diretrizes dispostas nesses normativos, o que implica que mesmo os atos discricionários devem ser editados em observância a esses limites impostos, sob pena de configurar um desvio de finalidade e, consequentemente, uma ilegalidade, como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 14-15) em livro sobre a discricionariedade administrativa (parágrafos 51 a 53).

379. Em clássica obra acerca desse tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (Discricionariedade e controle jurisdicional**.** 2ª. ed., 8ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47-48) afirma que, por mais que existam zonas cinzentas de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados ou até diversas opções para que o gestor decida discricionariamente, em certos casos haverá uma zona de certeza que permite avaliar objetivamente se o ato discricionário desviou-se de sua finalidade, ou não (parágrafo 54).

380. Não obstante esse arcabouço normativo a que os atos administrativos da Anatel estão sujeitos, as escolhas das cidades e dos projetos de compromissos adicionais efetivadas pela Agência, tanto no TAC da Telefônica quanto no Ato-Anatel 50.004/2016, não observaram essas diretrizes constantes do RTAC, dos Decretos 7.175/2010 e 8.776/2016 e da Portaria-MC 1.455/2016 (parágrafo 55).

381. Conforme detalhado ao longo da presente instrução, isso foi constatado a partir da análise dos atos da Agência e da sua resposta aos itens de oitiva 9.5.4 e 9.5.5, que foram determinados pelo Plenário do TCU após ampla discussão na sessão ordinária de 27/9/2017 sobre os indícios de descumprimento expostos na instrução anterior (parágrafos 59 a 156).

382. A Anatel alegou que não haveria obrigação de que os compromissos adicionais do TAC atendessem a todas as diretrizes do art. 22 do RTAC, ou seja, que seria possível pactuar compromissos adicionais que não reduzissem as diferenças regionais nem atendessem a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social. A Agência ainda defendeu que o termo 'desigualdades regionais' se aplicaria às diferenças de infraestrutura existentes dentro de um município ou mesmo dentro de um determinado bairro, razão pela qual não seria exigível que todos os TACs contribuíssem com a redução das desigualdades entre as regiões do Brasil (parágrafos 69 a 70 e 80 a 81).

383. Todavia, o histórico de tramitação da minuta do regulamento e a expressão aditiva 'e' no texto do penúltimo inciso do art. 22 do RTAC indicam que o entendimento da Agência acerca da interpretação desse artigo sempre foi diverso, no sentido de que todos os incisos são de observância obrigatória. Inclusive, o Conselheiro que relatou a proposta de regulamento do TAC faz referência expressa ao art. 3º, inciso III, da Constituição Federal, que eleva a redução das desigualdades sociais e regionais a um dos objetivos fundamentais da República (parágrafos 71 a 79 e 82 a 94).

384. Isso comprova que, ao citar 'desigualdades regionais', o inciso II do art. 22 do RTAC tem como finalidade precípua a redução das desigualdades entre as cinco regiões brasileiras, ou seja, entre Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul do país, por intermédio de TACs firmados com

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

prestadoras de atuação em nível nacional (parágrafo 95).

385. Além disso, a análise desta equipe de auditoria e os estudos elaborados por diversos atores do setor, como empresas, associações e organizações da sociedade civil, sobre as cidades e o projeto de FTTH pactuados para os compromissos adicionais do TAC da Telefônica demonstraram que (parágrafos 96 a 128):

a) as premissas de escolha de localidades privilegiaram cidades mais desenvolvidas e populosas no Sudeste e no Sul, em detrimento das demais cidades, especialmente as localizadas no Nordeste, no Norte e no Centro-Oeste; e

b) o projeto aprovado, por suas características técnicas, excluiu o atendimento dos mais de 2.300 municípios que não estão conectados por meio de fibra óptica à rede central das operadoras e, por isso, possuem atendimento mais precário do que as localidades escolhidas para serem atendidas pelo FTTH, já que todas as cidades já possuíam banda larga e a maioria já tinham oferta de FTTH por outras operadoras.

386. Embora o TAC da Telefônica tenha sido rejeitado pelo Conselho Diretor da Agência, percebe-se a irregularidade materializada nesse caso, com o agravante de que a Anatel continua defendendo a possibilidade de escolhas de aplicação dos recursos públicos em locais já atendidos e com maior desenvolvimento econômico e social. Considerando que o presente processo abrange a atuação da Anatel quanto a todos os TACs, que essas condutas irregulares no caso concreto podem voltar a se repetir, em outros TACs e mesmo em outros instrumentos de troca de recursos públicos por investimentos, e que é preciso assegurar segurança jurídica para a realização de futuros TACs, propõe-se determinação corretiva para que a irregularidade identificada no TAC da Telefônica não seja repetida nos futuros TACs (parágrafos 129-130).

387. Situação similar ocorre com relação ao Ato-Anatel 50.004/2016. Apesar de a Agência afirmar que esse normativo atenderia ao art. 22 do RTAC e que aplicaria as conclusões de estudo do Ipea sobre impacto do acesso à banda larga, quais sejam, que 'seria um desperdício de recursos públicos implementar uma metodologia de priorização dos investimentos dos TAC com base no IDH municipal', o que se constatou foi que (parágrafos 131 a 154):

a) uma das premissas fundamentais do referido estudo do Ipea é a aplicabilidade da estimativa do impacto do acesso à banda larga somente nas localidades que ainda não têm rede de transporte de alta capacidade (backhaul com fibra ótica), que correspondem a cerca de 42% dos municípios brasileiros, enquanto o Ato incentiva alocação de investimentos de compromissos adicionais, por meio de redução do valor a ser despendido, em locais que já possuem rede de fibra ótica;

b) o estudo do Ipea possui escopo e premissas metodológicas que não são consideradas pela Anatel e que impossibilitam a sua utilização pela Agência como fundamento de defesa dos critérios adotados para a escolha das cidades prioritárias, segundo o Ato-Anatel 50.004/2016, conforme amplamente analisado no âmbito do TC 032.508/2017-4, apreciado pelo Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes. Como alertado no fundamento da decisão, o uso impróprio desse estudo pode, inclusive, resultar em uma ampliação das desigualdades sociais e regionais que existem no Brasil, em vez da sua redução;

c) da forma como o Ato concede os descontos para os projetos em cada município do país, não há incentivo para atender o Norte, há baixo incentivo para o Centro-Oeste e há grande incentivo para atender somente as capitais do Nordeste, toda a região Sudeste e toda a região Sul. Por exemplo, na versão vigente do Ato, são concedidos descontos quase máximos, no valor de 1,8 no total possível de 2,0 (que representaria 50% de desconto sobre os descontos já concedidos), para cidades como Campos do Jordão (SP), São José dos Campos (SP), Angra dos Reis (RJ) e Cabo Frio (RJ);

d) embora a Anatel sustente o oposto, em nenhum momento defendeu-se que a priorização de municípios deveria considerar apenas o IDH municipal ou atender somente as cidades mais pobres, menores e mais afastadas. O que se questiona é que cidades que possuem elevada atividade econômica, já contam com prestação de serviço de internet (banda larga ou outras modalidades), e que se localizam no Sul e no Sudeste recebam descontos maiores, ou mesmo iguais, que outras cidades do Norte e do Nordeste em situação de total exclusão digital.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

388. Constata-se, pois, que, no cenário do TAC enquanto instrumento de política pública, os critérios do Ato-Anatel 50.004/2016 para priorização de cidades para concessão de descontos no TAC não estão de acordo com o art. 22 do RTAC e, sobretudo, não contribuem para a redução das desigualdades sociais e regionais nem para a massificação do acesso à internet, na forma preconizada pelo art. 2º da Portaria-MC 1.455/2016, pelos arts. 1º, I, II e IV, e 6º, VI, do Decreto 7.175/2010, pelo art. 2º, I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e pelo art. 3º, III, da Constituição Federal. Por isso, são propostas determinações corretivas de forma a garantir a aplicação dos recursos públicos em localidades que efetivamente necessitam de intervenções públicas para o resgate de situações de desamparo social e econômico, nos termos da legislação (parágrafos 155 a 156).

389. Essa deficiência é grave, pois os investimentos nesse setor de banda larga possuem absoluta predominância privada, dentro de uma lógica de mercado, de maximização de receitas e minimização de custos. Naturalmente a expansão das redes ocorre em zonas densamente povoadas, com elevado poder econômico e próximas às redes já existentes. Por outro lado, os parcos recursos públicos disponíveis para investimentos deveriam garantir acesso a populações que não são atendidas nem têm expectativa de atendimento com recursos privados (parágrafos 45 a 47).

390. Assim, com esses atos, a Anatel permitiu a alocação dos escassos recursos públicos destinados à banda larga para atendimento de populações que já possuem acesso à internet ou que, por suas características, serão naturalmente alcançadas pelos investimentos privados nos próximos anos (parágrafo 55).

391. Tal conduta gera como consequência o aumento das desigualdades regionais e sociais no Brasil, bem como a perpetuação de parcela expressiva da população brasileira na condição de excluídos digitais, com as graves consequências sociais e econômicas que decorrem dessa situação (parágrafo 56).

392. Vislumbra-se, pois, que essas escolhas de cidades e projetos de TACs feitas pela Anatel refletem exatamente o já mencionado caso descrito hipoteticamente por Celso Antônio Bandeira de Mello. Isso porque, por mais que a Agência possa escolher com certa margem de discricionariedade quais cidades ou projetos priorizar, por exemplo, é possível concluir objetivamente que a priorização adotada pela Anatel afronta as diretrizes de todos os incisos do art. 22 do RTAC, bem como o Decreto 7.175/2010, no que tange à massificação do acesso à internet e à redução das desigualdades social e regional, e o Decreto 8.776/2016 e a Portaria-MC 1.455/2016, no aumento da abrangência das redes de acesso em fibra nas áreas urbanas (parágrafo 57).

393. Conforme mostrado ao longo da presente instrução, também foram identificadas outras irregularidades e fragilidades na atuação da Anatel nos TACs, fato esse que motivou propostas de determinações corretivas e de recomendação, como sintetizado a seguir (parágrafos 157 a 299):

a) ausência de consideração, por parte da Agência, nos cálculos do VPL de receitas alternativas ou redução de despesas decorrentes de sinergias com atividades da própria operadora em segmentos de mercado diferentes e compartilhamento da infraestrutura com outros possíveis serviços associados. Exemplo disso são as sinergias existentes entre a implementação de fibras óticas para banda larga e atividades como a instalação de antenas de telefonia móvel 4G e a prestação de serviços de TV por assinatura pela tecnologia IPTV (parágrafos 157 a 198);

b) fragilidade da análise da Anatel sobre os impactos do TAC da Telefônica na competição no mercado de banda larga, que pode se configurar em um subsídio indevido à atuação comercial de algumas prestadoras em detrimento de todas as demais competidoras participantes do mercado, uma vez que (parágrafos 199 a 228):

b.1) a própria Anatel destacou que a Telefônica adota como diretriz em sua atuação comercial a prestação do serviço de banda larga fixa preferencialmente em municípios com 'potencial maior de rentabilidade' (peça 282, p. 45) e, ao mesmo tempo, aceitou as cidades incluídas no TAC, pois a classificação concorrencial da Agência revela que são lugares em que existe competição moderada ou com potencial para atingir esse nível, não havendo nenhuma cidade sem competição e que se

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

beneficie substancialmente da entrada de uma nova empresa;

b.2) a Telefônica inseriu no TAC diversos locais onde possui posição dominante de mercado em banda larga fixa em tecnologia inferior à fibra ótica, o que sinaliza o uso do instrumento para custear, ainda que parcialmente, seu plano comercial de modernização da rede nessas cidades;

b.3) a Anatel aprovou investimentos da prestadora em cidades: que já possuem elevado percentual de rede de acesso de fibra ótica, anuindo com a sobreposição de redes em municípios com infraestrutura moderna de telecomunicações; e que a empresa possui participação significativa no mercado de banda larga, chegando a mais de 90%;

b.4) não houve análise acerca do impacto que sinergias, como o fato da prestadora também ser concessionária de telefonia fixa e ter atuação expressiva no mercado de telefonia móvel, podem ter na competição no mercado de banda larga com outras empresas que não receberam os recursos públicos decorrentes de compromissos adicionais do TAC;

c) ausência de previsão de compartilhamento dos investimentos feitos no âmbito do TAC da Telefônica, o que significaria, ao se estender essa lógica aos demais TACs e instrumentos de troca de recursos públicos por investimentos privados, que a atuação da Agência poderia provocar o aumento da concentração do mercado para as grandes prestadoras, por meio de recursos de origem pública, em detrimento das demais empresas do setor, em especial os pequenos provedores, bem como resultar em um aumento da barreira de entrada nesse mercado para eventuais novos entrantes (parágrafos 229 a 241);

d) ausência de motivação e de critérios na concessão dos descontos máximos permitidos pelo RTAC para os valores mínimos de VPL exigido dos compromissos adicionais de todos os TACs em tramitação na Anatel (parágrafos 242 a 274);

e) ausência de mecanismos que assegurem a efetiva proporcionalidade entre as sanções previstas e os valores necessários para cumprir as obrigações incluídas no TAC (parágrafos 275 a 291);

f) riscos de que os processos administrativos de apuração do descumprimento do TAC não tenham celeridade, prejudicando a tempestividade de um eventual processo judicial de execução (parágrafos 292 a 299);

g) ausência de justificativa para a liberação de garantias editalícias de obrigações inseridas em TACs (parágrafos 333 a 341);

h) ausência de definição de critérios e requisitos que deverão ser atendidos pelas empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, compromissos e investimentos pactuados em TAC, de forma a reduzir risco de conflito de interesses em prejuízo à veracidade e fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras (parágrafos 352 a 357).

394. Repise-se que, apesar do TAC da Telefônica ter sido rejeitado pelo Conselho Diretor da Anatel, permanecem em tramitação na Agência diversos outros TACs. Assim, a correção das irregularidades apontadas pelo TCU assegurará maior segurança jurídica para os futuros TACs firmados entre prestadoras e a Anatel, evitando contestações administrativas ou judiciais por causa desses pontos (parágrafos 27 a 28).

395. Ainda foi realizado o monitoramento de todas as deliberações do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, tendo-se concluído por (parágrafos 300 a 362):

a) perda de objeto de 38,5% das determinações;

b) cumprimento de 15,4% das determinações;

c) implementação em andamento de 33,3% das recomendações;

d) pendência de cumprimento e de implementação nos futuros TACs a serem assinados pela Anatel de 46,2% das determinações e de 16,7% das recomendações; e

e) não implementação de 50% das recomendações.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

396. Ante o exposto, submetem-se os autos ao Gabinete do Ministro Relator Bruno Dantas propondo que autorize a manifestação do Procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé e remeta o processo para o Ministério Público junto ao TCU, com posterior retorno dos autos ao Ministro Relator, bem como propondo:

a) em relação ao Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, considerar:

a.1) cumpridas as determinações 9.7 e 9.15.1;

a.2) pendentes de cumprimento as determinações 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.4, 9.4.5 e 9.4.6 e a recomendação 9.6.3, por abrangerem todos os Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) a serem assinados pela Agência, que estejam em tramitação ou que venham a iniciar tramitação futuramente;

a.3) em implementação as recomendações 9.6.5 e 9.6.6;

a.4) não implementadas as recomendações 9.6.1, 9.6.2 e 9.6.4;

a.5) que houve perda de objeto quanto as determinações 9.4.7, 9.4.8, 9.4.9, 9.4.10 e 9.4.11, tendo em vista a rejeição do TAC da Telefônica pelo Conselho Diretor da Anatel;

a.6) que os itens de oitiva 9.5.1 a 9.5.7 foram respondidos tempestivamente;

b) determinar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

b.1) em todo e qualquer TAC, somente aprove compromissos adicionais que contribuam efetivamente para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a massificação do acesso à internet, em observância ao art. 22, I a V, do RTAC, com o art. 2º da Portaria-MC 1.455/2016, com os arts. 1º, I, II e IV, e 6º, VI, do Decreto 7.175/2010, o art. 2º, I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e com o art. 3º, III, da Constituição Federal;

b.2) revise os TACs em andamento na Agência de forma a assegurar que os projetos previstos como compromissos adicionais, abrangidos ou não pelo Ato-Anatel 50.004/2016, estejam compatíveis com as diretrizes de redução das desigualdades regionais e sociais e de massificação do acesso à internet, em consonância com o art. 22, I a V, do RTAC, com o art. 2º da Portaria-MC 1.455/2016, com os arts. 1º, I, II e IV, e 6º, VI, do Decreto 7.175/2010, o art. 2º, I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e com o art. 3º, III, da Constituição Federal;

b.3) na revisão do Ato-Anatel 50.004/2016 já em andamento na Agência, estabeleça critérios compatíveis com as diretrizes previstas no art. 22 do RTAC com vistas a promover a redução das desigualdades sociais e regionais e a massificação do acesso à internet, em consonância com o art. 22, I a V, do RTAC, com o art. 2º da Portaria-MC 1.455/2016, com os arts. 1º, I, II e IV, e 6º, VI, do Decreto 7.175/2010, o art. 2º, I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e com o art. 3º, III, da Constituição Federal;

b.4) no processo de análise e aprovação dos TACs, assegure que todas as variáveis que possam interferir no VPL do projeto sejam devidamente contempladas e avaliadas, inclusive potenciais sinergias entre serviços da prestadora, que podem gerar receitas alternativas e compartilhamento de custos, de modo a evitar benefícios econômicos indevidos para as prestadoras, em consonância com o art. 15, *caput*, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da igualdade, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

b.5) no processo de análise e aprovação dos TACs, assegure que os compromissos adicionais firmados pela operadora não contemplem investimentos já constantes de seu planejamento comercial, em consonância com o art. 15, *caput*, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da igualdade, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

b.6) abstenha-se de liberar as garantias relativas aos Editais de Licitação cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC, até a comprovação do efetivo adimplemento do compromisso original ou de nova obrigação comutada no âmbito de TAC, em consonância com os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, de interesse público e de isonomia previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como com as respectivas cláusulas editalícias e com os termos de autorização;

b.7) estabeleça mecanismos para garantir que o valor de referência de cada item das metas de ajustamento de conduta dos TACs seja proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público nos TACs e ao ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento, em atenção aos princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) e nos arts 19 e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como as finalidades dos arts. 3º, 15, incisos III e IV, 16, 17 e 18 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC);

b.8) defina, nos instrumentos e nos regulamentos que prevejam a contratação de terceiros, por parte das prestadoras, para a elaboração de relatórios e o auxílio à fiscalização da Agência, critérios e requisitos que deverão ser atendidos por esses terceiros, de forma a reduzir risco de conflito de interesses e de ausência de capacidade técnica em prejuízo à veracidade e à fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras, em observância aos princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel), c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

b.9) previamente à realização de investimentos pelo setor privado com recursos públicos em infraestrutura de redes de telecomunicações, a exemplo dos investimentos realizados a título de compromissos adicionais dos TACs, estabeleça de forma clara e objetiva as diretrizes específicas relacionadas ao compartilhamento dessas infraestruturas, justificando eventuais casos de não compartilhamento imediato dessas redes, em atendimento aos arts. 6º, I e IV, e parágrafo único, do Decreto 7.175/2010, e 4º, parágrafo único, II, do Decreto 4.733/2003 c/c o art. 2º, I e II, do Decreto 8.877/2016 e com os arts. 6º e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

c) recomendar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que avalie a conveniência e oportunidade de:

c.1) estabelecer mecanismos que efetivamente mitiguem os riscos de que o processo administrativo de apuração do descumprimento dos TACs não tenha celeridade, com vistas a garantir a efetividade das sanções do TAC em caso de descumprimento;

d) dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, sobre o seu dever legal de:

d.1) atuar em prol da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita, inclusive no âmbito dos compromissos adicionais dos TACs, em consonância com os arts. 6º e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

e) considerar sigilosas as peças 45, 102, 128 e 137 destes autos, com fundamento nos arts. 4º, § 2º, e 5º, § 4º, da Resolução TCU 254/2013 c/c art. 39, parágrafo único, da Lei 9.472/1997;

f) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida neste processo:

f.1) à Anatel;

f.2) à Telefônica Brasil S.A.;

f.3) ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações;

f.4) à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

f.5) à Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado Federal;

f.6) à Procuradoria da República no Rio de Janeiro, do Ministério Público Federal, tendo em vista seu interesse no objeto deste processo, conforme solicitações autuadas nos TC 003.252/2017-5 e 017.741/2017-3, referentes ao Procedimento Preparatório 1.30.001.004957/2016-04;

f.7) à Procuradoria da República no Distrito Federal, do Ministério Público Federal, tendo em vista seu interesse no objeto deste processo, conforme solicitação autuada no TC 002.962/2018-7, referente ao Procedimento Preparatório 1.18.000.003168/2017-33;

g) encerrar o presente processo, com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU."

4. Solicitada a manifestação do Ministério Público junto ao TCU, esse se posicionou, em linhas gerais, de acordo com o encaminhamento sugerido pela SeinfraCOM, com os ajustes que menciona. Para maior clareza, reproduzo o parecer do *Parquet* (peça 295), com destaques do original:

"Trata-se de representação proposta pela então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Aviação Civil e Comunicações (SeinfraAeroTelecom) deste Tribunal, atual Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM), em face de possíveis irregularidades na regulamentação de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e, de modo específico, na minuta do TAC aprovado em outubro de 2016 entre a Agência reguladora e o Grupo Telefônica, cujos produtos e serviços são comercializados no Brasil sob a marca Vivo (peça 18).

2. Por meio do despacho à peça 22, de 3/8/2016, Vossa Excelência conheceu da representação e determinou a oitiva prévia da Anatel.

3. Realizada a oitiva, bem como outras medidas saneadoras, a SeinfraCOM, diante das fragilidades encontradas, formulou proposta de medida cautelar e de expedição de determinações, recomendações e ciência à Anatel. A unidade técnica propôs, ainda, a audiência de alguns gestores (peça 139).

4. Na oportunidade, manifestei-me por meio do parecer de peça 156, acolhendo a proposta de cautelar e sugerindo a realização de novas oitivas da Anatel antes de fazer as determinações sugeridas pela unidade instrutiva. Propus, ainda, que fosse dada oportunidade à Telefônica para que se manifestasse nos autos. Quanto às audiências, anuí parcialmente às propostas formuladas pela SeinfraCOM.

5. Por meio do **Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário** (peça 165), esta Corte, após intensos debates, conheceu da representação e indeferiu o pedido de medida cautelar. Naquele momento, deliberou-se pela expedição de determinações, recomendações e ciências à Anatel, como também pela realização de oitivas da entidade sobre diversos pontos, sem prejuízo de se firmarem alguns entendimentos sobre a matéria. Adicionalmente, foram dirigidas determinações à SeinfraCOM e à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex).

6. Importa destacar que, **em 25/4/2018, o Conselho Diretor da Anatel decidiu pela não celebração do TAC da Telefônica**, tendo em vista a conclusão da Comissão de Negociação do TAC no sentido de que, entre outros pontos, não seria possível '*realizar o atendimento integral aos itens 9.4.2 e 9.4.8 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário*' (peças 264, p. 39; e 261, p. 7). Diante disso, algumas das determinações expedidas por esta Corte, que faziam referência especificamente ao TAC da Telefônica, não são mais aplicáveis, conforme detalhado pela unidade técnica na instrução de peça 292 e apresentado resumidamente a seguir.

7. Na referida instrução, a SeinfraCOM analisou as oitivas realizadas e manifestou-se quanto ao grau de cumprimento das determinações e recomendações feitas à Anatel pelo Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário. Em sua proposta de encaminhamento, sugere a expedição de novas determinações e recomendações à Agência reguladora, assim como o encerramento do processo. A proposta contou com a anuência dos dirigentes da unidade técnica (peças 293-294).

8. De minha parte, acolho, na essência, as conclusões da SeinfraCOM, sem prejuízo de tecer algumas considerações adicionais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

9. Neste parecer, abordarei as oitivas realizadas e, em seguida, o cumprimento das determinações e recomendações constantes do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário. Não obstante, considero relevante destacar, inicialmente, os entendimentos sobre a matéria que já foram firmados por ocasião da prolação da referida deliberação, bem como os resultados da auditoria realizada sobre a política nacional de banda larga, que, a meu ver, podem contribuir para o deslinde de algumas questões.

ENTENDIMENTOS FIRMADOS PELO ACÓRDÃO 2.121/2017-TCU-PLENÁRIO

10. Esta Corte, por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário (peça 165), firmou os seguintes entendimentos quanto aos termos de ajustamento de conduta no âmbito da Anatel:

'9.3.1. **este Tribunal não vislumbra óbice à celebração do TAC** objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, **desde que atendidas todas as determinações e sanadas as questões suscitadas nas oitivas contidas neste acordão** e que serão objeto de nova apreciação pelo TCU;

9.3.2. **não existe, de modo geral, impedimento à pactuação de TAC pela Anatel**, visto que os atos da Agência independem de pronunciamento do Tribunal de Contas da União, salvo no caso de ajustes acompanhados por esta Corte e que sejam objetos de deliberação expressa e específica em sentido contrário;

9.3.3. tendo em vista a baixa efetividade na arrecadação de multas aplicadas pela Anatel, tanto no âmbito administrativo quanto na fase de execução fiscal**, a celebração de TAC pela Agência com previsão de conversão de multas em apuração por obrigações de investimentos atende ao interesse público, desde que precedida de estudos técnicos sólidos, da definição fundamentada do ajuste de conduta pretendido e do rol de obrigações assumidas, e de análise de custo-benefício do instrumento**;

9.12. deixar assente que o **Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF) é parte integrante do TAC e, como tal, deve se sujeitar às normas que disciplinam o rito de exame técnico e jurídico** a ser realizado no âmbito da Anatel (seção V.3.4 do voto condutor deste acórdão);

9.13. dar ciência à Anatel sobre o seu **dever legal de tornar pública a motivação para seus atos administrativos**, **inclusive com relação à aplicação de níveis variáveis de descontos** com fundamento no arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), em relação a todos os TAC que firmar;' (destacamos)

11. Em linhas gerais, depreende-se dos dispositivos mencionados que é admitida a celebração de TAC pela Anatel, sendo este instrumento aderente ao interesse público desde que sanadas as questões suscitadas neste processo (que serão abordadas a seguir) e observadas algumas condicionantes, como a **motivação dos atos administrativos** e a **realização de estudos sólidos para definição das obrigações a serem assumidas pela operadora em troca das multas**.

RESULTADOS DA AUDITORIA QUE AVALIOU A POLÍTICA NACIONAL DE BANDA LARGA

Determinação do item 9.11

'**9.11.** determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) que realize ação de controle com vistas a **avaliar a política nacional de banda larga, considerando os impactos sobre a competitividade e o desenvolvimento regional**;' (destacamos)

12. Em atendimento à determinação do item 9.11 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, foi realizado levantamento sobre o Programa Nacional de Banda Larga (PNBL), com a finalidade de avaliar a política e seus impactos sobre a competitividade e desenvolvimento regional (TC 032.508/2017-4). O relatório foi apreciado pelo Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário.

13. O voto condutor da referida deliberação destaca o papel fundamental da banda larga para o desenvolvimento da sociedade brasileira, ressaltando seu potencial de reduzir as desigualdades regionais e sociais e aumentar a competitividade do país. Esclarece tratar-se de serviço prestado em

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

regime privado, prevalecendo o princípio constitucional da livre iniciativa, em que pese estar submetido a obrigações regulatórias impostas pela Anatel. A **situação do acesso aos recursos de banda larga** assim foi descrita:

'8. Embora a política pública de banda larga tenha passado a ocupar, em tese, lugar de destaque dentro das políticas de telecomunicações, o diagnóstico da banda larga no Brasil demonstra como **o acesso a esses recursos ocorre de forma desigual**, seja em relação aos domicílios e ao número de usuários, seja em áreas como saúde e educação.

9. Verifica-se que **a maior parcela dos denominados excluídos digitais são pessoas que possuem menor renda**, têm acima de 60 anos, possuem menor grau de instrução, **residem em regiões do País menos desenvolvidas (Norte e Nordeste) e em cidades pequenas situadas em regiões remotas ou zonas rurais**. Os números também revelam desigualdades em escolas públicas e nos estabelecimentos de saúde localizados nessas regiões**. Esses grupos representam o maior desafio para expansão da internet no Brasil**, seja por apresentarem inabilidade no uso das ferramentas, **seja porque vivem em áreas ainda não atendidas com infraestrutura de banda larga** ou, ainda, seja em razão do alto preço pago pelo serviço.' (voto condutor do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário) (destacamos)

14. Esse diagnóstico de desigualdades corrobora conclusões de trabalhos anteriores desta Corte que também apontaram uma série de desafios relacionados à infraestrutura de telecomunicações dos estados do Nordeste e Norte (Acórdãos 1.827/2017 e 2.388/2017-TCU-Plenário - FiscNordeste e Norte, respectivamente) e nos municípios mais pobres (Acórdão 1.898/2017-TCU-Plenário - auditoria operacional no Programa Cidades Digitais).

15. A auditoria no PNBL evidencia a **inexistência de uma política pública de banda larga com visão de longo prazo**, instrumentalizada em plano estruturado, e a ausência de instância de coordenação entre os diferentes setores e esferas de governo. Diante disso, a Ministra Relatora destaca alguns dos **principais riscos relacionados à política**:

'17. A equipe de levantamento apurou o **risco de não redução das desigualdades regionais e sociais caso não seja provida a população de infraestrutura robusta de banda larga, com qualidade e a preços razoáveis.** Isso pode ocorrer, entre outros fatores, em função de parcela de excluídos digitais permanecer desatendida por não haver critérios estabelecidos na política pública que considerem a redução dessa desigualdade. Ademais, a minuta de decreto de telecomunicações e a política pública nele estabelecida **não possuem mecanismos que evitem direcionamento de recursos públicos para áreas que, mesmo desassistidas em primeiro momento, apresentem grande probabilidade de fazerem parte, no curto prazo, dos planos de expansão das operadoras privadas, de modo a desprestigiar as áreas geograficamente distantes dos grandes centros ou economicamente desfavorecidas, que deveriam ser o foco da política**. Dessa forma, endosso a proposta da unidade técnica de recomendar ao MCTIC que, na alocação de recursos da Política Pública de Banda Larga, utilize critérios que promovam a redução das desigualdades sociais e regionais, de acordo com o artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal.

18. Outro **risco** apontado no levantamento foi o **de ineficiência dos investimentos em banda larga, em face, principalmente, da falta de planejamento estruturado, com metas e objetivos a serem alcançados, além da ausência de priorização desses compromissos, da indefinição sobre as regras de compartilhamento para redes construídas com dinheiro público** e da falta de planejamento para utilização do satélite lançado pela Telebras. Desde a edição do Decreto 7.175/2010, está prevista a competência do MCTIC para definir as localidades em que inexista oferta adequada de serviços de conexão em banda larga, onde a Telebras poderá prestar serviços no varejo, com o uso do satélite, mas, até então, não há definição formal de quais seriam essas localidades. Por essa razão, acolho a proposta da SeinfraCom de determinar ao MCTIC que encaminhe a este Tribunal, no prazo de 90 dias, a definição de localidades onde inexista a oferta adequada de serviços de conexão à internet em banda larga, de forma a permitir a consecução da competência da Telebras de prestar serviço de conexão à internet em banda larga para usuários finais, conforme o art. 4º, § 4º, do Decreto 7.175/2010.'

16. Entre as deliberações do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, destaco, em razão da pertinência

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

com os temas analisados neste processo, a determinação expedida ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) para que, **previamente à realização de investimentos pelo setor privado com recursos públicos em infraestrutura de redes de telecomunicações**, estabeleça, de forma clara e objetiva, **diretrizes relacionadas ao compartilhamento dessas infraestruturas** e apresente ao TCU as justificativas adequadas quanto aos eventuais casos de não compartilhamento imediato dessas redes (item 9.2.4).

17. Convém destacar também as recomendações ao MCTIC para que **utilize critérios de promoção de redução de desigualdades sociais e regionais na alocação de recursos** da política pública de banda larga e para que **estabeleça em normativo a ordem de prioridade de investimentos a serem realizados na infraestrutura** de banda larga (itens 9.3.1 e 9.3.1 do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário).

18. Diante desse contexto, e considerando que o serviço de banda larga não está sujeito a obrigações de universalização, ressalto a conclusão da SeinfraCOM de que '*a intervenção pública se torna fundamental para alcançar parcelas populacionais que não são e não serão naturalmente alcançadas pelos investimentos privados, por não possuírem atratividade comercial*' (peça 292, p. 13).

19. Feitas essas considerações, passo à análise das oitivas determinadas pelo Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

OITIVAS DA ANATEL DETERMINADAS PELO ACÓRDÃO 2.121/2017-TCU-PLENÁRIO

Oitiva do item 9.5.1

'**9.5.1. incidência, ou não, do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos**, previsto no Ato-Anatel 50.004/2016, no cálculo do montante dos compromissos adicionais previsto **para o TAC da Telefônica Brasil S/A**, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 36-50, e seção IV.1 do voto condutor deste acórdão);' (destacamos)

20. Em resposta à oitiva, a Anatel esclarece que foi utilizado o fator 1 no cálculo dos compromissos adicionais relativos ao TAC da Telefônica Brasil S/A, uma vez que o projeto de FTTH (*Fiber To The Home*) não se enquadrava no rol de projetos estratégicos. A utilização desse fator na prática corresponde à não aplicação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos previsto no Ato-Anatel 50.004/2016 (peça 188, p. 2-3).

21. A informação prestada pela entidade é corroborada pela Análise 108/2016/SEI/IF, que examinou a proposta de TAC formulada pela Telefônica e que expressamente destaca nos itens 4.2.15.15 e 4.2.15.19 a não aplicação do fator de redução (peça 93, p. 80). Ressalte-se que a Análise 108/2016 fundamentou o Acórdão-Anatel 422/2016, que aprovou o termo de compromisso submetido pela operadora (peça 95).

22. Diante disso, anuo à análise da unidade técnica no sentido de serem desnecessários encaminhamentos quanto a este ponto, uma vez que as questões atinentes ao Ato-Anatel 50.004/2016 em si serão abordadas mais adiante (peça 292, p. 63, itens 304-305).

Oitiva do item 9.5.2

'**9.5.2.** tratamento a ser conferido à **infraestrutura de telecomunicações que pode vir a ser implementada com recursos de TAC**, em termos de prazos e **condições de compartilhamento**, levando-se em conta o que prevê a Lei 13.116/2015 e o Decreto 7.175/2010, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 235-262, e seção IV.3 do voto condutor deste acórdão);'

23. Em face das preocupações externadas pela SeinfraCOM diante da ausência de previsão de compartilhamento de infraestrutura de rede no TAC da Telefônica (peça 139), o que poderia impactar negativamente o ambiente concorrencial, e considerando uma série de dispositivos legais que estabelecem o compartilhamento da infraestrutura de redes como objetivo a ser perseguido,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

tendo inclusive natureza obrigatória em determinadas situações, propus, em minha primeira manifestação, a realização de oitiva da Anatel quanto ao tema. A proposta foi acolhida por esta Corte, culminando com a realização da oitiva constante do referido item 9.5.2.

24. Em sua resposta, a Anatel aduz que existe regulamentação própria quanto ao compartilhamento de infraestrutura de redes e que a entidade observa integralmente o arcabouço legal aplicável no exercício de sua função regulatória (peça 188, p. 4). Ademais, no que se refere à infraestrutura implementada com recursos de TAC, defende que a imposição de obrigação indiscriminada de compartilhamento não se mostraria como a melhor opção. Menciona que o compartilhamento poderia ser inócuo, por ausência de demandantes, ou até mesmo contrariar o interesse público, por ocasionar a redução da receita esperada e, por conseguinte, da quantidade de municípios a serem atendidos, conforme descreve a Agência no seguinte excerto do Informe 70/2017-SEI-SUE (peça 188, p. 5):

'3.7.13. Nesse contexto, pode-se inferir que **caso a empresa seja compelida a compartilhar parte da infraestrutura construída, ela verá sua expectativa de receita se reduzir, o que impacta o cálculo do VPL do projeto**. Toda vez que a sua expectativa de receita se reduzir, ocorrerá a majoração do valor do VPL Negativo do projeto. Ora, aumentar o valor do VPL Negativo como um todo, implica reduzir a quantidade de municípios atendidos pelos compromissos adicionais de investimentos.' (destacamos)

25. A Agência reguladora ressalta que a Lei 13.116/2015 (dispõe sobre normas gerais para implantação e infraestrutura de telecomunicações), citada na oitiva, assim como a Resolução 683/2017 (Regulamento de Compartilhamento de Infraestrutura de Suporte à Prestação de Serviço de Telecomunicação), estabelecem o compartilhamento obrigatório apenas da **capacidade excedente da infraestrutura de suporte.** Na mesma linha, o Decreto 7.175/2010 (Institui o PNBL) define a obrigatoriedade do compartilhamento de **infraestrutura de rede de suporte** como uma das diretrizes da Anatel. Cita ainda dispositivos do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC - Resolução 600/2012) sobre o assunto, que estabeleceriam as infraestruturas sujeitas ao compartilhamento (peça 188, p. 3-4).

26. Reportando-se especificamente ao TAC da Telefônica, argumenta que o FTTH, definido como compromisso adicional, por não ser uma infraestrutura de suporte**,** não se enquadraria na obrigatoriedade de compartilhamento (peça 188, p. 3).

27. Tendo em vista que os termos de ajustamento de conduta possuem natureza negocial, caracterizando-se pela solução consensual de conflitos, como bem pontuado no voto condutor do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, é natural supor que o ente privado buscará maximizar seus interesses na negociação, não podendo o ente governamental se afastar da busca pela satisfação do **interesse público**, como forma de assegurar o necessário equilíbrio.

28. De fato, existem normas específicas que definem regras para o compartilhamento de infraestrutura, como mencionado pela Anatel. Não obstante, também é um fato que as diretrizes estabelecidas no arcabouço legal vigente são no sentido de **estimular e ampliar esse compartilhamento**, como destaquei em meu parecer anterior, ao citar a Lei 13.116/2015 e o Decreto 7.175/2010. Esses dispositivos estão em consonância com o dever legal da Anatel de atuar em prol da '*livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras*', conforme preconiza a Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT).

29. Nesse contexto, e considerando que o TAC envolve a transação de recursos públicos, a aprovação de um projeto, que **por sua natureza intrínseca** dificulta ou inviabiliza o compartilhamento, como observado no TAC da Telefônica, suscita dúvidas quanto ao atendimento do interesse público. Não se pode olvidar que o **atendimento do interesse público é condição necessária para a celebração dos TAC**, conforme exigido pelo art. 6º, inciso VII, do Regulamento do TAC na Anatel (RTAC - Resolução 629/2013).

30. Convém relembrar que, quando da aprovação do TAC da Telefônica, a aceitação do projeto FTTH chegou a ser questionada por um dos Conselheiros da Anatel, por ser considerado menos adequado à realidade socioeconômica do Brasil que a opção FTTC (*Fiber To The Curb*). Destaco

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

que o FTTH deixou de ser incluído na lista de projetos prioritários no Ato 50.004/2016 justamente por esse motivo (peças 94, p. 52; e 5, p. 38, itens 4.26-4.28). Além disso, em diversas manifestações técnicas e normativos citados pela SeinfraCOM, é defendida a priorização de investimentos em redes de transporte, em lugar de redes de acesso, por serem as que melhor atendem o interesse público.

31. Embora não caiba ao Tribunal adentrar a análise de mérito relativa à definição propriamente dita dos compromissos adicionais, entendo que, por ser o 'interesse público' um conceito indeterminado, **as diretrizes estabelecidas nas normas gerais** devem constituir importantes **parâmetros** para um juízo de valor quanto à adequação dos projetos apresentados pelas operadoras no âmbito dos TAC, em linha com o que defendi em meu parecer anterior (peça 156, p. 14, parágrafos 64 e 68).

32. Nesse sentido, ainda que o RTAC abarque a possibilidade de que a compromissária proponha compromissos que não constam do rol definido pela Anatel, manifesto minha concordância com a análise da unidade instrutiva no sentido de que, em se tratando de investimentos realizados em grande medida com recursos públicos, o compartilhamento da infraestrutura deve ser buscado como regra, sendo excetuado apenas em situações devidamente justificadas. Ressalto que essa posição está alinhada à já referida determinação dirigida ao MCTIC por meio do item 9.2.4 do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário (peça 292, p. 51 e parágrafo 16 deste parecer).

33. Por todo o exposto, considero pertinente a expedição da determinação proposta pela SeinfraCOM no sentido de que a Anatel '*estabeleça de forma clara e objetiva as diretrizes específicas relacionadas ao compartilhamento dessas infraestruturas, justificando eventuais casos de não compartilhamento imediato dessas redes*' (peça 292, p. 78, item b.9).

Oitiva do item 9.5.3

'**9.5.3**. **esclarecimento quanto à interpretação do inciso II do art. 26 do RTAC**, a fim de demonstrar se indica o teto (valor máximo) ou o piso (valor mínimo) da multa diária que deve ser aplicada à operadora que incidir em mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 437-464, e seção VI.3 do voto condutor desta deliberação);' (destacamos)

34. O inciso II do art. 26 do RTAC assim está redigido:

'Art. 26. A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:

(…)

II - terá como **teto** o equivalente a, **no mínimo**, 2 (duas) vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido;' (destacamos)

35. A redação do citado dispositivo gerou dúvidas quanto a ter como propósito a fixação de valor máximo de multa diária *('teto')* ou de valor mínimo *('piso')*. Por esse motivo, foi realizada a oitiva contida no citado item 9.5.3.

36. Sobre o questionamento, a Anatel informa que o dispositivo trata do estabelecimento de um limite mínimo de sancionamento (peça 188, p. 10). Esclarecida a questão, a SeinfraCOM entende desnecessária a adoção de medidas adicionais por parte deste Tribunal.

37. Nesse ponto, peço vênia para divergir do encaminhamento proposto pela unidade instrutiva. Apesar de restar esclarecida a intenção da Agência com o dispositivo objeto de questionamento nesta oitiva, permanece a dubiedade da redação do inciso II do art. 26 do RTAC. Dessa forma, julgo necessário expedir **determinação** para que a Anatel proceda à alteração do citado dispositivo, de forma a que sua redação expresse com clareza a regra a que estarão submetidos os compromissários em caso de mora na execução de algum item do cronograma.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

Oitivas dos itens 9.5.4 e 9.5.5

‘**9.5.4.** Em relação ao **Ato-Anatel 50.004/2016**, esclarecimento sobre **de que forma os critérios nele definidos atenderão às diretrizes estabelecidas no art. 22 do RTAC**, especialmente em relação ao atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e à redução das desigualdades regionais (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão);

9.5.5. Em relação ao **caso concreto do TAC da Telefônica Brasil S/A**, no que tange aos projetos que compõem seus compromissos adicionais, esclarecimento sobre:

i) a **forma prevista para atendimento ao art. 22 do RTAC** por meio de compromissos adicionais, especialmente em relação às diretrizes previstas nos incisos I e II desse dispositivo (‘atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações’ e ‘redução das diferenças regionais’, respectivamente), conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 312-319, e seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão); e

ii) a **relação entre a escolha da tecnologia *fiber to the home* (FTTH),** internet de altíssima velocidade e possivelmente de custo mais alto para o usuário final, e as diretrizes de políticas setoriais afetas à massificação do acesso à banda larga, além das diretrizes anteriormente mencionadas;’

38. O RTAC aprovado pela Anatel (peça 101) prevê que os projetos de compromissos adicionais, além de serem não lucrativos (art. 19, §1º), observem algumas diretrizes, entre as quais se destacam o ‘*atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações*’ e ‘*redução das diferenças regionais*’ (art. 22).

39. O mesmo regulamento estabelece que o Conselho Diretor da Anatel deverá definir um ‘*fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos*’, variando entre 1 e 2, como forma de incentivar a execução de projetos que efetivamente contribuam para a redução das diferenças regionais (RTAC, art. 18, inciso I, c/c art. 19, §§ 2º e 3º). Para atender aos dispositivos citados, a Anatel editou o Ato 50.004/2016 (peça 110).

40. O que se questiona na **oitiva referente ao item 9.5.4** é, em que medida, os critérios estabelecidos no Ato 50.004/2016 atendem às diretrizes do art. 22 do RTAC, em especial àquelas relativas à redução de desigualdades sociais e regionais. O questionamento decorreu de uma série de possíveis distorções na metodologia desenvolvida pela Anatel e apontadas pela SeinfraCOM (exemplos à peça 139, p. 47, parágrafos 296-299).

41. A resposta da Anatel baseia-se em três pontos principais: (a) entendimento de não obrigatoriedade de atendimento simultâneo de todos os incisos do art. 22 do RTAC por cada projeto aprovado no TAC (peça 274, p. 11-12, itens 3.50 e 3.55); (b) entendimento de que o termo ‘desigualdades regionais’ não se refere necessariamente às desigualdades entre as cinco regiões do país, podendo ser interpretado também como desigualdades dentro do território de um mesmo município (peça 264, p. 20, item 4.129); (c) entendimento de que os critérios utilizados para formulação do Ato 50.004/2016 atendem às previsões do RTAC (peça 188, p. 12).

42. Sobre o último ponto, ao mencionar o rol de projetos prioritários definidos no art. 1º do Ato-Anatel 50.004/2016, afirma que existe uma correlação direta entre a expansão da infraestrutura de transporte de telecomunicações com a ampliação da capacidade de redes e a elevação dos padrões de qualidade, sendo a fibra ótica a mais indicada para propiciar a massificação de acesso à internet banda larga (peça 188, p. 11). Esclarece ainda que, para a definição de critérios de pontuação com o propósito de incentivar investimentos prioritários e que reduzam as diferenças regionais, os principais aspectos considerados foram o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos municípios, a distância da rede fibrada mais próxima e a população a ser atendida. A partir da consideração de todos os critérios em conjunto, os municípios com características semelhantes teriam sido agrupados para fins de definição dos respectivos fatores de redução (peça 188, p. 12).

43. No que se refere à interpretação defendida pela Anatel de não obrigatoriedade do atendimento

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

simultâneo das diretrizes do art. 22 do RTAC, alinho-me à análise da unidade técnica no sentido de que não deve prosperar (peça 292, p. 18-20, parágrafos 71-79).

44. Como demonstrado pela SeinfraCOM, não apenas a literalidade da norma, como também seu histórico de elaboração, conduzem ao entendimento de que a intenção era o atendimento simultâneo das diretrizes. Além da conjunção 'e' presente no art. 22, a unidade instrutiva destaca que, durante as discussões que levaram à edição do RTAC, e após consulta pública, a proposta inicial de texto que previa o 'atendimento **preferencial** às diretrizes' foi substituída pela seguinte redação:

'Art. 22. Os projetos do art. 19 **deverão observar as seguintes diretrizes**:

I - atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações;

II - redução das diferenças regionais;

III - modernização das redes de telecomunicações;

IV - elevação dos padrões de qualidade propiciados aos usuários; **e,**

V - massificação do acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga.' (destacamos)

45. Também quanto à interpretação do termo 'desigualdades regionais', entendo assistir razão à unidade instrutiva (peça 292, p. 20-22). Muito embora não se afaste a possibilidade de o termo referir-se a desigualdades dentro do território de um mesmo município, a meu juízo essa interpretação deve restringir-se a casos específicos, como termos de ajustamento de conduta com abrangência municipal, por exemplo, não podendo ser tomada como regra, sobretudo em ajustes firmados com grandes empresas que atuam em âmbito nacional.

46. Como destaquei em meu parecer anterior, o art. 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabelece a **redução das desigualdades sociais e regionais** como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. A redução das desigualdades regionais e sociais é também um dos princípios constitucionais da ordem econômica do país (art. 170, inciso VII, da CF/88), que foi refletido no art. 5º da Lei Geral de Telecomunicações. A meu ver, **não há dúvidas de que, ao falar em desigualdades regionais, citados dispositivos fazem referência, precipuamente, às desigualdades entre as cinco regiões do país**.

47. Essa interpretação também se aplica, em minha opinião, aos dispositivos do RTAC. Isso porque os dispositivos referidos no parágrafo anterior inegavelmente foram a base para a introdução da diretriz de redução das desigualdades no regulamento de TAC na Anatel, como bem salienta a SeinfraCOM ao citar a Análise-Anatel 454/2013-GCRZ, que apresentou a proposta final do RTAC (peça 270, p. 15). Esse entendimento é reforçado pelo Parecer 1287/2012/JCB/LCP/MGN/PFS/PFE-Anatel/PGF/AGU, que expressamente citou os problemas de desigualdades entre as regiões do país ao examinar a proposta inicial de regulamento (peça 271, p. 18, item 112 e 114).

48. Ademais, como mencionado anteriormente neste parecer (parágrafos 12 a 18), a auditoria que culminou com a prolação do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário confirmou a permanência do cenário de desigualdades entre as diferentes regiões do país relativamente ao setor de telecomunicações, assinalando a importância da intervenção pública para viabilizar o atendimento de parcelas da população não alcançadas pelos investimentos privados em face da ausência de atratividade comercial.

49. No que tange aos **critérios utilizados pela Anatel para fixação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos**, considero haver evidências de que o método empregado não logrou atender às diretrizes do art. 22 do RTAC.

50. O documento 'Análise 214/2015-CGIF' (peça 5, p. 33-54) detalha o método desenvolvido pela Anatel para definição do fator de redução. Inicialmente foram criados dois grandes grupos, um composto por municípios 'com fibra' e outro com municípios 'sem fibra'. Em seguida, foram

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

agregadas variáveis de IDH, renda e densidade demográfica para criar, por meio de um software de análise estatística, *clusters* com municípios de características semelhantes em cada um dos dois grandes grupos.

51. A prioridade de cada *cluster* foi determinada pelos seguintes fatores: população do município, nível de competição de banda larga, PIB per capita e distância até a fibra mais próxima (peça 5, p. 43, itens 4.50 e 4.54).

52. Embora louvável a busca de um modelo que levasse em consideração uma série de dimensões importantes, como IDH, renda e nível de competição, por exemplo, a análise de algumas situações concretas indica a existência de falhas no método utilizado, comprometendo o objetivo principal do fator a ser criado, qual seja, o estímulo a projetos que reduzam as desigualdades regionais.

53. Uma das evidências da inadequação do método apontada pela SeinfraCOM é a definição, para certos municípios localizados no Sul e no Sudeste, do mesmo fator de redução de desigualdades que aquele estabelecido para outras cidades com piores condições sociais e econômicas e sem infraestrutura de internet, localizados no Norte e no Nordeste (peça 292, p. 33, parágrafo 139).

54. De fato, a partir da análise da lista dos municípios brasileiros e seus respectivos fatores de redução (peça 5, p. 85-218), é possível encontrar exemplos dessa distorção. De forma ilustrativa, cito alguns **municípios**, escolhidos aleatoriamente, **aos quais foi atribuído o mesmo fator de redução de desigualdades sociais e regionais (1,8), apesar de suas características bastante diferentes**. O quadro seguinte ilustra as discrepâncias existentes entre esses municípios:

Município	População (Censo 2010) (1)	PIB per capita (2015) (1)	IDHM (2010) (1)	Existência de rede de fibra (2)
Colorado do Oeste - RO	18.591	R$ 15.300,88	0,685	Não (p. 85)
Altamira do Maranhão - MA	11.063	R$ 5.190,46	0,549	Não (p. 92)
Juiz de Fora - MG	516.247	R$ 25.990,24	0,778	Sim (p. 172)
Cabo Frio-RJ	186.227	R$ 51.222,27	0,735	Sim (p. 176)
Atibaia-SP	126.603	R$ 38.562,69	0,765	Sim (p. 179)
Brasília - DF	2.570.160	R$ 73.971,05	0,824	Sim (p. 218)

Fonte: (1) IBGE (https://cidades.ibge.gov.br, consultado em 14/11/2018); (2) Anexo ao Ato 50.004/2016 (peça 5, p. 85-153 - municípios sem fibra; p. 154-218 - municípios com fibra).

55. Diante do exposto, considero não ter ficado demonstrado que os critérios estabelecidos pelo Ato 50.004/2016 atendam às diretrizes estabelecidas pelo art. 22 do RTAC.

56. No que se refere à **oitiva prevista no item 9.5.5 do acórdão em questão**, verifica-se que ela aborda especificamente o TAC da Telefônica, no qual foram identificados indícios de que o tipo de projeto e os municípios pactuados não contribuíam para a redução de desigualdades, tendo em vista o direcionamento dos projetos a cidades maiores, mais desenvolvidas e localizadas predominantemente na região Sudeste (peça 292, p. 23).

57. Quanto a esse ponto, a Agência reguladora argumenta que os compromissos adicionais aprovados atenderiam a todos os critérios do art. 22 do RTAC. Por abrangerem setores censitários de diferentes classes de rendimento, estariam atendidas as diretrizes de 'atendimento de áreas de baixo desenvolvimento' e de 'redução de diferenças regionais'. O projeto de FTTH, por sua vez, por tratar-se de tecnologia de rede moderna e de alta capacidade, atenderia às diretrizes de modernização e elevação dos padrões de qualidade. Já a previsão de ampliação de disponibilidade de contratação de acessos de banda larga, atenderia à diretriz de massificação de acesso (peça 263, p. 2).

58. Em que pesem os esclarecimentos prestados pela Anatel, a meu juízo eles são insuficientes para

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

comprovar que o projeto escolhido de fato atendia ao interesse público e às diretrizes do RTAC.

59. Como bem salientado pela SeinfraCOM, a própria escolha do FTTH implicou o atendimento de localidades que já possuíam infraestrutura de rede com alta capacidade de transmissão de dados, o que, de pronto, excluiu uma série de municípios com precária infraestrutura de telecomunicações. O resultado foi a seleção de 105 municípios, a maioria dos quais situados na região sudeste ou capitais da região nordeste, e já atendidos por outras prestadoras com tecnologias que permitem altas velocidades (peça 292, p. 24, parágrafo 101; p. 27, parágrafo 113). Assim, ainda que atendidos diferentes setores censitários, como alegado pela Anatel, **permanecem dúvidas quanto à efetiva falta de interesse comercial e, por conseguinte, ao atendimento ao interesse público**, sobretudo considerando tratar-se de uma operadora com atuação em nível nacional.

60. Nesse sentido, convém citar análise contida no Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações de 2018 (PERT/2018), ao elencar os projetos a serem considerados prioritários (peça 273, p. 74):

'Porém, o que o presente capítulo busca sintetizar são aqueles projetos diretamente voltados para expansão de infraestrutura de telecomunicações **com uma clara necessidade de aporte financeiro para sua consecução por mecanismos que não dependam apenas do interesse comercial do setor, ou que o interesse privado de atendimento se encontra em um horizonte de tempo não compatível com a necessidade da população**. Ou seja, **estão sendo sugeridos projetos que dependem de estímulos ou modalidades de financiamento que o próprio poder público deve buscar prover**.' (destacamos)

61. Assim, considero que, também no caso do TAC da Telefônica, não restou demonstrada a aderência dos compromissos adicionais pactuados às diretrizes do art. 22 do RTAC.

62. Diante do exposto, anuo à expedição das determinações propostas pela unidade técnica, para que a Anatel aprove compromissos adicionais que contribuam para redução das desigualdades regionais, revise os critérios previstos no Ato 50.004/2016, bem como os projetos de compromissos adicionais dos TAC que porventura estejam em andamento (peça 292, p. 35 e 77, itens b.1, b.2 e b.3).

Oitiva do item 9.5.6

'**9.5.6.** esclarecimento sobre a **possibilidade de prejuízo às características fundamentais do TAC** previstas no art. 786 do Código de Processo Civil (certeza, liquidez e exigibilidade) **em razão da previsão de processo apuratório com vistas à emissão de certificado de descumprimento** (RTAC, arts. 27 e 31), conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 69-79, e seção VI.4 do voto condutor desta deliberação);' (destacamos)

63. Em minha primeira manifestação, externei preocupação de que a emissão do certificado de descumprimento previsto no art. 31 do RTAC, a ser admitida como legítima, deveria ser meramente declaratória, cumprindo tão somente papel instrumental de conferir liquidez ao título. Assim, não estaria submetida a juízo de conveniência e oportunidade por parte do Conselho Diretor (CD) quanto à sua emissão ou não, tampouco à postergação da decisão com concessão de prazos adicionais à compromissária (peça 156, p. 15, itens 74 e 77).

64. Vossa Excelência, diante dessas ponderações, considerou necessário aclarar se o desenho dos procedimentos previstos pela Anatel poderia enfraquecer a certeza, liquidez e exigibilidade do TAC, o que levou à oitiva demandada pelo subitem 9.5.6 (peça 166, p. 51, item 427-428).

65. Por meio do Parecer 00851/2017/PFE-Anatel/PGF/AGU (peça 287, p. 5-6), a Anatel informa que a decisão do CD é vinculada e tem por objetivo apenas verificar, em caso de inadimplemento, em que proporção o TAC foi descumprido, antes de ajuizar a ação pertinente. Acrescenta que a previsão de contraditório tem por objetivo minimizar a judicialização, tendo sido estabelecido procedimento específico para os TAC, de forma a tornar o processo mais célere (peças 263, p. 6 e 37; 282, p. 54).

66. Dados os esclarecimentos quanto à natureza meramente declaratória do certificado previsto no art. 31 do RTAC, aliados à complexidade dos TAC no que diz respeito às obrigações assumidas,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

considero razoável o estabelecimento de procedimentos próprios para correta aferição da parcela descumprida. Nesse sentido, anuo à análise da unidade técnica de que o processo de apuração, a princípio, não prejudica a certeza, liquidez e exigibilidade do termo de ajustamento (peça 292, p. 62, item 296).

67. Quanto aos riscos vislumbrados pela SeinfraCOM de que os procedimentos para emissão do certificado tenham duração excessiva, ainda que específicos e diferenciados para os TAC, considero suficiente a proposta de recomendação sugerida pela unidade instrutiva (peça 292, p. 62, item 299 e p. 78, item c.1).

Oitiva do item 9.5.7

'**9.5.7. esclarecimento sobre eventuais mecanismos que a Agência pretende adotar para garantir que o valor de referência de cada item dos compromissos do TAC** (ajustamento de conduta e compromissos adicionais) **efetivamente seja proporcional à relevância do item** para o atendimento do interesse público no TAC e corresponda ao real ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento (seções VI.1 e VII.2.2 do voto condutor deste acórdão e item 9.4.4 deste acórdão);' (destacamos)

68. Para melhor compreensão da questão examinada nesta oitiva, retomo os principais aspectos e conceitos discutidos quando da prolação do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

69. O valor de referência (VR) é calculado a partir da soma do estoque de multas da operadora transacionados no TAC. Esse valor corresponde ao montante total a ser executado em caso de descumprimento do termo de ajuste e serve de base para definir as multas diárias de cada ação e investimento previstos no acordo. **Segundo o RTAC, cabe à Agência, em cada caso concreto, definir qual valor será atribuído a cada obrigação estabelecida no TAC**.

70. Diante dessas regras, mesmo considerando que o valor mínimo da multa tenha sido estabelecido como o dobro do valor do compromisso, a SeinfraCOM vislumbrou o risco de que alguns compromissos adicionais pudessem ter um valor de referência inferior ao montante necessário para concretização de seu objeto, o que poderia constituir um desincentivo ao cumprimento do ajuste.

71. Vossa Excelência manifestou concordância com a posição da unidade técnica, observando que, caso a Anatel não possua informações detalhadas sobre o custo de investimento da empresa regulada, poderia não prever incentivos que conduzissem ao pleno atendimento da avença (peça 166, p. 42). Diante disso, foi exarada a determinação constante do item 9.4.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, cujo cumprimento será analisado adiante.

72. Exemplificativamente, avaliando o TAC da Telefônica, Vossa Excelência destacou que os compromissos adicionais pactuados possuíam um VPL negativo de R$ 1,51 bilhão, com volume de investimentos previstos da ordem de R$ 3 bilhões. Sem embargo, o VR atribuído a eles era de apenas R$ 715 milhões. Assim, mesmo considerando a sanção máxima como três vezes esse valor, a possível sanção seria inferior ao investimento necessário, podendo constituir incentivo ao descumprimento da obrigação (peça 166, p. 67). Em face desse cenário, após debates em Plenário, foi incluída a oitiva que ora se analisa.

73. Em sua resposta, a Anatel argumenta que os fatores para determinação do VR diferem nos **compromissos de ajuste de conduta** e nos **compromissos adicionais**. Nos primeiros, o percentual alocado decorre do '*sopesamento objetivo*' dos projetos que apresentam '*maior escopo, abrangência, relação com criação e manutenção de infraestrutura de comunicações, e que mais possam vir a contribuir com o ajuste de condutas consideradas centrais*' (peça 263, p. 6). Aduz que seu objetivo central é o ajuste de conduta, não cabendo, nesse caso, o entendimento de que o VR esteja diretamente relacionado ao valor a ser dispendido pela operadora (peça 253, p. 13, itens 3.13.4, 3.13.6 e 3.13.7).

74. Quanto aos compromissos adicionais, a Agência considera razoável a abordagem de relacionar

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

o valor a ser dispendido para o empreendimento e o VR, afirmando, inclusive, que procedeu a ajustes no TAC da Telefônica, atendendo à determinação contida no item 9.4.3, que trata do mesmo tema (peça 253, p. 13, item 3.13.6 e p. 15).

75. Como se observa, a Anatel reconhece a necessidade de haver proporcionalidade entre o valor de referência de um **compromisso adicional** e os investimentos necessários para sua realização. Em que pesem algumas características próprias dos **compromissos de ajuste de conduta,** como ressaltado pela Agência reguladora, ainda assim, a meu ver, o mesmo raciocínio deve ser aplicado a eles, sempre que os respectivos compromissos envolvam a realização de investimentos.

76. Por fim, concordo com a conclusão da SeinfraCOM de que a oitiva não foi adequadamente respondida. Apesar dos esclarecimentos apresentados pela Anatel, não localizei uma proposta quanto a mecanismos concretos que adotará em futuros TAC para evitar o desincentivo ao cumprimento dos ajustes. Por esse motivo, julgo pertinente a expedição de nova determinação, na forma proposta pela unidade instrutiva, para que a Anatel estabeleça mecanismos para evitar que as irregularidades apontadas na oitiva se repitam (peça 292, p. 60 e 78, item b.7).

DETERMINAÇÕES À ANATEL, CONFORME ACÓRDÃO 2.121/2017-TCU-PLENÁRIO

Determinação do item 9.4.1

'**9.4.1**. somente aprove em definitivo termos de ajustamento de conduta após **analisar previamente a admissibilidade de cada Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) a ser incluído no TAC** e o impacto causado por cada um deles nas condições e nos valores que compõem o instrumento, em atenção aos arts. 7º, 9º, 13, incisos II, VI e VII, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), ao art. 40 da Lei 9.472/1997 (LGT), e ao art. 2º, caput e inciso VII, da Lei 9.784/1999, que dispõe sobre o princípio da motivação como exigência de indicação de pressupostos de fato e de direito que determinam decisões em atos da Administração Pública (seção II.1.2 do voto condutor deste acórdão);'

77. Especificamente quanto ao TAC da Telefônica, em que pese sua rejeição em 25/4/2018, a Agência informou que foi feita a análise de cada PADO admitido (peças 282, p. 8; e 264, p. 7-8).

78. Entretanto, tendo em vista que **a determinação prevista no item 9.4.1 tem natureza genérica**, pois diz respeito a todos os ajustamentos de conduta que venham a ser assinados pela Anatel, entendo tratar-se de deliberação 'não monitorável' neste momento, conforme prevê o art. 2º, §2º, da Portaria-Segecex 27/2009 (Padrões de Monitoramento). Por permanecerem válidos os fundamentos que levaram à expedição da determinação em exame, proponho expedição de ciência à Anatel quanto à necessidade de sua observância em futuros ajustes.

79. Convém lembrar que já foi determinado à SeinfraCOM que autue processo de acompanhamento dos próximos TAC (item 9.10 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário), oportunidade na qual o cumprimento da determinação contida no item 9.4.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário será objeto de avaliação.

Determinação do item 9.4.2

'**9.4.2. estabeleça**, em atenção ao interesse público e com fundamento nos arts. 3º, 13, incisos I, III e V, 15, incisos III e IV, 16 e 17 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), se ainda não o tiver feito, **cláusulas com pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC**, mediante metas intermediárias para cada indicador e/ou índice utilizado para mensuração do Índice Geral da Qualidade (IGQ), com a previsão de aplicação de sanções por descumprimentos dessas metas parciais e em caso de retrocessos persistentes, não transitórios, em relação aos patamares verificados quando da celebração do instrumento, a fim de prevenir o risco de mascaramento de resultados de indicadores negativos com positivos, na média (seção III.4 do voto condutor deste acórdão);' (destacamos)

80. De forma análoga ao observado na determinação anterior, a Anatel informa ter cumprido a determinação contida no item 9.4.2 quanto ao TAC da Telefônica (peças 282, p. 8-10; e 264, p. 9-10).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

81. No entanto, considerando tratar-se de determinação direcionada a todos os TAC que venham a ser celebrados pela Anatel, entendo tratar-se de deliberação 'não monitorável' no momento, sem prejuízo de que seu cumprimento venha a ser verificado em casos concretos a serem examinados em trabalhos futuros deste Tribunal, razão pela qual tenho por oportuno que se dê ciência à Anatel de que a determinação constante do item 9.4.2 permanece vigente

Determinação do item 9.4.3

'**9.4.3. garanta que a soma das sanções aplicáveis à operadora em casos de descumprimento de cada compromisso adicional do TAC, incluindo as multas diárias e a execução do Valor de Referência do item, seja superior ao montante previsto de investimentos para aquele item**, sendo superior inclusive ao investimento previsto antes da aplicação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos previsto no art. 19, §§ 2º e 3º da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), quando for adotado, em razão de a situação atual permitir uma possível falta de efetividade do TAC decorrente de sistema de incentivos econômicos possivelmente desequilibrado, em atenção aos princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) e nos arts 19 e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como as finalidades dos arts. 3º, 15, incisos III e IV, 16, 17 e 18 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) (seções VI.1 e VII.2.2 do voto condutor deste acórdão);'

82. Os fatos que levaram à determinação contida nesse item 9.4.3 foram descritos neste parecer quando da análise da oitiva referente ao item 9.5.7 do acórdão em tela, alusiva aos mecanismos a serem adotados para garantir que o valor de referência de cada item seja proporcional à sua relevância. Trata-se, resumidamente, da possível falta de proporcionalidade entre os investimentos necessários para cumprimento de um **compromisso adicional** e as sanções previstas na hipótese de seu descumprimento, o que poderia gerar incentivos ao não cumprimento das obrigações assumidas, representando risco à efetividade do TAC.

83. Como foi abordado quando da análise da referida oitiva, a Anatel não colocou óbice ao estabelecimento de proporcionalidade entre o valor a ser dispendido para o empreendimento e o VR de cada compromisso. Especificamente quanto ao TAC da Telefônica, em que pese sua rejeição em 25/4/2018, a Agência informou que realizou alterações na distribuição do valor de referência dos compromissos adicionais com a finalidade de cumprir a determinação desta Corte (peças 253, p. 15-20; 264, p. 10-13; e 282, p. 11-12).

84. Tendo em vista que **a determinação expressa no referido item 9.4.3 tem natureza genérica**, pois diz respeito a todos os ajustamentos de conduta a serem assinados pela Anatel, entendo tratar-se de deliberação 'não monitorável', conforme prevê o art. 2º, §2º, da Portaria-Segecex 27/2009 (Padrões de Monitoramento), o que não obsta que seu cumprimento venha a ser verificado em casos concretos a serem examinados em trabalhos futuros deste Tribunal. Assim, como nos dois casos anteriores, proponho a expedição de ciência à Anatel quanto à necessidade de observância da determinação contida no item 9.4.3 nos ajustes que venha a firmar.

Determinações dos itens 9.4.4 e 9.4.5

'**9.4.4. estabeleça**, em cada minuta definitiva de TAC a ser aprovada ou no respectivo Manual de Acompanhamento e Fiscalização, **todas as condições iniciais necessárias para o devido acompanhamento dos compromissos** previstos no acordo e para garantir a segurança jurídica do TAC, em atenção aos arts. 13, incisos I a VII, e 24, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), **contendo necessariamente, salvo limitação técnica devidamente justificada** (seção VII.2.1 do voto condutor deste acórdão):

9.4.4.1. a relação final de processos administrativos (Pado) incluídos no TAC;

9.4.4.2. a situação atualizada de cada compromisso a ser firmado, com o detalhamento da condição qualitativa e quantitativa de cada uma das metas previstas, no momento da assinatura do TAC;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

9.4.4.3. as metas e os marcos temporais de avaliação de cada um dos compromissos previstos, com o maior nível de objetividade e de detalhamento possível;

9.4.5. **delimite clara e previamente o objeto dos TAC que firmar**, por meio de obrigações e projetos definidos em seus aspectos essenciais, específicos e suficientemente completos, **vedando-se a alteração unilateral por parte da operadora** quanto ao objeto do ajustamento de conduta e dos compromissos adicionais, sem prejuízo de alterações bilaterais e consensuais, devidamente instruídas sob os aspectos técnicos e legais por parte da Anatel, nos termos dos arts. 13, incisos I, II, III e VII, 17 e 18, com seus respectivos incisos e parágrafos, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e à luz dos princípios administrativos da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, eficiência, moralidade e segurança jurídica (seção VII.1.3 do voto condutor deste acórdão);' (destacamos)

85. A constatação de fragilidades nos procedimentos do TAC levou às determinações dos itens 9.4.4 e 9.4.5. Entre elas, destacam-se a previsão da possibilidade de alteração unilateral pela operadora dos municípios a serem beneficiados e a ausência de detalhamento das condições iniciais do TAC, como a delimitação clara do objeto dos compromissos adicionais (peça 166, p. 60-61 e 65).

86. Embora o TAC da Telefônica tenha sido rejeitado, a Anatel informou ter adotado as medidas necessárias ao cumprimento das determinações com relação àquele ajuste (peça 282, p. 12-30; e 264, p. 14-19).

87. Por tratar-se de situação análoga à examinada na determinação contida no item 9.4.3 (natureza genérica e ausência de TAC em tramitação no momento), considero que devem ser adotadas as mesmas medidas, quais sejam, considerar as deliberações constantes dos itens 9.4.4 e 9.4.5 '**não monitoráveis**', sem prejuízo de que seu cumprimento venha a ser verificado em casos concretos a serem examinados em trabalhos futuros deste Tribunal. Também neste caso, sugiro a expedição de ciência à Anatel quanto à necessidade de observância das referidas determinações na celebração de TAC.

Determinação do item 9.4.6

'**9.4.6**. Em atenção à decisão do Conselho Diretor da Anatel nos termos da Análise 68/2017, **não admita como compromissos adicionais em TAC as ações, atividades e investimentos que já tenham sido realizados pelas operadoras ou que estejam em andamento no momento da assinatura do instrumento**, com vistas a garantir o interesse público do ajuste e a sua efetividade (seção VII.3.6 do voto condutor deste acórdão);'

88. A determinação referente ao item 9.4.6 foi exarada em face da constatação de que havia investimentos listados como compromissos adicionais no TAC da Telefônica que já estavam em execução.

89. A Anatel identificou que havia, de fato, projetos propostos pela Telefônica no TAC que já estavam em andamento e, em alguns casos, inconsistências nas informações da prestadora que serviram de base para as propostas. Não obstante o TAC tenha sido posteriormente rejeitado, a Agência informou que esses projetos chegaram a ser excluídos do acordo ou alterados, na tentativa de adequar o TAC às exigências do TCU (peças 264, p. 19-20; 282, p. 30-32).

90. Por tratar-se de determinação de natureza genérica, e considerando a ausência de TAC em tramitação no momento, entendo que também o item 9.4.6 corresponde a deliberação 'não monitorável', sem prejuízo de que seu cumprimento venha a ser verificado em casos concretos a serem examinados em trabalhos futuros deste Tribunal, razão pela qual considero oportuno que se dê ciência à Anatel de que a determinação em tela permanece vigente.

Determinação do item 9.4.7

'9.4.7. No prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, realize os ajustes previstos nas determinações anteriores **nos TAC que já foram aprovados na Agência**, submetendo as minutas ajustadas a nova aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel, nos termos do art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e dos princípios do interesse público, da eficiência e da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel), c/c o art. 19 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção VII.2 do voto condutor deste acórdão);'

91. À época da expedição da determinação, haviam sido aprovados pela Anatel os TAC da Oi e da Telefônica. Por tratar-se de deliberação específica para os instrumentos já aprovados, e considerando que ambos foram posteriormente rejeitados pela Agência, conforme informado pela unidade técnica (peça 292, p. 2-3, itens 15 e 17), entende-se que houve perda de objeto, devendo a determinação ser considerada '**não mais aplicável**', conforme classificação do item 32.5.6 do documento Padrões de Monitoramento, aprovado pela Portaria-Segecex 27/2009.

Determinação do item 9.4.8

'9.4.8. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e **previamente à celebração do TAC objeto desta representação**, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, as **medidas que pretende adotar para assegurar que os projetos executivos relativos aos compromissos em cada município, e consequentemente sua execução, sejam representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para cálculo do VPL** (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão);' (destacamos)

92. Quanto à determinação 9.4.8, a Anatel chegou a incluir cláusula prevendo que a prestadora encaminhasse mapa de atendimento para avaliação e aprovação pela Agência reguladora da aderência das localidades a serem atendidas às variáveis utilizadas para cálculo do VPL (peça 282, p. 32, cláusula 5.8). O não atendimento integral desta deliberação, no entanto, foi um dos motivos que levou a Comissão de Negociação do TAC da Telefônica a propor a rejeição do ajuste (peça 264, p. 40).

93. Considerando que a determinação em exame diz respeito especificamente ao TAC da Telefônica, entendo que deve ser considerada '**não mais aplicável**'. Sem embargo, as considerações que levaram à expedição da determinação em tela permanecem relevantes, sobretudo tendo em vista que o não atendimento no caso concreto da Telefônica configura, em certa medida, a materialização do risco vislumbrado quando da prolação do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

94. Sobre o tema, externei preocupação, quando de minha primeira atuação neste processo, em face do risco de que alterações das localidades durante a execução distorcessem o VPL calculado inicialmente, que poderia, ao final, até deixar de ser negativo, como determina a legislação relativa aos compromissos adicionais (peça 156, p. 58-60). A esse respeito, permito-me transcrever trecho do voto condutor do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de autoria de Vossa Excelência, que bem ilustra a questão:

'616. Não obstante tudo isso, **o maior e mais impactante risco** derivado dessa situação, ainda não abordado, é que a liberalidade na escolha de bairros, sem uma análise técnica prévia detalhada, pode **distorcer gravemente o VPL que retrata o VR do TAC, de modo a torná-lo até positivo, em clara afronta ao interesse público** e subvertendo toda a lógica que permeia os compromissos adicionais (existência de VPL negativo nos compromissos adicionais).

617. Na linha do exposto no parágrafo 612, caso os setores e bairros escolhidos pela operadora dentro de um município não sejam representativos da realidade socioeconômica espelhada nas variáveis que alimentam o modelo econômico-financeiro adotado pela Anatel para cálculo do VPL daquela localidade, não há garantias de que o VPL real esteja aderente ao modelo.

618. **Destaco que não estou a criticar o modelo que afere o VPL dos investimentos em tela, como simplificação da realidade. Estou, sim, preocupado em assegurar que a distribuição das redes dentro de cada município faça com que a realidade da fase de execução mantenha-se aderente às premissas do modelo utilizado, que se alimenta de variáveis no nível municipal**.

619. Para tanto, é preciso que a operadora apresente o detalhamento da distribuição geográfica das facilidades de rede que pretende instalar em cada município, e então a Anatel analise, previamente à execução, se tal proposta de cobertura reflete, estatisticamente, por exemplo, a realidade

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

considerada na metodologia de cálculo usualmente empregada pela Agência, prevista no art. 19, § 1º do RTAC. Do contrário, subsiste, no limite, possibilidade de VPL real positivo ou menos negativo do que o estimado, em favor da Telefônica.' (destacamos)

95. Nesse sentido, dois aspectos são imperativos, a meu ver: (a) primeiro, que o método para cálculo do VPL leve em consideração todas as possíveis receitas relacionadas ao investimento, inclusive as decorrentes de possíveis sinergias com outros projetos da operadora, como salientado pela SeinfraCOM (peça 292, p. 36-37); (b) segundo, que os parâmetros da execução sejam aderentes às premissas utilizadas para cálculo do VPL.

96. Para buscar esses fins, considero suficiente a expedição das determinações propostas pela unidade instrutiva, para que a Anatel '*assegure que todas as variáveis que possam interferir no VPL do projeto sejam devidamente contempladas e avaliadas, inclusive potenciais sinergias entre serviços da prestadora*' e que '*compromissos adicionais firmados pela operadora não contemplem investimentos já constantes de seu planejamento comercial*' (peça 292, p. 41 e 77-78, itens b.4 e b.5), assegurando que a realidade da execução seja compatível com as premissas utilizadas para cálculo do VPL.

Determinação do item 9.4.9

'**9.4.9**. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e **previamente à celebração do TAC objeto desta representação**, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, **a devida motivação e os critérios utilizados para fundamentar o patamar de descontos concedidos com base no art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013** (RTAC) (seção VII.3.4 do voto condutor deste acórdão);' (destacamos)

97. O art. 19 do RTAC prevê a possibilidade de se conceder descontos relativamente ao VR do TAC ao se definir os projetos de compromissos adicionais:

'Art. 19. Na execução de projetos, **o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a**:

I - **no mínimo**, 80% (oitenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida; e,

II - **no mínimo**, 40% (quarenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos demais casos.

§ 1º Somente serão admitidos projetos que apresentem Valor Presente Líquido (VPL) negativo, a ser apurado conforme metodologia de cálculo usualmente empregada pela Agência.' (destacamos)

98. Tendo em vista que no TAC da Telefônica o total de compromissos adicionais correspondeu aos mínimos estabelecidos no RTAC, sem que ficasse explicitada a motivação, foi expedida a determinação relativa ao item 9.4.9.

99. Em sua resposta, a Anatel afirma quanto aos compromissos adicionais que '*não há que se falar em descontos do valor de referência*', não sendo cabível a utilização da palavra desconto. Aduz que '*os percentuais mínimos estabelecidos no RTAC (de 80% e 40%) não refletem os valores mínimos de investimento, mas sim, os valores mínimos de VPL*', e que os valores de investimento superam em muito os valores das multas incluídas no TAC. Acrescenta, ainda, que '*o descumprimento integral sujeitará a compromissária ao pagamento de, no mínimo, três vezes o valor das multas previstas anteriormente*' (peça 282, p. 36-37).

100. Outro aspecto apontado pela Agência reguladora foi que a utilização do valor mínimo '*atrairia muito mais a Telefônica*', estimulando a concretização do TAC, o que atenderia ao interesse público em face dos projetos a serem executados, todos com VPL negativo (peça 282, p. 37).

101. Assim como a unidade técnica, entendo que os argumentos trazidos pela Anatel não merecem prosperar.

102. No voto condutor do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, Vossa Excelência já deixou bastante

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

clara a questão dos descontos no estabelecimento dos compromissos adicionais: '*a adoção dos pisos de 80% e 40% (...)* ***corresponde, por lógica****, à concessão de descontos de até 20% e de até 60%, respectivamente*'. Também deixou claro que, para sua aplicação, é necessária a explicitação da motivação, visto tratar-se de decisão discricionária (peça 166, p. 74-75).

103. **A meu juízo, a Anatel não logrou apresentar a motivação requerida**. Não há como afastar, portanto, a irregularidade que deu origem à determinação. Sem embargo, por tratar-se de determinação específica para o TAC da Telefônica, que ao final foi rejeitado, proponho considerá-la **não mais aplicável**, na linha defendida pela unidade técnica.

104. Apesar de esta Corte já ter dado ciência à Anatel de seu '*dever legal de tornar pública a motivação para seus atos administrativos'* (item 9.13 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário), como bem salientado pela SeinfraCOM, entendo que, para além da publicidade da motivação, deve haver uma preocupação com seu conteúdo e suficiência. Por esse motivo, proponho a expedição de **determinação** à Anatel no sentido de que, ao fixar o percentual de desconto nos ajustes de conduta que firmar, faça-o de forma fundamentada, com base em pareceres que indiquem os critérios técnicos e objetivos que motivaram a concessão do desconto.

105. Considero importante, ainda, **recomendar** à Anatel que avalie a oportunidade e conveniência de estabelecer, nas normas atinentes ao TAC, critérios ou parâmetros mais objetivos para concessão dos descontos previstos no art. 19 do RTAC, de forma a assegurar aos diferentes compromissários a isonomia de tratamento.

Determinações dos itens 9.4.10 e 9.4.11

'**9.4.10**. **abstenha-se de liberar as garantias relativas ao Editais de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, 1/2007-SPV-Anatel, 2/2012/SPV-Anatel e outros cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC**, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, **até a comprovação do efetivo adimplemento** do compromisso original ou de nova obrigação comutada no âmbito de TAC a ser possivelmente firmado com a Telefônica Brasil S/A, ou até nova deliberação do TCU a respeito (seção VII.1.2 do voto condutor deste acórdão);

9.4.11. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e **previamente à celebração do TAC objeto desta representação**, as **razões** de fato e de direito que levaram à conclusão de viabilidade de **liberação da garantia prevista no Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel** ao transacionar as obrigações correspondentes no TAC, ao contrário da previsão de manutenção das garantias relativas aos Editais de Licitação 1/2007-SPVAnatel e 2/2012/SPV-Anatel (seção VII.1.2 do voto condutor deste acórdão);' (destacamos)

106. As determinações dos itens **9.4.10** e **9.4.11** decorreram da constatação de que a Anatel liberaria as garantias relativas ao Edital 002/2010/PVCP/SPV-Anatel (relativo ao Projeto Solução MHz) assim que fosse assinado o TAC com a Telefônica. Por ocasião da prolação do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, o Plenário anuiu à conclusão de Vossa Excelência de que a garantia não poderia ser transacionada no âmbito de TAC por falta de previsão normativa (peça 166, p. 56).

107. Em suas justificativas, a Anatel alega que a previsão de liberação da garantia atingiu apenas o Edital 002/2010, tratando-se de medida excepcional, cuja motivação teria sido explicitada na Análise 108/2016/SEI/IF. Os motivos elencados são os mesmos analisados anteriormente, entre os quais destaco dois: (a) a devolução da faixa de radiofrequência implicaria a liberação da garantia; (b) os municípios vinculados ao edital já estavam atendidos, não fazendo sentido executar a garantia (peça 282, p. 38-40).

108. Afirma, com relação a esse caso, que determinaria à Telefônica que, após a assinatura do TAC, substituísse '*o objeto dos instrumentos de garantia (...) pelo objeto correspondente aos novos compromissos a serem assumidos em decorrência do TAC*', citando, nesse sentido, alterações na minuta do TAC (peça 282, p. 38-39).

109. Sem embargo, afirmou não ver óbice à proposta do TCU de abstenção da liberação de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

garantias relativas a editais cujas obrigações venham a ser transacionadas por meio de TAC, até o efetivo adimplemento do compromisso original ou da nova obrigação comutada (peça 282, p. 38, item 4.190, e 42, item 4.199).

110. Em face da rejeição do TAC da Telefônica, considero não mais aplicáveis as determinações que ora se analisam. Não obstante, visto que não foram apresentados argumentos novos que pudessem justificar eventual liberação de garantias quando da celebração de TAC, anuo à proposta da SeinfraCOM para que este Tribunal manifeste-se quanto ao mérito da matéria, expedindo determinação de caráter geral, para que a Anatel '*abstenha-se de liberar garantias relativas aos Editais de Licitação cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC, até a comprovação do efetivo adimplemento do compromisso original ou de nova obrigação comutada*' (peça 292, p. 68 e 78, item b.6).

Determinação do item 9.7

'**9.7**. determinar à Anatel, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que **apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação as medidas adotadas em relação a cada recomendação contida no item 9.6** cuja implementação seja considerada conveniente e oportuna, e, para recomendação cuja implementação não seja considerada conveniente ou oportuna, a justificativa da decisão;'

111. A Anatel encaminhou informações quanto às medidas adotadas em relação às recomendações constantes do item 9.6 do acórdão em discussão (peça 188, p. 12-19), as quais serão analisadas a seguir, quando do exame de cada recomendação expedida.

112. Diante disso, anuo à proposta de considerar **cumprida** a presente determinação.

RECOMENDAÇÕES À ANATEL, CONFORME ACÓRDÃO 2.121/2017-TCU-PLENÁRIO

Recomendação do item 9.6.1

'9.6.1. aperfeiçoar a Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) de forma a prever participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação de TAC, não somente ao final, mediante estabelecimento de pontos de controle ao longo do processo para a análise e decisão do referido colegiado antes da submissão da minuta definitiva de TAC à Procuradoria da Anatel, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção II.2 do voto condutor deste acórdão);' (destacamos)

113. Sobre a recomendação prevista no item 9.6.1, a Anatel entende que a interação entre a área técnica e o Conselho Diretor deve ser objeto de avaliação e reorganização mais ampla em todos os processos da Agência e não apenas naquela dos TAC (peça 188, p. 13-14).

114. A unidade técnica sugere considerar essa recomendação não implementada, sem propor medidas adicionais, por considerar que houve uma sinalização da Agência de reavaliar a forma de interação entre as diferentes instâncias em seus processos de trabalho (peça 292, p. 68).

115. A meu juízo, considerando que a própria Anatel reconheceu a importância da questão e se dispôs a revisar a interação do Conselho Diretor com outras instâncias de uma forma ampla, entendo mais adequado considerar a recomendação em exame como '**em implementação**', de forma a que seja objeto de verificação futura por parte desta Corte de Contas.

Recomendação do item 9.6.2

'**9.6.2. solicitar às operadoras o plano de investimento dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas de cada TAC admitido e em andamento na Agência**, incluindo seu cronograma e previsão de gastos**, para que seja avaliada a efetividade e o adequado incentivo econômico ao cumprimento do ajuste por meio das multas previstas** para cada compromisso face ao volume de recursos a ser gasto para executá-lo, e que passe a utilizar esses dados como mecanismo de controle e acompanhamento do andamento das atividades previstas em TAC, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

no art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção V.1 do voto condutor deste acórdão);' (destacamos)

116. A recomendação constante do item 9.6.2 está relacionada à mesma situação que levou à oitiva prevista no item 9.5.7, ambas do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário: a possível falta de proporcionalidade entre os investimentos necessários para cumprir as obrigações assumidas e as sanções em caso de descumprimento.

117. Como descrito anteriormente, a Anatel defende que, diferentemente dos compromissos adicionais, os **compromissos relativos aos ajustamentos de conduta** têm como objetivo '*o efetivo ajuste das condutas inseridas no bojo do TAC*'. Assim, a abordagem de alocar percentuais de VR diretamente relacionados ao valor a ser dispendido para o empreendimento dos projetos, '*razoável no que se refere aos compromissos adicionais, não se aplica aos compromissos orientados ao ajuste de condutas*'. Acrescenta que, em caso de descumprimento de compromisso, as sanções '*sempre serão significativamente maiores do que quaisquer outros valores envolvidos*'. Por esse motivo, a Agência reguladora informou que não atenderia à recomendação (peça 188, p. 15).

118. Com base nos argumentos que expus na análise da oitiva em relação ao item 9.5.7, reitero meu entendimento no sentido de que, em que pesem algumas características próprias dos compromissos de ajuste de conduta, também nesses casos deve haver proporcionalidade entre o valor de referência de compromisso e os valores necessários ao seu cumprimento, **sempre que referidos compromissos envolvam a realização de investimentos**.

119. Nessa linha, considero pertinente a expedição da determinação sugerida pela SeinfraCOM, para que a Anatel '*estabeleça mecanismos para garantir que o valor de referência de cada item das **metas de ajustamento de conduta** dos TACs seja proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público nos TACs e **ao ônus a ser incorrido pela empresa***' (peça 292, p. 61 e 78, b.7).

Recomendação do item 9.6.3

'**9.6.3**. Na **análise de cada TAC**, inclusive aqueles cuja minuta já foi aprovada pelo Conselho Diretor, **avaliar o impacto do instrumento no cenário atual de competição dos serviços de telecomunicações nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais**, com vistas a mitigar o risco de que as ações resultantes de TAC, a exemplo da concessão de benefícios diretos a usuários das regiões atendidas e os investimentos a serem feitos naquelas localidades, impactem negativamente o ambiente concorrencial nessas regiões, nos termos do disposto nos arts. 2º, inciso III, 19, inciso XIX, e 70 da Lei 9.472/1997 (LGT), c/c o art. 159, inciso I, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) (seção IV.3 do voto condutor deste acórdão);'

120. A recomendação em tela foi exarada em decorrência do possível risco de que os projetos de investimento no âmbito dos TAC repercutissem negativamente no ambiente concorrencial das regiões atendidas, ao gerar vantagem competitiva para a compromissária (peça 166, p. 30).

121. A Anatel afirma, em sua resposta, considerar '*conveniente e oportuno, na análise de cada TAC, avaliar o impacto do mesmo no cenário atual de competição*', e se dispõe a acatar a recomendação. Acrescenta que o Plano Geral de Metas de Competição (PGMC) estabelece uma estrutura de regulação para que sejam adotadas medidas '*em contextos com elevada probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado*', o que mitigaria eventuais prejuízos ao cenário concorrencial (peça 188, p. 8 e 16). Especificamente sobre o TAC da Telefônica, afirma que realizou estudo acerca do tema, que culminou com a conclusão de que os investimentos em FTTH nas cidades previstas não causariam prejuízos à competição (peça 282, p. 45-53).

122. Em que pese a intenção da Anatel de implementar a recomendação, a SeinfraCOM destacou que **o estudo sobre competitividade** relativo aos impactos dos compromissos adicionais nos locais previstos no TAC da Telefônica **foi alvo de muitas críticas** por diferentes atores do setor de telecomunicações. Entre elas, foram apontados indícios de investimentos em cidades atrativas financeiramente, que poderiam estar no planejamento de expansão de outras operadoras, bem como de aumento de concentração de mercado em certas localidades, em algumas das quais a Telefônica já detinha mais que 50% do mercado. Um município citado como exemplo foi Conselheiro Lafaiete, que já teria oferta de FTTH em 100% de seu território por provedores regionais (peças

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

225, p. 5-6 e 11-16; e 278, p. 4-5).

123. Ao incluir locais onde possui posição dominante de mercado, a Telefônica estaria, na visão da unidade instrutiva, utilizando o TAC para custear, ainda que parcialmente, seu plano comercial de modernização da rede. A unidade técnica acrescenta que, dentre as cidades escolhidas, '*a classificação concorrencial da Agência revela que são lugares em que existe competição moderada ou com potencial para atingir esse nível*' (peça 292, p. 43).

124. Por tratar-se de recomendação genérica, aplicável a todos os TAC que venham a ser celebrados pela Anatel, entendo tratar-se de deliberação 'não monitorável' no momento, ante a inexistência de TAC em análise. Não fica excluído, todavia, o exame de seu cumprimento em casos concretos a serem examinados em futuros trabalhos deste Tribunal, razão pela qual julgo oportuno que se dê ciência à Anatel de que a recomendação constante do item 9.6.3 permanece vigente.

125. Em **face dos indícios de fragilidades no estudo realizado pela Anatel**, anuo à proposta de expedir **ciência** à Agência acerca de '*seu dever legal de atuar em prol da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras (...)*', na forma sugerida pela unidade técnica (peça 292, p. 48 e 78, item d.1).

Recomendação do item 9.6.4

'**9.6.4.** estabelecer sistemática de **credenciamento e certificação prévia da lista de empresas privadas aptas a certificar a execução das metas**, compromissos e investimentos pactuados em TAC, ou, **no mínimo, definir critérios e requisitos que deverão ser atendidos por essas empresas**, de forma a reduzir risco de conflito de interesses em prejuízo à veracidade e fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras (seção V.3.1 do voto condutor deste acórdão);' (destacamos)

126. A recomendação referente ao item 9.6.4 decorreu da previsão, no Manual de Acompanhamento e Fiscalização do TAC (MAF), de contratação de empresas terceirizadas, por parte das operadoras, para certificar dados e informações a serem prestadas à Anatel, arcando a compromissária com os custos correspondentes (peça 126, p. 3-4).

127. Em minha primeira manifestação, considerei grande a probabilidade de insucesso do modelo previsto no MAF, pelo fato de a Anatel não exercer, de modo adequado, sua fiscalização sobre as atividades executadas pelas empresas terceirizadas (peça 156, p. 42).

128. No voto condutor do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, considerou-se a potencial terceirização das atividades fiscalizatórias como ilegal, salientando-se que, ainda que o papel das terceirizadas fosse restrito a municiar a Anatel com dados validados, haveria riscos no mecanismo, como ocorrido em experiências anteriores no âmbito da própria Anatel. Na oportunidade, Vossa Excelência considerou como ponto mais relevante, '*o risco de conflito de interesses das empresas contratadas frente à operadora, que é contratante e parte fiscalizada ao mesmo tempo*'. Para mitigá-lo, propôs a expedição da recomendação em exame (peça 166, p. 36, parágrafos 303-304 e 309).

129. A Anatel afirma novamente que a contratação das empresas na forma prevista não constitui terceirização de sua atividade fiscalizatória, sendo as informações prestadas apenas subsídios para a atuação da Anatel. Acrescenta que já houve a definição de critérios e requisitos a serem atendidos pelas empresas terceirizadas. A respeito, transcreve trecho do Capítulo VIII da Minuta de TAC da Telefônica, assim como da cláusula 8.6 do Manual de Acompanhamento e Fiscalização (peça 188, p. 16-17), que conteriam referidos requisitos:

'§1º. A pessoa jurídica contratada deve atender aos seguintes requisitos:

I - ser pessoa jurídica dotada de independência administrativa e autonomia financeira, patrimonial e impessoalidade decisória, não detendo qualquer relação de controle ou coligação com o grupo econômico do qual faz parte a COMPROMISSÁRIA;

II - ser constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no país;

III - ter prazo de duração indeterminado; e

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

IV - deter capacidade técnica para desempenhar as atividades mencionadas na presente Cláusula.'

130. A SeinfraCOM, por sua parte, aduz que os critérios constantes da minuta de TAC e do MAF apresentados na manifestação da Anatel já existiam quando da prolação do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, e que, naquele momento, foram considerados insuficientes para mitigar os riscos vislumbrados por esta Corte. Por essa razão, propõe determinar à Anatel que:

'defina, nos instrumentos e nos regulamentos que prevejam a contratação de terceiros, por parte das prestadoras, para a elaboração de relatórios e o auxílio à fiscalização da Agência, critérios e requisitos que deverão ser atendidos por esses terceiros, de forma a reduzir risco de conflito de interesses e de ausência de capacidade técnica em prejuízo à veracidade e à fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras, em observância aos princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel), c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT).' (peça 292, p. 69-70)

131. De fato, o texto que consta da resposta da Anatel (peça 188, p. 16-17) é idêntico àquele presente na Minuta aprovada do TAC da Telefônica (peça 96, p. 36), não trazendo, portanto, inovações quanto à situação examinada anteriormente. Verifica-se que os requisitos exigidos pela Agência chegam a ser simplórios, uma vez que elencam características esperadas de qualquer empresa que esteja em operação e pretenda desempenhar uma atividade especializada.

132. Em outras palavras, não foram estabelecidos critérios diferenciados, que realmente estabeleçam parâmetros objetivos para selecionar empresas que tenham *expertise* e independência para realizar a certificação exigida no manual do RTAC. Quanto a esse ponto, a unidade técnica destaca que, no caso da Entidade Aferidora de Qualidade (EAQ), analisado pelo Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, uma das fragilidades apontadas foi justamente a falta de conhecimentos técnicos por parte da empresa contratada (peça 292, p. 69).

133. Assim, considerando a posição da Anatel de não estabelecer sistemática de credenciamento e a insuficiência dos critérios apresentados, compartilho do entendimento da unidade instrutiva de que a recomendação **deve ser considerada não implementada**, permanecendo, para os futuros TAC, os riscos apontados pelo Tribunal. Sem embargo, em lugar da determinação sugerida, proponho a expedição de nova **recomendação** para que a Agência reguladora promova estudos e estabeleça novos critérios a serem atendidos pelas empresas contratadas para certificação da execução das metas pelas compromissárias ou apresente solução alternativa, que mitigue os riscos de conflito de interesses e de falta de conhecimentos técnicos por parte da empresa contratada.

Recomendação do item 9.6.5

'**9.6.5**. **avaliar, ao final da vigência do primeiro TAC que for concluído, a relação custo benefício do instrumento** em relação à arrecadação direta das multas aplicadas, de modo a aferir se a troca traz reais benefícios ao interesse público e, eventualmente, aprimorar o instrumento (seção X do voto condutor deste acórdão);'

134. A Anatel informou que pretende realizar o estudo recomendado quando o primeiro TAC for encerrado (peça 188, p. 17-18).

135. Diante disso, em não havendo nenhum termo de ajuste encerrado até o momento, cumpre considerar a recomendação 'em implementação', conforme proposto pela SeinfraCOM.

Recomendação do item 9.6.6

'**9.6.6**. Na revisão do conteúdo do Ato-Anatel 50.004/2016, **submeter a nova versão à consulta pública**, com vistas a colher manifestações do poder público, dos usuários e do setor, tendo em vista seu cunho regulatório, pois tal proceder pode contribuir para aprimorar as decisões da Agência, em especial no que tange à aderência das decisões ao interesse público e à política setorial (seção IV.2 do voto condutor deste acórdão);'

136. Diversas fragilidades observadas no texto do Ato 50.004/2016 foram explicitadas quando da prolação do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, bem como neste parecer, notadamente no exame

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

das oitivas referentes aos itens 9.5.4 e 9.5.5 do referido acórdão.

137. Quanto à recomendação contida no item 9.6.6, a Anatel informou que o Conselho Diretor determinou a realização de ajustes no Ato 50.004/2016 e a realização de consulta pública, conforme recomendado.

138. Considerando que a revisão e a consulta pública ainda não foram realizadas, anuo à proposta da SeinfraCOM de considerar a recomendação em implementação.

DETERMINAÇÕES ÀS UNIDADES DO TCU CONFORME ACÓRDÃO 2.121/2017-TCU-PLENÁRIO

'**9.8.** determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que, nestes autos ou em processo apartado, **inicie imediata fiscalização sobre a equação econômico-financeira dos compromissos adicionais contidos na negociação do TAC objeto desta representação**, considerando suas premissas, motivações, e fundamentos, requisitando à Anatel as informações que sejam necessárias para a realização dessa análise (seção VII.3.5 do voto condutor deste acórdão);

9.9. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que, **no momento oportuno, realize ação de controle específica para acompanhar as medidas a serem adotadas pela Anatel no decorrer de suas atividades de fiscalização e controle sobre os termos de ajustamento de conduta que celebrar**, considerando o contexto dos demais TAC em negociação no âmbito da Agência, e em especial o atual cenário de restrição orçamentária e de pessoal vivenciado pela Agência, requisitando da Anatel informações semestrais sobre a execução dos ajustes (seção X do voto condutor deste acórdão);

9.10. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que **autue processos de acompanhamento para os próximos TAC que a Anatel venha a celebrar** (seção X do voto condutor deste acórdão);

9.11. determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) que **realize ação de controle com vistas a avaliar a política nacional de banda larga,** considerando os impactos sobre a competitividade e o desenvolvimento regional;'

139. Quanto à determinação contida no item 9.8, entendo não ser mais aplicável, em face da rejeição do TAC da Telefônica. Não obstante, considerando a importância da matéria, julgo pertinente endereçar **nova determinação** à SeinfraCOM para que a equação econômico-financeira dos compromissos adicionais seja um dos aspectos a serem avaliados nos processos de acompanhamento que venham a ser autuados em cumprimento à determinação constante do item 9.10 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

140. No que se refere às determinações contidas nos itens 9.9 e 9.10 supratranscritos, em que pese não haver manifestação da SeinfraCOM a seu respeito, considero que seu cumprimento dependerá do trâmite de novos TAC na Anatel. Assim, **entendo que continuam válidas e que deverão ser inseridas no planejamento da unidade técnica para os próximos anos**, caso venham a ser celebrados termos de ajustamento pelo órgão regulador.

141. Relativamente à determinação constante do item 9.11, o trabalho foi realizado por meio do TC 032.508/2017-4, tendo sido exarado o Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, como mencionado nos parágrafos 12-18 deste parecer, devendo, portanto, ser considerada cumprida.

CONCLUSÃO

142. Em que pese o arquivamento, pela Anatel, do TAC da Telefônica examinado neste processo, muitos aspectos tratados nestes autos se referem à sistemática e às regras do TAC de forma geral, como relatado ao longo deste parecer. Portanto, além das determinações que venham a ser exaradas nesta fase processual, convém destacar que continuam válidas todas as deliberações de caráter genérico expedidas pelo Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, que deverão ser observadas pela Agência reguladora em todos os ajustes de conduta em andamento ou que venha a celebrar, sendo oportunamente monitoradas por esta Corte. Nesse sentido, proponho dar ciência à Anatel de que as

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

determinações e recomendações constantes do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário continuam válidas, excetuando-se tão somente aquelas que venham a ser expressamente consideradas não mais aplicáveis no acórdão a ser prolatado nesta fase processual.

143. Entre os principais pontos examinados, chamo atenção para a necessidade de decisões devidamente motivadas, sendo o atendimento das diretrizes das políticas de telecomunicação um objetivo a ser perseguido. Tais diretrizes constituem parâmetros fundamentais para o atendimento do interesse público, merecendo destaque, nesse sentido, as orientações de redução das desigualdades regionais e o incentivo ao compartilhamento da infraestrutura construída com recurso dos TAC.

144. Diante do exposto, este membro do Ministério Público de Contas manifesta-se, em linhas gerais, de acordo com o encaminhamento sugerido pela unidade técnica (peças 292-294), com os ajustes mencionados ao longo deste parecer. Para maior clareza, reproduzo a seguir a proposta de encaminhamento sugerida pela unidade técnica com os ajustes que reputo necessários:

a) **em relação ao Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, considerar**:

a.1) cumpridas as determinações contidas nos itens 9.7, 9.11, 9.15.1 e 9.18;

a.2) não monitoráveis neste momento as determinações contidas nos itens 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.4, 9.4.5, 9.4.6 e a recomendação constante do item 9.6.3, sem prejuízo de que seu cumprimento venha a ser verificado em casos concretos a serem examinados em trabalhos futuros deste Tribunal;

a.3) não monitoráveis neste momento as determinações dirigidas à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) contidas nos itens 9.9 e 9.10;

a.4) em implementação as recomendações contidas nos itens 9.6.1, 9.6.5 e 9.6.6;

a.5) não implementadas as recomendações contidas nos itens 9.6.2 e 9.6.4;

a.6) não mais aplicáveis as determinações contidas nos itens 9.4.7, 9.4.8, 9.4.9, 9.4.10, 9.4.11 e 9.8;

a.7) que os itens de oitiva 9.5.1 a 9.5.7 foram respondidos tempestivamente;

b) **determinar à Anatel**, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

b.1) em todo e qualquer TAC, somente aprove compromissos adicionais que contribuam efetivamente para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a massificação do acesso à internet, em observância ao art. 22, I a V, do RTAC, com o art. 2º da Portaria-MC 1.455/2016, com os arts. 1º, I, II e IV, e 6º, VI, do Decreto 7.175/2010, o art. 2º, I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e com o art. 3º, III, da Constituição Federal;

b.2) revise os TACs em andamento na Agência de forma a assegurar que os projetos previstos como compromissos adicionais, abrangidos ou não pelo Ato-Anatel 50.004/2016, estejam compatíveis com as diretrizes de redução das desigualdades regionais e sociais e de massificação do acesso à internet, em consonância com o art. 22, I a V, do RTAC, com o art. 2º da Portaria-MC 1.455/2016, com os arts. 1º, I, II e IV, e 6º, VI, do Decreto 7.175/2010, o art. 2º, I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e com o art. 3º, III, da Constituição Federal;

b.3) na revisão do Ato-Anatel 50.004/2016 já em andamento na Agência, estabeleça critérios compatíveis com as diretrizes previstas no art. 22 do RTAC com vistas a promover a redução das desigualdades sociais e regionais e a massificação do acesso à internet, em consonância com o art. 22, I a V, do RTAC, com o art. 2º da Portaria-MC 1.455/2016, com os arts. 1º, I, II e IV, e 6º, VI, do Decreto 7.175/2010, o art. 2º, I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e com o art. 3º, III, da Constituição Federal;

b.4) no processo de análise e aprovação dos TACs, assegure que todas as variáveis que possam interferir no VPL do projeto sejam devidamente contempladas e avaliadas, inclusive potenciais sinergias entre serviços da prestadora, que podem gerar receitas alternativas e compartilhamento de custos, de modo a evitar benefícios econômicos indevidos para as prestadoras, em consonância

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

com o art. 15, *caput*, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da igualdade, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

b.5) no processo de análise e aprovação dos TACs, assegure que os compromissos adicionais firmados pela operadora não contemplem investimentos já constantes de seu planejamento comercial, em consonância com o art. 15, *caput*, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da igualdade, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

b.6) abstenha-se de liberar as garantias relativas aos Editais de Licitação cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC, até a comprovação do efetivo adimplemento do compromisso original ou de nova obrigação comutada no âmbito de TAC, em consonância com os princípios de vinculação ao instrumento convocatório, de interesse público e de isonomia previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como com as respectivas cláusulas editalícias e com os termos de autorização;

b.7) estabeleça mecanismos para garantir que o valor de referência de cada item das metas de ajustamento de conduta dos TACs seja proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público nos TACs e ao ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento, em atenção aos princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) e nos arts 19 e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como as finalidades dos arts. 3º, 15, incisos III e IV, 16, 17 e 18 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC);

b.8) previamente à realização de investimentos pelo setor privado com recursos públicos em infraestrutura de redes de telecomunicações, a exemplo dos investimentos realizados a título de compromissos adicionais dos TACs, estabeleça de forma clara e objetiva as diretrizes específicas relacionadas ao compartilhamento dessas infraestruturas, justificando eventuais casos de não compartilhamento imediato dessas redes, em atendimento aos arts. 6º, I e IV, e parágrafo único, do Decreto 7.175/2010, e 4º, parágrafo único, II, do Decreto 4.733/2003 c/c o art. 2º, I e II, do Decreto 8.877/2016 e com os arts. 6º e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

b.9) proceda à alteração do inciso II do art. 26 do RTAC, de forma a que sua redação expresse com clareza a regra a que estarão submetidos os compromissários em caso de mora na execução de algum item do cronograma;

b.10) ao fixar o percentual de desconto nos ajustes de conduta que firmar, faça-o de forma fundamentada, com base em pareceres que indiquem os critérios técnicos e objetivos que motivaram sua concessão;

c) **recomendar à Anatel**, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que avalie a conveniência e oportunidade de:

c.1) estabelecer mecanismos que efetivamente mitiguem os riscos de que o processo administrativo de apuração do descumprimento dos TACs não tenha celeridade, com vistas a garantir a efetividade das sanções do TAC em caso de descumprimento;

c.2) estabelecer, nas normas atinentes ao TAC, critérios ou parâmetros mais objetivos para concessão dos descontos previstos no art. 19 do RTAC, de forma a assegurar aos diferentes compromissários a isonomia de tratamento;

c.3) promover estudos e estabelecer novos critérios a serem atendidos pelas empresas contratadas para certificação da execução das metas pelas compromissárias, ou apresentar solução alternativa, que mitigue os riscos de conflito de interesses e de falta de conhecimentos técnicos por parte da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

empresa contratada, em observância aos princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel), c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

d) **dar ciência à Anatel**, com fundamento no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, sobre:

d.1) o seu dever legal de atuar em prol da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita, inclusive no âmbito dos compromissos adicionais dos TACs, em consonância com os arts. 6º e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT);

d.2) de que as determinações contidas nos itens 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.4, 9.4.5, 9.4.6 e a recomendação constante do item 9.6.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário continuam válidas, bem como os entendimentos firmados por meio dos itens 9.3, 9.12 e 9.13 do citado acórdão, devendo ser observados pela Agência nos ajustes de conduta que vier a firmar;

e) **determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM)** que, nos processos de acompanhamento que venham a ser autuados em cumprimento à determinação constante do item 9.10 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, inclua no escopo de sua avaliação o item relativo ao exame da equação econômico-financeira dos compromissos adicionais;

f) considerar sigilosas as peças 45, 102, 128 e 137 destes autos, com fundamento nos arts. 4º, § 2º, e 5º, § 4º, da Resolução TCU 254/2013 c/c art. 39, parágrafo único, da Lei 9.472/1997;

g) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida neste processo:

g.1) à Anatel;

g.2) à Telefônica Brasil S.A.;

g.3) ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações;

g.4) à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados;

g.5) à Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado Federal;

g.6) à Procuradoria da República no Rio de Janeiro, do Ministério Público Federal, tendo em vista seu interesse no objeto deste processo, conforme solicitações autuadas nos TC 003.252/2017-5 e 017.741/2017-3, referentes ao Procedimento Preparatório 1.30.001.004957/2016-04;

g.7) à Procuradoria da República no Distrito Federal, do Ministério Público Federal, tendo em vista seu interesse no objeto deste processo, conforme solicitação autuada no TC 002.962/2018-7, referente ao Procedimento Preparatório 1.18.000.003168/2017-33;

h) encerrar o presente processo, com fulcro no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU."

É o Relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60890768.

VOTO

Em exame representação acerca de irregularidades na potencial celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), abrangendo processos sancionatórios relativos à regulação de vários temas de sua competência, como qualidade e fiscalização dos serviços de telecomunicações.

2. Os TAC a serem firmados entre as prestadoras e a Anatel envolvem, em apertada síntese, o compromisso de ajustamento de conduta propriamente dito e a permuta do estoque financeiro de multas administrativas aplicadas pela agência reguladora, desde que não transitadas em julgado no âmbito administrativo, por compromisso de realização de investimentos adicionais de interesse público por meio de projetos a serem ajustados entre as partes.

3. Ainda que o presente processo verse sobre possíveis irregularidades em atos e procedimentos da Anatel alusivos à negociação, cálculo de obrigações, aprovação, celebração e fiscalização que perpassam todos os TAC da Agência de forma geral (peça 18), a unidade instrutora decidiu, inicialmente, analisar o caso concreto da Telefônica Brasil S/A , uma vez que, à época, era o processo que se encontrava em adiantado estágio de trâmite com vistas à assinatura.

4. Assim, em sessão de 27/9/2017, este colegiado apreciou o mérito parcial desta representação por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, que dirigiu uma série de oitivas, determinações, recomendações e ciências à Anatel, além de providências acessórias.

5. Neste momento, aprecia-se o monitoramento dos comandos expedidos na mencionada decisão, os quais trataram de temas diversos relacionados à celebração de TAC em geral pela Agência e de providências específicas necessárias ao saneamento do instrumento em negociação com a operadora Telefônica.

6. O feito foi novamente instruído pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM), cujo pronunciamento (peças 292-294), em resumo, analisa as oitivas promovidas e realiza avaliação do implemento das determinações e recomendações. Como conclusão, propõe novas determinações e recomendações à Agência e providências processuais complementares.

7. O Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) manifesta-se em essência de acordo com a proposta da secretaria especializada, com os ajustes que menciona (peça 296). Ambos os pronunciamentos técnicos residem transcritos no Relatório que precede este Voto.

8. A Anatel apresentou memorial em que apresenta seu posicionamento acerca dos apontamentos da instrução da SeinfraCOM (peça 300).

9. Ponho-me, de modo geral, de acordo com o pronunciamento da unidade instrutora, com os ajustes sugeridos pelo MPTCU, razão pela qual incorporo seus fundamentos às minhas razões de decidir, exceto pelos pontos específicos que destacarei ao longo deste Voto, para os quais dou encaminhamento diverso.

10. Devido à extensão do *decisum* monitorado, deixo de transcrevê-lo. Opto por adentrar o exame dos principais apontamentos da SeinfraCOM que restam pendentes de pronunciamento do Tribunal, organizados segundo tratem de oitiva, determinação e recomendação.

11. Antes, porém, noticio que não houve sucesso de parte da Agência em negociar e ajustar a proposta de TAC junto à Telefônica ao prescrito no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

12. Conforme detalhado na instrução da SeinfraCOM, entre outubro e dezembro de 2017 ocorreram sucessivas reuniões e trocas de correspondências entre a Agência e a prestadora para adequar a minuta do TAC ao disposto na decisão do Tribunal, em especial no que alude aos compromissos adicionais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

13. Em 22/12/2017, a Anatel enviou ofício à prestadora solicitando ajuste da área de cobertura de compromissos adicionais nos municípios de Belém (PA) e Palmas (TO), de forma a alcançar uma distribuição compatível com o estimado no Valor Presente Líquido (VPL) do TAC.

14. Em 8/3/2018, a Anatel expediu reiteração da solicitação e, em 9/3/2018, a Telefônica protocolou documento no qual afirmou que "fatores desequilibram o racional jurídico-econômico do TAC forçando a Telefônica a não prosseguir na persecução da finalização do acordo nas bases em que se encontra atualmente". No mesmo ofício, porém, a prestadora afirmou que continuaria disposta a negociar com a Anatel.

15. Em 13/3/2018, a prestadora respondeu aos ofícios reiterados pela Anatel e propôs a retirada das cidades de Belém (PA) e Palmas (TO) dos compromissos adicionais sob a justificativa de que seria necessário reduzir o valor total do TAC devido ao julgamento definitivo de processos sancionatórios com aplicação de multas, ocorrido em 8/3/2018, o que implicou a retirada do valor correspondente da negociação em curso, à luz do disposto no art. 1º, § 1º, da Resolução-Anatel 629/2013 (Regulamento dos Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – RTAC). Daí em diante, a empresa não encaminhou mais qualquer documento sobre o tema para a Agência.

16. Em informe de 9/4/2018, a Comissão de Negociação do TAC analisou as informações até então prestadas e concluiu que não seria possível "realizar o atendimento integral aos itens 9.4.2 e 9.4.8 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário", uma vez que a prestadora estava reticente em apresentar o que foi requerido e que tinha apresentado manifestações "contraditórias e inconclusivas". Assim, propôs ao Conselho Diretor (CD) que não celebrasse o TAC da Telefônica, o que foi acatado por três Conselheiros, com voto contrário dos outros dois integrantes do colegiado, na Reunião Extraordinária 849, de 25/4/2018.

17. Desse modo, ainda que a rejeição do TAC da Telefônica pela Anatel implique perda de objeto de algumas das determinações do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário para o caso concreto, isso não afasta o entendimento do Tribunal acerca dos pontos sobre os quais se pronunciou.

18. Conforme já destaquei, o caso em exame na oportunidade foi o da Telefônica, porém as irregularidades e impropriedades no processo de negociação do TAC em tela, ainda que não tenham sido consumadas mediante assinatura do instrumento, evidenciam falhas que demandam correção de procedimentos internos e orientações aos próximos casos.

19. Portanto, os fundamentos da deliberação seguem aplicáveis, porque se referem à aferição da conformidade e legalidade do instrumento TAC pela Agência em geral, ou seja, a todos os ajustes que vier a apreciar e aprovar. Ao se pronunciar neste feito, o MPTCU reforça a necessidade de se formalizar ciência nesse sentido.

20. Nessa esteira, ainda que o instrumento em negociação com a Telefônica não tenha sido celebrado, deve ser dada **ciência** à Anatel de que os fundamentos técnicos e jurídicos adotados pelo Tribunal por ocasião do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário permanecem válidos e se aplicam a todos os futuros TAC a serem celebrados em situações similares ou análogas, devendo ser observados pela Agência nos termos de ajuste de conduta que vier a firmar.

21. Antes de passar ao exame dos pontos pendentes de monitoramento, saliento ainda que, por força do subitem 9.11 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, foi determinada a realização de ação de controle com vistas a avaliar a política nacional de banda larga, considerando os impactos sobre a competitividade e o desenvolvimento regional.

22. Em atendimento, foi autuado levantamento sobre o tema (TC 032.508/2017-4), apreciado por meio do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Ministra Ana Arraes, cujas conclusões auxiliarão no deslinde do mérito destes autos.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

23. Feita a contextualização, passo inicialmente ao exame das oitivas contidas no subitem 9.5 da decisão, que encerram pontos pendentes de dúvidas ou sobre os quais havia necessidade de informações adicionais com vistas a firmar melhor convicção. Na sequência, tratarei do exame de cumprimento das determinações e recomendações expedidas.

II – DA RESPOSTA ÀS OITIVAS

24. O Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário dirigiu as seguintes **oitivas** à Anatel para que esclarecesse aspectos não suficientemente amadurecidos nos autos ou pontos suscitados pelos nobres Ministros ao longo da sessão de julgamento:

> "9.5.1. incidência, ou não, do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, previsto no Ato-Anatel 50.004/2016, no cálculo do montante dos compromissos adicionais previsto para o TAC da Telefônica Brasil S/A, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 36-50, e seção IV.1 do voto condutor deste acórdão);
>
> 9.5.2. tratamento a ser conferido à infraestrutura de telecomunicações que pode vir a ser implementada com recursos de TAC, em termos de prazos e condições de compartilhamento, levando-se em conta o que prevê a Lei 13.116/2015 e o Decreto 7.175/2010, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 235-262, e seção IV.3 do voto condutor deste acórdão);
>
> 9.5.3. esclarecimento quanto à interpretação do inciso II do art. 26 do RTAC, a fim de demonstrar se indica o teto (valor máximo) ou o piso (valor mínimo) da multa diária que deve ser aplicada à operadora que incidir em mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos, conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 437-464, e seção VI.3 do voto condutor desta deliberação);
>
> 9.5.4. em relação ao Ato-Anatel 50.004/2016, esclarecimento sobre de que forma os critérios nele definidos atenderão às diretrizes estabelecidas no art. 22 do RTAC, especialmente em relação ao atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e à redução das desigualdades regionais (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão);
>
> 9.5.5. em relação ao caso concreto do TAC da Telefônica Brasil S/A, no que tange aos projetos que compõem seus compromissos adicionais, esclarecimento sobre: i) a forma prevista para atendimento ao art. 22 do RTAC por meio de compromissos adicionais, especialmente em relação às diretrizes previstas nos incisos I e II desse dispositivo ("*atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações*" e "*redução das diferenças regionais*", respectivamente), conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 312-319, e seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão); e ii) a relação entre a escolha da tecnologia *fiber to the home* (FTTH), internet de altíssima velocidade e possivelmente de custo mais alto para o usuário final, e as diretrizes de políticas setoriais afetas à massificação do acesso à banda larga, além das diretrizes anteriormente mencionadas;
>
> 9.5.6. esclarecimento sobre a possibilidade de prejuízo às características fundamentais do TAC previstas no art. 786 do Código de Processo Civil (certeza, liquidez e exigibilidade) em razão da previsão de processo apuratório com vistas à emissão de certificado de descumprimento (RTAC, arts. 27 e 31), conforme análise do parecer do Ministério Público junto ao TCU (peça 156, parágrafos 69-79, e seção VI.4 do voto condutor desta deliberação);
>
> 9.5.7. esclarecimento sobre eventuais mecanismos que a agência pretende adotar para garantir que o valor de referência de cada item dos compromissos do TAC (ajustamento de conduta e compromissos adicionais) efetivamente seja proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público no TAC e corresponda ao real ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento (seções VI.1 e VII.2.2 do voto condutor deste acórdão e item 9.4.4 deste acórdão);"

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

25. Examino individualmente cada temática.

Da aplicação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos

26. No que se refere ao questionamento do subitem 9.5.1, a Anatel informou que o fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, previsto no Ato-Anatel 50.004/2016, foi adotado para cálculo do montante dos compromissos adicionais previsto para o TAC da Telefônica. No entanto, conforme estabelecido pelo § 2º, do art. 2º, do Ato-Anatel 50.004/2016, "a escolha de qualquer outro projeto não previsto no rol de projetos estratégicos deveria receber o fator multiplicador 1".

27. Dessa forma, considerando que, na prática, o projeto de FTTH da prestadora não se enquadrou no mencionado rol de projetos incentivados, isso "corresponde matematicamente à não atribuição de peso, dado que o cálculo realizado não sofreu qualquer impacto (multiplicação por '1')", tendo em vista, ainda, que a operadora não é obrigada a escolher projetos incentivados pelo fator.

28. Conclui-se, portanto, que o projeto que seria implantado pela Telefônica por meio de TAC não faria uso do fator de redução de desigualdades. Em face da rejeição do pleito da operadora, a questão resta superada e dispensa a adoção de medidas pelo Tribunal.

Do compartilhamento de infraestrutura

29. Com relação ao subitem 9.5.2, a Anatel defendeu que não seria cabível obrigar, em todos os TAC a serem aprovados, o compartilhamento da infraestrutura construída, sendo necessário avaliar a vantajosidade dessa opção diante de cada caso concreto.

30. Afirma que, caso a prestadora seja compelida a compartilhar parte da infraestrutura erigida por força de TAC, verá sua expectativa de receita reduzida, o que impacta o cálculo do Valor Presente Líquido (VPL) do projeto. Toda vez que a expectativa de receita se reduzir, ocorrerá a majoração do valor do VPL negativo do projeto, que condiciona o montante de compromissos adicionais dos TAC a serem aplicados em projetos de interesse público – conforme detidamente explicado na decisão monitorada. Dessa maneira, aumentar o valor do VPL negativo como um todo representaria redução da quantidade de municípios atendidos.

31. Aduz que, nos termos do art. 3º da Lei 13.116/2015 (Lei das Antenas), "as redes de acesso em fibra (FTTH) não se enquadram, *a priori*, em uma infraestrutura sujeita ao compartilhamento obrigatório, pois não se caracterizam como uma infraestrutura de suporte".

32. Por isso, as fibras implementadas por meio de compromissos adicionais do TAC estariam sujeitas às regras do Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), que preveem um feriado regulatório de vários anos antes que a prestadora seja compelida a compartilhar a rede com as demais empresas interessadas, por intermédio do Sistema de Negociação de Ofertas de Atacado (SNOA). Já as demais infraestruturas necessárias, como dutos e postes, estariam, em tese, sujeitas a compartilhamento.

33. Ao examinar a resposta à oitiva, a unidade instrutora defende que as conclusões da Anatel teriam deixado de levar em consideração eventuais efeitos benéficos do compartilhamento de infraestrutura para a sociedade e para o mercado de telecomunicações, os quais em tese superariam as eventuais perdas de receitas decorrentes da exploração monopolística do ativo ou do serviço viabilizado por essa infraestrutura.

34. Para demonstrar sua tese, traz argumentos oriundos de atores desse mercado, a exemplo dos apresentados pela operadora TIM e pela Associação Brasileira de Provedores de Internet e Telecomunicações (Abrint) à Agência, acompanhados de estudos de mercado.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

35. Diante desse contexto, a unidade instrutora propõe determinar à Anatel que, previamente à realização de investimentos pelo setor privado com recursos públicos em infraestrutura de redes de telecomunicações, a exemplo dos investimentos realizados a título de compromissos adicionais dos TAC, estabeleça de forma clara e objetiva as diretrizes específicas relacionadas ao compartilhamento dessas infraestruturas, justificando eventuais casos de não compartilhamento imediato dessas redes, em atendimento aos arts. 6º, I e IV, e parágrafo único, do Decreto 7.175/2010, e 4º, parágrafo único, II, do Decreto 4.733/2003, c/c o art. 2º, I e II, do Decreto 8.877/2016, bem como os arts. 6º e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT).

36. Propõe ainda dar ciência à Anatel sobre o seu dever legal de atuar em prol da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita, inclusive no âmbito dos compromissos adicionais dos TAC, em consonância com os arts. 6º e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT).

37. Em exame de mérito, destaco inicialmente que eventuais vantagens da opção de compartilhamento *versus* não compartilhamento da infraestrutura eventualmente construída com recursos públicos oriundos de compromissos adicionais em TAC devem ser objetivamente demonstradas. Argumentos de concorrentes e entidades organizadas do setor devem ser lidos com parcimônia, tendo em vista o interesse comercial dessas partes na definição do tema pelo regulador, visto que podem ser beneficiadas por redes construídas por concorrentes, a depender do deslinde.

38. Ora, é notório que compartilhar a infraestrutura traz ônus e bônus, assim como não compartilhar. Não há alternativa claramente superior *a priori*. A demonstração da vantajosidade de uma opção ou outra deve ser demonstrada pela Anatel diante do caso concreto, sendo inviável a este Tribunal determinar em tese e de forma generalizada qual seria o melhor encaminhamento em todos os casos de investimentos privados com recursos públicos no setor de telecomunicações, dentre os quais a unidade instrutora cita o TAC apenas como exemplo. Além disso, os argumentos da unidade instrutora se limitam aos argumentos dos agentes de mercado e carecem de fundamentação diante do caso prático.

39. Outrossim, tal avaliação compete originariamente à Anatel, por consubstanciar verdadeiro mérito regulatório. Como frequentemente tenho ressaltado, ao Tribunal não cabe inferir quais soluções de caráter geral seriam mais adequadas ao mercado, sob pena de interferimos na prerrogativa do regulador.

40. Como é sabido, este Tribunal deve se pautar pela legislação vigente para determinar o procedimento correto, o saneamento de irregularidades procedimentais ou eventuais afrontas a princípios da Administração Pública aplicáveis ao caso. Deve, ainda, respeitar o mérito regulatório da Agência, desde que suas decisões estejam suficientemente motivadas.

41. Destaco que os dispositivos da Lei 9.472/1997 (LGT) mencionados pela unidade instrutora tratam tão somente de princípios gerais do tema:

> "Art. 6° Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.
>
> (...)
>
> Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade."

42. Por outro lado, os decretos adotados como fundamentação da proposta da SeinfraCOM foram posteriormente revogados pelo Decreto 9.612, de 17/12/2018 (dispõe sobre políticas públicas de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

telecomunicações), o qual deu tratamento normativo mais claro à questão que à época da instrução técnica se encontrava delimitada tão somente por princípios.

43. Na prática, verifica-se que o Decreto 9.612/2018 estabeleceu as diretrizes específicas de compartilhamento de infraestruturas reclamadas pela unidade instrutora em sua proposta (destaquei):

> "Art. 9º. Os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações fixados pela Anatel em função da celebração de termos de ajustamento de conduta, de outorga onerosa de autorização de uso de radiofrequência e de atos regulatórios em geral serão direcionados para as seguintes iniciativas:
>
> (...)
>
> Art. 10. As redes de transporte e as redes metropolitanas implantadas a partir dos compromissos de que trata o art. 9º estarão sujeitas a compartilhamento a partir da sua entrada em operação, conforme regulamentação da Anatel.
>
> § 1º As condições para o compartilhamento estarão plenamente estabelecidas na entrada em operação do segmento de rede a que se refere o *caput*.
>
> § 2º Observado o disposto no art. 8º, *caput*, inciso I, alínea "f", a Anatel divulgará aos interessados, para fins de compartilhamento, as informações sobre as redes e as demais infraestruturas implantadas.
>
> § 3º A regulamentação da Anatel poderá desobrigar o compartilhamento a que se refere o *caput*, se verificada a existência de competição adequada no respectivo mercado relevante."

44. Nessa linha, não se percebendo qualquer conflito entre o decreto e a lei, entendo que a solução infralegal encerra a questão. Deve-se, então, aguardar que a Anatel, no exercício de suas atribuições setoriais, edite a mencionada regulamentação com base na regra geral de compartilhamento (art. 10, *caput*), sendo possível o não compartilhamento como exceção motivada à regra (art. 10, § 3º).

45. A questão foi ainda alvo de determinação por meio do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário (relatora Ministra Ana Arraes, em sessão de 29/9/2018), que apreciou fiscalização sobre a política nacional de banda larga, realizada em atendimento ao disposto no subitem 9.11 da decisão ora monitorada:

> "9.2.4. previamente à realização de investimentos pelo setor privado com recursos públicos em infraestrutura de redes de telecomunicações, estabeleça de forma clara e objetiva as diretrizes relacionadas ao compartilhamento dessas infraestruturas e apresente ao TCU, no prazo de 30 (trinta) dias, após a publicação do ato, as justificativas adequadas quanto a eventuais casos de não compartilhamento imediato dessas redes, em atendimento aos arts. 6º, incisos I e IV, e parágrafo único, do Decreto 7.175/2010, e 4˚, parágrafo único, incisos I e II, do Decreto 4.733/2003 c/c o art. 24 do Decreto 8.877/2016."

46. Dessa feita, considerando que o decreto em tela é posterior à determinação *retro*, e que remeteu a regulamentação da matéria ao âmbito da Agência, deixo de acolher as propostas da unidade instrutora.

47. Entendo suficiente e adequado, à luz da legislação superveniente, **recomendar** à Anatel exercer seu dever de regulamentar o compartilhamento de redes de infraestrutura a serem construídas em função da celebração de termos de ajustamento de conduta, previstas no Decreto 9.612/2018, previamente à celebração dos TAC atualmente em negociação, como forma de conferir segurança jurídica à matéria e homenagear os princípios elencados na Lei 9.472/1997.

48. Entendo, ainda, despiciendo expedir ciência à Agência acerca de "seu dever legal de atuar em prol da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras", na forma sugerida pela unidade instrutora, visto tratar-se de comunicação redundante em relação às incumbências atribuídas por lei à Anatel.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

Da interpretação do inciso II do art. 26 do RTAC

49. Por meio da oitiva contida no subitem 9.5.3, solicitou-se à Anatel esclarecimento quanto à interpretação do inciso II do art. 26 do RTAC, a fim de demonstrar se indica o teto (valor máximo) ou o piso (valor mínimo) da multa diária que deve ser aplicada à operadora que incidir em mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos.

50. Tal fato se deu em razão de possível insegurança jurídica na interpretação do dispositivo ambíguo (grifei):

> "Art. 26. A mora na execução de item do cronograma de metas e condições dos compromissos acarretará a incidência de multa diária correspondente, em relação a qual se aplicam as seguintes regras:
>
> (...)
>
> II - terá como teto o equivalente a, no mínimo, 2 (duas) vezes o valor correspondente ao item do cronograma de metas e condições descumprido;"

51. A Anatel esclareceu que a "leitura do art. 26, II, [do RTAC] demonstra que ele determina um 'mínimo' de duas vezes o valor correspondente ao item de cronograma". Assim, "o limite aqui estabelecido é o limite mínimo para o sancionamento, e não o seu máximo".

52. Embora a SeinfraCOM considere esclarecido o tema, acompanho o posicionamento do MPTCU nestes autos, no sentido de que o dispositivo objeto de oitiva pode levar a incertezas na interpretação, dada a dubiedade da redação. Dessa forma, julgo necessário expedir **determinação** para que a Anatel proceda à alteração do citado dispositivo de forma a conferir segurança jurídica ao tema e a redação expressar com clareza a regra a que estarão submetidos os compromissários em caso de mora na execução de algum item do cronograma.

Da interpretação do art. 22 do RTAC

53. Por meio das oitivas contidas dos subitens 9.5.4 e 9.5.5, o Tribunal solicitou esclarecimentos à Agência a respeito da forma prevista para atendimento às diretrizes estabelecidas no art. 22 do RTAC, especialmente em relação ao atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e à redução das desigualdades regionais, mediante fixação de critérios gerais para projetos prioritários, nos termos do Ato-Anatel 50.004/2016, para os TAC em geral (subitem 9.5.4) e para o concreto do TAC da Telefônica Brasil S/A (subitem 9.5.5).

54. Destaco que a edição do Ato-Anatel 50.004/2016 se deu em atenção ao disposto Regulamento de TAC da Agência, no sentido de que fosse definido "fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos", variando entre 1 e 2, como forma de incentivar a execução de projetos que contribuam de forma diferenciada para a redução das diferenças regionais (RTAC, art. 18, inciso I, c/c art. 19, §§ 2º e 3º).

55. Em outras palavras, a Anatel definiu rol de cinco tipos de projetos (peça 110, p. 4-5) que podem ser executados pelas operadoras com benefícios adicionais, em razão de reduzirem desigualdades sociais e regionais ou, ainda, pelo caráter estratégico que possuam.

56. Dessa forma, se algum desses for escolhido para execução pela operadora que venha a firmar TAC, haverá incidência de fatores de multiplicação que incentivam financeiramente a execução, sendo em tese maior o benefício à operadora quanto maior a necessidade de redução de desigualdades sociais e regionais ou, ainda, a prioridade estratégica de cada projeto (peça 110, p. 7-134). Como o TAC é um instrumento consensual, a operadora não é obrigada a adotar qualquer dos projetos, mas se o fizer terá incentivos.

57. Feita a contextualização, trago a transcrição do trecho do dispositivo (grifos meus):

> "Art. 22. Os projetos do art. 19 deverão observar as seguintes **diretrizes**:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

> **I - atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social**, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações;
>
> **II - redução das diferenças regionais;**
>
> III - modernização das redes de telecomunicações;
>
> IV - elevação dos padrões de qualidade propiciados aos usuários; **e,**
>
> V - **massificação do acesso** às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet em banda larga."

58. A resposta da Anatel se concentrou em três argumentos principais: (a) entendimento de não obrigatoriedade de atendimento simultâneo a todos os incisos do art. 22 do RTAC por cada projeto aprovado no TAC, ou seja, as diretrizes não seriam obrigatórias e cumulativas, mas alternativas; (b) entendimento de que o termo "desigualdades regionais" não se refere necessariamente às desigualdades entre as cinco regiões do país, podendo ser interpretado também como desigualdades dentro do território de um mesmo município ou microrregião; (c) entendimento de que os critérios utilizados para formulação do Ato-Anatel 50.004/2016 atendem às previsões do RTAC.

59. Esclarece ainda que, para a definição de critérios de pontuação com o propósito de incentivar investimentos prioritários e que reduzam as diferenças regionais, os principais aspectos considerados foram o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos municípios, a distância da rede fibrada mais próxima e a população a ser atendida. A partir da consideração de todos os critérios em conjunto, os municípios com características semelhantes teriam sido agrupados para fins de definição dos respectivos fatores de redução.

60. Ao analisar a resposta da oitiva, a unidade instrutora discorda da Agência e defende que a norma faria referência às desigualdades regionais na forma especificada na Constituição Federal, isto é, necessariamente associadas às cinco regiões da federação brasileira (Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul).

61. Defende ainda a SeinfraCOM que as balizas contidas nos incisos do art. 22 seriam cumulativas e obrigatórias, isto é, cada TAC deveria observar necessariamente todos os aspectos arrolados. Destaca a existência da conjunção aditiva "e" ao final do inciso IV e fundamenta com excertos de discussões travadas na Anatel quando da aprovação do Regulamento dos TAC (RTAC, Resolução-Anatel 629/2013).

62. Conclui que, ao contrário do que defende a Agência, todos os projetos previstos como compromissos adicionais de TAC devem contemplar integralmente os cinco aspectos previstos no art. 22 do regulamento.

63. Nessa linha, a SeinfraCOM propõe expedir determinação à Anatel para que, em todo e qualquer TAC, somente aprove compromissos adicionais que contribuam efetivamente para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a massificação do acesso à internet, em consonância com o art. 22, incs. I a V, do RTAC, com o art. 2º da Portaria-MC 1.455/2016, com os arts. 1º, incs. I, II e IV, e 6º, inc. VI, do Decreto 7.175/2010, o art. 2º, incs. I e II e parágrafo único, do Decreto 8.776/2016 e com o art. 3º, inc. III, da Constituição Federal. O MPTCU anui a esse entendimento.

64. Dissinto da proposta formulada pelos argumentos que passo a expor.

65. Em primeiro lugar, ainda que a arguição da unidade instrutora me pareça estruturada e em linha com os princípios gerais, a determinação proposta, em última instância, busca conferir interpretação em tese a um normativo interno da Agência.

66. Ora, não se insere nas competências deste Tribunal delimitar a forma de interpretação de normas regulamentares expedidas por seus jurisdicionados – salvo em sede de Consulta – como se, no caso em exame, se desejasse conferir interpretação "conforme a Constituição" ao RTAC. Com a perda de objeto em razão da rejeição do TAC da Telefônica, fica especialmente patente o caráter abstrato da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

interpretação defendida.

67. Em segundo lugar, o *caput* do art. 22 prescreve **diretrizes** e não requisitos ou condições impostas a todos os TAC. Diretrizes, como sabido, são orientações gerais, diretivas, normas de procedimento ou, ainda, prescrições principiológicas com vistas a orientar um conjunto de ações organizadas para se levar a efeito um plano ou estratégia.

68. Assim, as diretrizes se aplicam à cesta de projetos a serem pactuados pela Anatel por meio do instrumento TAC com diversas operadoras, de forma que mantenham, em seu conjunto e ao final, alinhamento às prescrições do mencionado art. 22 do RTAC.

69. O entendimento defendido pela unidade instrutora, de que as diretrizes seriam cumulativas e obrigatórias, imporia elevada ousadia e abrangência a todos os projetos, que deveriam, individualmente, atacar todas as mais diversas deficiências na oferta de meios de comunicações do país. Ou seja, cada projeto, até mesmo o menor deles e associado a uma pequena operadora, deveria atender a todos os aspectos indistintamente e buscar resolver deficiências nacionais.

70. Em terceiro lugar, conferir a interpretação pleiteada, em contrariedade à inteligência da norma externada pela própria Agência que a editou, forçaria o ente regulador a atuar em desconformidade com seu planejamento e, possivelmente, inviabilizaria alguns dos projetos. Aqui, é importante adotar uma postura mais pragmática e perceber que se trata de uma discussão, em certa medida, inócua, vez que bastaria a Anatel alterar a norma de forma a expressar seu legítimo entendimento, ou seja, a desnecessidade de atendimento cumulativo de todas as diretrizes – o que terminaria por tornar superada a determinação sugerida.

71. Como se vê, a expedição da determinação não se mostra o melhor remédio para tratar a enfermidade administrativa que se deseja curar.

72. Ademais, o já mencionado Decreto 9.612/2018 trouxe novas balizas para este tema, ao especificar outros critérios de priorização e direcionamento de recursos (grifei):

> "Art. 9º Os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações fixados pela Anatel em função da celebração de termos de ajustamento de conduta, de outorga onerosa de autorização de uso de radiofrequência e de atos regulatórios em geral serão direcionados para as seguintes iniciativas:
>
> I - expansão das redes de transporte de telecomunicações de alta capacidade, com prioridade para:
>
> a) cidades, vilas, áreas urbanas isoladas e aglomerados rurais que ainda não disponham dessa infraestrutura; e
>
> b) localidades com projetos aprovados de implantação de cidades inteligentes;
>
> II - aumento da cobertura de redes de acesso móvel, em banda larga, priorizado o atendimento de cidades, vilas, áreas urbanas isoladas, aglomerados rurais e rodovias federais que não disponham desse tipo de infraestrutura; e
>
> III - ampliação da abrangência de redes de acesso em banda larga fixa, com prioridade para setores censitários, conforme classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, sem oferta de acesso à internet por meio desse tipo de infraestrutura.
>
> § 1º O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações estabelecerá metas para os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações de que trata o caput de forma a orientar as ações da Anatel e acompanhará a sua execução.
>
> § 2º Os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações priorizarão localidades com maior população potencialmente beneficiada, de acordo com critérios objetivos divulgados pela Anatel e observadas as metas fixadas pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, conforme o disposto no § 1º.
>
> § 3º Na fixação dos compromissos de que trata o *caput,* a Anatel considerará localidades identificadas como relevantes por outras políticas públicas federais.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

§ 4º A Anatel, na fixação dos compromissos relacionados ao inciso III do caput, priorizará a cobertura de setores censitários com escolas públicas.

§ 5º A Anatel poderá fixar compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações em outras localidades, desde que se demonstre a conveniência e a relevância para a expansão do acesso à internet em banda larga.

§ 6º Os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações de que trata o *caput* não serão redundantes em relação a compromissos já assumidos em decorrência de outras ações regulatórias da Anatel ou de outras iniciativas federais, estaduais ou municipais.

§ 7º Os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações de que trata o *caput* serão fixados e atribuídos por meio de ferramentas técnicas e procedimentais que permitam a máxima aproximação dos custos estimados aos parâmetros de mercado.

§ 8º Os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações a que se refere o *caput* serão detalhados quando de sua atribuição e serão estabelecidos, entre outros aspectos, os níveis de serviço e o padrão tecnológico a ser adotado.

(...)"

73. Dessa forma, acolho as justificativas apresentadas pela autarquia em sede das oitivas objeto dos subitens 9.5.4 e 9.5.5 e deixo de adotar as determinações propostas pela unidade instrutora (peça 292, p. 36-37, parágrafo 156).

74. Sem pretender reduzir a importância de qualquer das diretrizes estabelecidas no art. 22, mas respeitando a igual envergadura de cada uma delas, entendo que a redução das diferenças regionais é um dos aspectos a serem considerados pela Anatel. Ao lado desse e na mesma hierarquia atribuída pela norma em exame, há ainda o "atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social" e a "massificação do acesso", independentemente da região federativa.

75. Para finalizar, recupero o cerne do debate havido sobre o tema quando da prolação do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, que expus no seguinte trecho do Voto condutor da decisão (destaquei):

"226. Como aprimoramento, o Conselho Diretor aprovou que fossem consideradas, além do IDH-M, as seguintes variáveis: preexistência de fibra ótica na rede do município; densidade demográfica; renda per capita; e categoria de competição. Em seguida, aprovou modelo economatemático cuja equação considera todos os fatores de forma a otimizar o alcance dos recursos em termos de população beneficiada.

227. Considerar tais fatores, defende a Agência, maximiza sobremaneira o aproveitamento dos projetos de investimento em rede, pois não seria produtivo, pelo interesse público, investir em locais onde a infraestrutura ficaria sem utilização por ser a população reduzida ou de baixa renda, sem condições de demandar (pagar) pelo serviço, quando os recursos são escassos e há um custo de oportunidade envolvido.

228. Nesse tema, ao contrário do que defende a SeinfraCOM, a existência da demanda é extremamente importante. Do contrário a política seria inócua, pois levaria fibra ótica a lugares onde as pessoas não podem pagar por esse serviço, representando literalmente desperdício de recursos.

229. Nesse cenário, segundo defende a Anatel, é mais efetivo massificar o alcance, levando o serviço a locais onde há alta densidade populacional e renda minimamente suficiente para demandá-lo. A política de massificação da banda larga não ocorre apenas com a oferta do serviço. Os efeitos esperados no desenvolvimento socioeconômico de um município só serão observados se houver efetivo consumo, ou seja, se houver aumento real na quantidade de usuários naquele local. E não haverá consumo, mesmo que a oferta seja viabilizada, se não houver renda ou capacidade de utilização pelos cidadãos beneficiados.

230. Segundo a Anatel (peça 147, p. 98), a avaliação ponderou os custos de oportunidade envolvidos: construir um enlace de fibra ótica até os municípios mais distantes do país consumiria

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

> muito mais recursos, devido à distância da fibra mais próxima, do que atender municípios também carentes nas demais regiões, porém próximos ao cabeamento existente. Famílias de baixa renda e sem oferta de banda larga existem em todo o Brasil, e, para a Agência, é inegável que, quando se despendem recursos com um projeto determinado, outros deixarão de ser realizados. Este custo de oportunidade foi considerado na metodologia aprovada pelo Conselho Diretor.
>
> 231. Ainda segundo a Agência, os investimentos são considerados pelo VPL negativo, logo municípios não fibrados, mais distantes e em regiões menos favorecidas, de baixa renda e pequena população, incorrerão em altas despesas de implantação, agravadas pela distância, e gerarão pouca receita, logo terão um VPL negativo individual de valor substancioso. Como resultado, haveria alocação econômica ineficiente, em que poucos consumem muitos recursos – sem se falar no baixo potencial de utilização.
>
> (...)
>
> 233. De todo modo, a decisão sobre os critérios de escolha dos municípios que receberão os investimentos é matéria que escapa ao controle de legalidade realizado pelo Tribunal. Não é função do TCU arbitrar divergências entre a área técnica e o Conselho Diretor da Agência. Cabe ao controle externo, *in casu*, verificar se a decisão foi adequadamente fundamentada e se a fundamentação está de acordo com a legislação de regência. Todo o resto encontra na esfera de discricionariedade da Anatel.
>
> 234. Ou seja, julgar se seria mais conveniente ao interesse público atender um pequeno e distante município na região amazônica ou a periferia de uma grande ou média cidade brasileira, cujas condições sociais podem ser semelhantes, se encontra na seara de mérito do gestor público."

76. A matéria também foi abordada no Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário (relatora Ministra Ana Arraes), que apreciou fiscalização sobre a política nacional de banda larga e contou com os seguintes comandos (grifei):

> "9.3. recomendar ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações que:
>
> 9.3.1. na alocação de recursos da política pública de banda larga, utilize critérios que promovam redução das desigualdades sociais e regionais, de acordo com o art. 3º, inciso III, da Constituição Federal;
>
> 9.3.2. estabeleça em normativo a ordem de prioridade dos compromissos de investimentos a serem realizados na infraestrutura de banda larga;"

77. Em sintonia com o já decidido nestes autos, e tendo em vista o tratamento normativo recentemente conferido ao tema, entendo superado o ponto, sendo desnecessário, neste momento, a expedição de comandos à Anatel.

78. Repiso a necessidade de o Tribunal cuidar para que suas decisões não inviabilizem as iniciativas do Poder Executivo, em respeito ao mérito administrativo e à confiança nos gestores, desde que solidamente motivadas – fator essencial para o surgimento de uma administração de caráter mais gerencial.

Esclarecimentos sobre mecanismos de execução e controle dos TAC

79. A oitiva objeto do subitem 9.5.6 solicitou à Agência esclarecimentos sobre a possibilidade de prejuízo às características fundamentais do TAC previstas no art. 786 do Código de Processo Civil (certeza, liquidez e exigibilidade) em razão da previsão de processo apuratório com vistas à emissão de certificado de descumprimento (RTAC, arts. 27 e 31).

80. Em resposta, a Anatel apresentou parecer emitido pela Procuradoria Federal Especializada da autarquia, transcrito em seu essencial no relatório precedente. Em síntese, defende-se que o processo de apuração do descumprimento do TAC não viola o art. 786 do CPC, pois seria distinto dos processos sancionatórios tradicionais da Agência (Pados), e buscaria especificamente apurar em que proporção o TAC restou descumprido, com vistas a subsidiar o ajuizamento do processo de execução,

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

evitando-se o risco de se reabrir a dilação probatória em juízo.

81. A unidade instrutora acolhe os argumentos, ao entender que o processo administrativo posterior ao término da vigência do TAC, destinado a apurar e a certificar seu grau de descumprimento, não afronta ao art. 786 do CPC, isto é, não prejudica a certeza, a liquidez e a exigibilidade do instrumento enquanto título executivo extrajudicial.

82. Por outro lado, em que pese o rito diferenciado tenha fases e prazos mais céleres em comparação com os tradicionais Pados, remanesceria o risco de que esses processos tenham uma duração excessiva, extrapolando prazos razoáveis, como tem ocorrido historicamente com os processos sancionatórios da Anatel, o que afastaria a efetividade do TAC ao permitir rediscussões prolongadas da matéria.

83. Por isso, a unidade instrutora e o MPTCU propõem recomendar à Anatel que estabeleça mecanismos que efetivamente mitiguem os riscos de que o processo administrativo de apuração do descumprimento de TAC não tenha celeridade, com vistas a garantir a efetividade das sanções nele previstas em caso de descumprimento.

84. Em exame de mérito, considero que a preocupação em tela é relevante e a recomendação proposta, sem adentrar o mérito do como proceder, pode contribuir para mitigar os riscos de duração prolongada de processos administrativos de apuração, como já verificado por diversas vezes por esse Tribunal na referida Agência.

85. Assim, aprimoro o escopo da **recomendação** para que a Anatel normatize o rito do processo administrativo de apuração de descumprimento de TAC da Agência previsto nos arts. 27 e 31 do RTAC, inclusive mediante fixação de prazos internos de tramitação, de forma a mitigar os riscos de que eventual apuração de descumprimento prejudique a célere execução judicial do instrumento, com vistas a garantir a efetividade das sanções previstas.

Esclarecimentos sobre mecanismos de execução e controle dos TAC

86. A oitiva objeto do subitem 9.5.7 solicitou à Agência esclarecimentos sobre eventuais mecanismos que a Agência pretende adotar para garantir que o valor de referência de cada aspecto dos compromissos do TAC (ajustamento de conduta e compromissos adicionais) efetivamente seja proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público no TAC e corresponda ao real ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento.

87. Rememoro que o RTAC previu a definição do Valor de Referência (VR) dissociado de qualquer obrigação de conduta. Trata-se em verdade do montante total das multas aplicadas e estimadas nos processos admitidos na negociação (art. 14), sendo que as penalidades pelo descumprimento de cada uma das obrigações (itens) do TAC devem corresponder a uma fração especificada do aludido VR (art. 13, § 1º).

88. O tema foi abordado no Voto condutor do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, seção V.1, pois já havia sido levantado na fase instrutória dos autos. Na ocasião, consignei a necessidade de se criar incentivos econômicos robustos para ajustamento de conduta no âmbito de TAC da Anatel, pois esse é o principal objetivo do instrumento.

89. Isso porque, mesmo mediante fixação de multa de três vezes o valor percentual atribuído pela Agência para cada ajuste de conduta pretendido, ainda assim pode haver situações em que receber o sancionamento é economicamente mais interessante à operadora do que promover o investimento necessário ao ajuste da conduta.

90. A questão foi arrematada da seguinte forma por ocasião do acórdão monitorado:

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

"(...)

273. É uma matemática simples de custo-benefício. Sem saber o investimento necessário da operadora para tal correção, não há como se afirmar, categoricamente, que três vezes o valor correspondente do VR seja maior ou menor que o investimento exigido para ajuste de conduta, isto é, suficiente ou insuficiente para estimular o cumprimento da obrigação correspondente.

274. De outra banda, o RTAC não trata a questão nesses termos. Limitando-se a prever o sancionamento proporcional ao item de compromisso. Em que pese tal situação, pode ser interessante que haja tal controle, de forma a aprimorar a sistemática atual.

275. Por reconhecer que tal avaliação pode exigir estudos mais aprofundados até mesmo sobre eventuais vantagens adicionais e desvantagens do modelo sugerido (custo-benefício desta nova forma de controle), envolvendo inclusive decisões discricionárias da agência, opto por expedir recomendação em linha semelhante à levantada pela SeinfraCOM, porém com ajustes.

276. Deve-se **recomendar** à Anatel avaliar a conveniência e oportunidade de exigir das operadoras ou estimar o plano de investimento dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas de cada TAC admitido e em andamento na agência, incluindo cronograma e previsão de gastos, a fim de subsidiar a definição das sanções correspondentes ao descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos, diante do volume de recursos a ser gasto para executá-lo, como forma de incentivo econômico ao efetivo cumprimento.

(...)

Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário

(...)

9.6. recomendar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que avalie a conveniência e oportunidade de:

(...)

9.6.2. solicitar às operadoras o plano de investimento dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas de cada TAC admitido e em andamento na agência, incluindo seu cronograma e previsão de gastos, para que seja avaliada a efetividade e o adequado incentivo econômico ao cumprimento do ajuste por meio das multas previstas para cada compromisso face ao volume de recursos a ser gasto para executá-lo, e que passe a utilizar esses dados como mecanismo de controle e acompanhamento do andamento das atividades previstas em TAC, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção V.1 do voto condutor deste acórdão);"

91. Registre-se que, com relação aos compromissos adicionais (segundo aspecto do TAC afora o ajuste de conduta propriamente dito), foi expedida determinação, por meio do subitem 9.4.3 do mencionado acórdão, para que fossem realizadas alterações no percentual do VR dedicado a esses investimentos, de maneira que a soma das multas de atraso e de descumprimento seja superior ao total dos recursos necessários para a prestadora realizá-los. Referido comando se dirige a todos os instrumentos a serem firmados pela agência reguladora.

92. Portanto, a atribuição de sanção superior ao custo de cumprimento da obrigação foi objeto de **determinação** no caso de investimentos a título de compromissos adicionais, e de **recomendação** no caso do ajuste de conduta.

93. Ao se manifestar em sede de oitiva, o regulador afirmou, no que tange aos compromissos de cessação (ajustamento) de conduta, que a proporcionalidade do percentual alocado ao item do cronograma decorre do sopesamento objetivo, por parte da Agência, dos projetos que representem maior escopo, abrangência, relação como criação e manutenção de infraestrutura de comunicações e que mais possam vir a contribuir com o ajuste de condutas consideradas centrais. Esses merecerão

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

maior parcela do valor de referência distribuído como valor de multa pelo descumprimento dos itens correspondentes.

94. A respeito da proporcionalidade entre os recursos necessários para cumprir um item e sua respectiva multa sancionatória, a Anatel defende que utilizar somente esse critério para definir os percentuais não seria a melhor ferramenta para o atingimento do efetivo ajuste das condutas.

95. Entende o regulador que, se o objetivo final é que a conduta seja corrigida, não importa o quanto será dispendido pela prestadora, porque o descumprimento sempre geraria um valor de sanção superior ao percentual do VR, uma vez que, além desse montante, a empresa seria obrigada a pagar as multas diárias que podem ser de até duas vezes o percentual do VR.

96. A unidade instrutora não é favorável a acolher os argumentos.

97. Defende que o raciocínio da Anatel não se aplicaria a qualquer situação, pois é possível que, em tese, existam itens dos compromissos de ajustamento de condutas que correspondem a um valor de investimento superior ao triplo do percentual do VR atribuído pela Agência. A recomendação de que fossem analisados os projetos de investimentos previstos visava justamente evitar esse risco, ao quantificar, ainda que em grandes números, o montante que a prestadora pretende investir para atender cada item do cronograma do TAC. Além disso, em nenhum momento afastou-se a possibilidade de a Agência empregar outros critérios, adicionais ao valor de investimento do item, para definir o percentual de VR.

98. Pontua que a justificativa apresentada pela Anatel para não atender à recomendação 9.6.2 fundamentou-se nos mesmos argumentos que já haviam sido analisados quando da prolação da referida decisão e que não haviam sido considerados suficientes para afastar a proposta de emitir essa recomendação.

99. Diante disso, agora é proposta determinação à Anatel para que estabeleça mecanismos para garantir que o valor de referência de cada item das metas de ajustamento de conduta dos TAC seja proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público e ao ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento.

100. Em sede de memorial (peça 300, p. 21-25), a Anatel aduz que tal proposta, se determinada, lhe imporia a necessidade de debruçar-se de forma pormenorizada em cada um dos projetos de ajuste de condutas que a compromissária eventualmente apresentasse, o que traz inconvenientes, dada a natural assimetria de informações entre regulador e regulado. Ademais, os custos apresentados pela compromissária para ajustamento de condutas poderão eventualmente desconsiderar elementos que serão de difícil ou impossível avaliação pela Agência.

101. Explica que determinada conduta pode ter baixíssimo custo para sua implementação – como, por exemplo, alterações condicionadas ao treinamento dos atendentes – e, dessa maneira, termine sendo pouco valorada no TAC, enquanto sua efetiva correção tenha o potencial de produzir grande impacto positivo em termos de interesse dos consumidores. Enfatiza, além disso, os demais parâmetros de sanção previstos como incentivo ao cumprimento.

102. Em exame do tema, observo que se trata de ponto de difícil avaliação em tese. Por um lado, procedem os argumentos da SeinfraCOM na busca de incentivo econômico efetivo ao adimplemento do ajuste de conduta pactuado. Veja-se que as operadoras do setor acumularam vultosas multas administrativas devido ao descumprimento reiterado de suas obrigações associadas ao serviço público objeto de delegação, situação que culminou na tentativa de celebração de TAC para correção do quadro.

103. Por outro lado, os elementos trazidos pela Agência jogam luz sobre aspectos práticos da

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

solução alvitrada, como o custo regulatório, a assimetria informacional e a existência de outros elementos de persuasão da compromissária.

104. Diante da situação, entendo que não é possível formar opinião, *a priori*, sobre qual solução melhor resguardará o interesse público (i.e., o ajuste de conduta colimado) e os demais aspectos legais e regulatórios em jogo.

105. Assim, acolho a proposta da unidade instrutora na forma de **recomendação** à Anatel para que estabeleça mecanismos para garantir que o valor de referência de cada item das metas de ajustamento de conduta dos TAC seja proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público e ao ônus a ser incorrido pela empresa, sem prejuízo de outros instrumentos que julgar convenientes, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) incentive o seu efetivo cumprimento.

106. Com base na celebração e execução dos primeiros TAC, a Agência e o Tribunal poderão avaliar, no caso concreto, se o mecanismo adotado pela Agência para gerar incentivo econômico ao cumprimento do ajustamento de conduta terá sido efetivo para resguardar o interesse público nessas avenças.

III – DO MONITORAMENTO DAS DETERMINAÇÕES PROFERIDAS

107. O Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário dirigiu treze determinações à Anatel, sendo que o prazo para cumprimento foi dilatado em 180 dias, a pedido da Agência, nos termos do Acórdão 2.720/2017-TCU-Plenário. Transcrevo:

> "9.4.1. somente aprove em definitivo termos de ajustamento de conduta após analisar previamente a admissibilidade de cada Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações (Pado) a ser incluído no TAC e o impacto causado por cada um deles nas condições e nos valores que compõem o instrumento, em atenção aos arts. 7º, 9º, 13, incisos II, VI e VII, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), ao art. 40 da Lei 9.472/1997 (LGT), e ao art. 2º, *caput* e inciso VII, da Lei 9.784/1999, que dispõe sobre o princípio da motivação como exigência de indicação de pressupostos de fato e de direito que determinam decisões em atos da Administração Pública (seção II.1.2 do voto condutor deste acórdão);
> 9.4.2. estabeleça, em atenção ao interesse público e com fundamento nos arts. 3º, 13, incisos I, III e V, 15, incisos III e IV, 16 e 17 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), se ainda não o tiver feito, cláusulas com pontos de controle periódicos ao longo da vigência do TAC, mediante metas intermediárias para cada indicador e/ou índice utilizado para mensuração do Índice Geral da Qualidade (IGQ), com a previsão de aplicação de sanções por descumprimentos dessas metas parciais e em caso de retrocessos persistentes, não transitórios, em relação aos patamares verificados quando da celebração do instrumento, a fim de prevenir o risco de mascaramento de resultados de indicadores negativos com positivos, na média (seção III.4 do voto condutor deste acórdão);
> 9.4.3. garanta que a soma das sanções aplicáveis à operadora em casos de descumprimento de cada compromisso adicional do TAC, incluindo as multas diárias e a execução do Valor de Referência do item, seja superior ao montante previsto de investimentos para aquele item, sendo superior inclusive ao investimento previsto antes da aplicação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos previsto no art. 19, §§ 2º e 3º da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), quando for adotado, em razão de a situação atual permitir uma possível falta de efetividade do TAC decorrente de sistema de incentivos econômicos possivelmente desequilibrado, em atenção aos princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) e nos arts 19 e 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como as finalidades dos arts. 3º, 15, incisos III e IV, 16, 17 e 18 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) (seções VI.1 e VII.2.2 do voto condutor deste acórdão);
> 9.4.4. estabeleça, em cada minuta definitiva de TAC a ser aprovada ou no respectivo Manual de

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

Acompanhamento e Fiscalização, todas as condições iniciais necessárias para o devido acompanhamento dos compromissos previstos no acordo e para garantir a segurança jurídica do TAC, em atenção aos arts. 13, incisos I a VII, e 24, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), contendo necessariamente, salvo limitação técnica devidamente justificada (seção VII.2.1 do voto condutor deste acórdão):

9.4.4.1. a relação final de processos administrativos (Pado) incluídos no TAC;

9.4.4.2. a situação atualizada de cada compromisso a ser firmado, com o detalhamento da condição qualitativa e quantitativa de cada uma das metas previstas, no momento da assinatura do TAC;

9.4.4.3. as metas e os marcos temporais de avaliação de cada um dos compromissos previstos, com o maior nível de objetividade e de detalhamento possível;

9.4.5. delimite clara e previamente o objeto dos TAC que firmar, por meio de obrigações e projetos definidos em seus aspectos essenciais, específicos e suficientemente completos, vedando-se a alteração unilateral por parte da operadora quanto ao objeto do ajustamento de conduta e dos compromissos adicionais, sem prejuízo de alterações bilaterais e consensuais, devidamente instruídas sob os aspectos técnicos e legais por parte da Anatel, nos termos dos arts. 13, incisos I, II, III e VII, 17 e 18, com seus respectivos incisos e parágrafos, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e à luz dos princípios administrativos da razoabilidade, proporcionalidade, interesse público, eficiência, moralidade e segurança jurídica (seção VII.1.3 do voto condutor deste acórdão);

9.4.6. em atenção à decisão do Conselho Diretor da Anatel nos termos da Análise nº 68/2017, não admita como compromissos adicionais em TAC as ações, atividades e investimentos que já tenham sido realizados pelas operadoras ou que estejam em andamento no momento da assinatura do instrumento, com vistas a garantir o interesse público do ajuste e a sua efetividade (seção VII.3.6 do voto condutor deste acórdão);

9.4.7. no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, realize os ajustes previstos nas determinações anteriores nos TAC que já foram aprovados na agência, submetendo as minutas ajustadas a nova aprovação pelo Conselho Diretor da Anatel, nos termos do art. 13, incisos I a VII, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e dos princípios do interesse público, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel), c/c o art. 19 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção VII.2 do voto condutor deste acórdão);

9.4.8. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, as medidas que pretende adotar para assegurar que os projetos executivos relativos aos compromissos em cada munícipio, e consequentemente sua execução, sejam representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para cálculo do VPL (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão);

9.4.9. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, a devida motivação e os critérios utilizados para fundamentar o patamar de descontos concedidos com base no art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) (seção VII.3.4 do voto condutor deste acórdão);

9.4.10. abstenha-se de liberar as garantias relativas ao Editais de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, 1/2007-SPV-Anatel, 2/2012/SPV-Anatel e outros cujas obrigações eventualmente venham a ser transacionadas no âmbito de TAC, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, até a comprovação do efetivo adimplemento do compromisso original ou de nova obrigação comutada no âmbito de TAC a ser possivelmente firmado com a Telefônica Brasil S/A, ou até nova deliberação do TCU a respeito (seção VII.1.2 do voto condutor deste acórdão);

9.4.11. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, as razões de fato e de direito que levaram à conclusão de viabilidade de liberação da garantia prevista no Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel ao transacionar as obrigações correspondentes no TAC, ao contrário da previsão de manutenção das garantias relativas aos Editais de Licitação 1/2007-SPV-

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

Anatel e 2/2012/SPV-Anatel (seção VII.1.2 do voto condutor deste acórdão);"

108. Os comandos contidos nos subitens 9.4.1 a 9.4.7 possuem caráter geral, voltados, portanto, à celebração de quaisquer TAC pela Anatel. Já os veiculados pelos subitens 9.4.8 a 9.4.11 se referiam ao instrumento então em negociação junto à Telefônica Brasil S/A.

109. Tendo em vista a já mencionada rejeição do TAC da Telefônica pelo Conselho Diretor da Agência, as deliberações destinadas ao caso concreto perderam o objeto, porém as demais permanecem exigíveis.

110. Assim, a SeinfraCOM anota que as determinações encartadas em **9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.4, 9.4.5 e 9.4.6** restam **pendentes de cumprimento**. Não tendo havido a assinatura do instrumento com a Telefônica, é inviável avaliar o atendimento neste caso concreto. Dessa maneira, o Tribunal deverá reexaminar o implemento dos referidos comandos nos próximos instrumentos congêneres a serem assinados pela Agência, que estejam em tramitação ou que venham a iniciar tramitação futuramente.

111. O comando do subitem 9.4.7 determinou que, em trinta dias, a Anatel realizasse, em todos os TAC já aprovados pelo Conselho Diretor, os ajustes determinados pelo Tribunal por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário. Com a rejeição dos únicos TAC até então aprovados pelo Conselho Diretor (referentes às operadoras Oi e Telefônica), houve integral perda de objeto quanto a essa determinação.

112. A deliberação do subitem 9.4.8 determinava que a Anatel apresentasse as medidas a adotar para garantir que os projetos executivos relativos aos compromissos em cada munícipio, e consequentemente sua execução, fossem representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para cálculo do VPL.

113. Segundo a SeinfraCOM, Agência desenvolveu metodologia específica, mas como a determinação foi exarada especificamente para o caso concreto do TAC da Telefônica, houve integral perda de objeto.

114. O comando do subitem 9.4.9 solicitou que a Anatel apresentasse a devida motivação e os critérios utilizados para fundamentar o patamar de descontos concedidos com base no art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) no âmbito do instrumento negociado com a prestadora Telefônica.

115. Ainda que o comando também fosse específico para o caso e tenha havido perda de objeto, impende analisar os argumentos fornecidos pelo regulador, visto que o ponto residia na validade e suficiência da motivação do ato administrativo praticado, e não apenas na adoção de providências.

116. Segundo a unidade instrutora, em que pese a Agência ter encaminhado ao TCU documento tratando sobre a determinação 9.4.9, não apresentou a motivação ou os critérios para a concessão dos descontos máximos no TAC da Telefônica, porque, no seu entender, os arts. 19 e 20 do RTAC não conteriam previsão de aplicação de "descontos".

117. Acerca do tema, acolho integralmente a fundamentação trazida pela SeinfraCOM (peça 292, p. 52-58), pois discordo do posicionamento da Anatel de que não se trataria de desconto.

118. Relembro que, por ocasião do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, este Tribunal já dera ciência à Agência sobre o seu dever legal de tornar pública a motivação para seus atos administrativos, inclusive com relação à **aplicação de níveis variáveis de descontos com fundamento no arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC),** em relação a todos os TAC que firmar (subitem 9.13 da decisão).

119. Ainda que a Agência queira empregar sinônimos para evadir-se de assumir a real natureza dos percentuais de abatimento aplicados com base no dispositivo em tela, a norma concedeu

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

discricionariedade para o regulador fixar valor total de compromissos adicionais inferior ao Valor de Referência do TAC.

120. Isso equivale a dizer que a Anatel detém discricionariedade para decidir sobre a redução do valor total envolvido na "troca" efetivada por meio de TAC, entre o montante de multas administrativas em apuração (antes do trânsito em julgado) e os investimentos a serem realizados pelas operadoras signatárias do instrumento.

121. Trata-se, em verdade, de decidir sobre um dos pontos fulcrais que legitimam o instrumento: a calibração da vantajosidade econômica do TAC para a Administração Pública e para o particular, às custas de valores que representam créditos potenciais para o erário (multas administrativas). Conforme bem exposto pela unidade instrutora, esse aspecto foi e continua a ser registrado em diversas manifestações da Anatel e de sua Procuradoria Federal Especializada como se tratando de verdadeiro desconto.

122. Dessa forma, mostra-se pertinente adotar, com ajustes, a sugestão do *Parquet* especializado de se **determinar** à Anatel que motive, com base em pareceres que indiquem os critérios técnicos e objetivos, o ato que admitir a concessão parcial ou total de descontos previstos nos arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), ou outro normativo que regulamente o tema, nos TAC que futuramente aprovar e celebrar.

123. Encampo também a proposta do MPTCU de se **recomendar** à Anatel que avalie a oportunidade e conveniência de estabelecer, nas normas atinentes ao TAC, critérios ou parâmetros objetivos para concessão dos descontos previstos nos arts. 19 e 20 do RTAC, de forma a assegurar aos diferentes compromissários a isonomia de tratamento.

124. Por fim, as determinações objeto dos subitens 9.4.10 e 9.4.11 trataram da transação de garantias associadas a editais de licitação por compromissos adicionais no âmbito do TAC da Telefônica.

125. O primeiro comando determinou que a Anatel se abstivesse de liberar as garantias em tela até ulterior deliberação desta Casa, enquanto o segundo requisitou as razões de fato e de direito que levaram à conclusão de viabilidade de liberação da garantia prevista no Edital de Licitação 2/2010/PVCP/SPV-Anatel, ao contrário da previsão de manutenção das garantias relativas aos Editais de Licitação 1/2007-SPV-Anatel e 2/2012/SPV-Anatel.

126. Segundo o exame da unidade instrutora, a Agência repetiu os argumentos e justificativas que foram apresentados e analisados antes da prolação do acórdão, não sendo capaz de elidir a irregularidade identificada, isto é, que a garantia não poderia ser transacionada no âmbito de TAC por absoluta falta de previsão normativa e/ou editalícia.

127. Em avalição inicial, no acórdão precedente, o Tribunal entendeu que a liberação de garantia prevista em edital, sem o correspondente cumprimento da obrigação nele prevista, poderia configurar afronta aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do interesse público e da isonomia previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel), c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT), bem como poderia violar as respectivas cláusulas editalícias e os termos de autorização, os quais preveem a execução da garantia em caso de descumprimento das obrigações assumidas.

128. Todavia, essa discussão perdeu objeto com a descontinuidade do TAC inicialmente em exame, o que deu ao debate caráter meramente teórico. Quanto ao mérito da questão, minha percepção é de que o tema apresenta nuances que merecem maior aprofundamento em momento posterior, na análise de outro caso concreto, caso surja. Por ora, creio que o problema resta superado a partir da manifestação da Anatel no sentido de que decidiu pela não liberação de eventuais garantias editalícias em quaisquer outros TAC a serem celebrados, o que teria sido devidamente incorporado como premissa a ser observada nos demais termos de ajuste que vierem a ser celebrados (peça 300, p. 21).

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

129. Por fim, as demais determinações da decisão monitorada (9.7, 9.11, 9.15.1 e 9.18) são procedimentais e, nos termos do exame técnico realizado pela SeinfraCOM, foram cumpridas.

130. Em síntese, as determinações objeto dos subitens 9.4.7, 9.4.8, 9.4.9, 9.4.10 e 9.4.11 perderam objeto devido à rejeição da proposta de TAC da Telefônica. Os comandos dos subitens 9.7, 9.11, 9.15.1 e 9.18 foram cumpridos e as determinações objeto dos subitens 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.4, 9.4.5 e 9.4.6 encontram-se pendentes de cumprimento.

IV – DO MONITORAMENTO DAS RECOMENDAÇÕES PROFERIDAS

131. O Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário dirigiu seis recomendações à Anatel:

> "9.6.1. aperfeiçoar a Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC) de forma a prever participação tempestiva do Conselho Diretor no processo de negociação de TAC, não somente ao final, mediante estabelecimento de pontos de controle ao longo do processo para a análise e decisão do referido colegiado antes da submissão da minuta definitiva de TAC à Procuradoria da Anatel, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção II.2 do voto condutor deste acórdão);
> 9.6.2. solicitar às operadoras o plano de investimento dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas de cada TAC admitido e em andamento na agência, incluindo seu cronograma e previsão de gastos, para que seja avaliada a efetividade e o adequado incentivo econômico ao cumprimento do ajuste por meio das multas previstas para cada compromisso face ao volume de recursos a ser gasto para executá-lo, e que passe a utilizar esses dados como mecanismo de controle e acompanhamento do andamento das atividades previstas em TAC, com vistas a assegurar a observância dos princípios da eficiência e do interesse público, previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal, e da finalidade, da celeridade e da razoabilidade, previstos no art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT) (seção V.1 do voto condutor deste acórdão);
> 9.6.3. na análise de cada TAC, inclusive aqueles cuja minuta já foi aprovada pelo Conselho Diretor, avaliar o impacto do instrumento no cenário atual de competição dos serviços de telecomunicações nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais, com vistas a mitigar o risco de que as ações resultantes de TAC, a exemplo da concessão de benefícios diretos a usuários das regiões atendidas e os investimentos a serem feitos naquelas localidades, impactem negativamente o ambiente concorrencial nessas regiões, nos termos do disposto nos arts. 2º, inciso III, 19, inciso XIX, e 70 da Lei 9.472/1997 (LGT), c/c o art. 159, inciso I, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel) (seção IV.3 do voto condutor deste acórdão);
> 9.6.4. estabelecer sistemática de credenciamento e certificação prévia da lista de empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, compromissos e investimentos pactuados em TAC, ou, no mínimo, definir critérios e requisitos que deverão ser atendidos por essas empresas, de forma a reduzir risco de conflito de interesses em prejuízo à veracidade e fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras (seção V.3.1 do voto condutor deste acórdão);
> 9.6.5. avaliar, ao final da vigência do primeiro TAC que for concluído, a relação custo-benefício do instrumento em relação à arrecadação direta das multas aplicadas, de modo a aferir se a troca traz reais benefícios ao interesse público e, eventualmente, aprimorar o instrumento (seção X do voto condutor deste acórdão);
> 9.6.6. na revisão do conteúdo do Ato-Anatel 50.004/2016, submeter a nova versão à consulta pública, com vistas a colher manifestações do poder público, dos usuários e do setor, tendo em vista seu cunho regulatório, pois tal proceder pode contribuir para aprimorar as decisões da agência, em especial no que tange à aderência das decisões ao interesse público e à política setorial (seção IV.2 do voto condutor deste acórdão);"

132. Para o subitem 9.6.1, a Agência informou que não entende oportuna a revisão específica da Resolução-Anatel 629/2013, porque a interação entre área técnica e Conselho Diretor deve ser objeto de avaliação e reorganização ampla, envolvendo todos os processos da Agência e não apenas o TAC. Ou seja, embora a recomendação não tenha sido atendida em relação ao RTAC, a Anatel pretende

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

reavaliar a forma de interação entre as instâncias da Agência em todos os seus processos de trabalho futuramente.

133. Assim, em sintonia com o entendimento do MPTCU (peça 296), cumpre considerar a mencionada recomendação como atualmente "em implementação".

134. A Anatel informa que não pretende atender ao disposto no subitem 9.6.2, visto que, no seu entendimento, existiriam outros instrumentos mais efetivos para o objetivo pretendido. Os aspectos centrais para essa decisão serão comentados ao final deste Voto (seção V).

135. No que tange ao impacto dos compromissos adicionais de cada TAC no cenário de competição do mercado (subitem 9.6.3), a Agência considera "conveniente e oportuno, na análise de cada TAC, avaliar o impacto do mesmo no cenário atual de competição", e se dispõe a acatar a recomendação. Informa ter realizado o estudo recomendado para a avença que seria firmada com a Telefônica (peça 188, peça 16).

136. Tendo em vista que a recomendação foi direcionada a todos os TAC, entende-se que está pendente de cumprimento para os futuros instrumentos, sendo desnecessário neste momento expedir medidas adicionais além das já comentadas em tópico anterior deste Voto, quando tratei do compartilhamento de infraestrutura.

137. Em relação ao subitem 9.6.4, a Anatel respondeu que não pretende estabelecer a sistemática de credenciamento e certificação prévia de empresas privadas aptas a certificar a execução das metas, compromissos e investimentos pactuados em TAC, como recomendado.

138. Entende que os critérios estabelecidos no Capítulo VIII da Minuta de TAC da Telefônica, bem como na Cláusula 8.6 de seu Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF), em sua Cláusula 8.6, atenderiam à recomendação em tela. Bem assim, a Agência afirma que o preenchimento de tais requisitos não significará terceirização da atividade fiscalizatória da Agência no que se refere às informações enviadas pelas empresas contratadas para fiscalizar os TAC.

139. A esse respeito, a SeinfraCOM destaca que o MAF da Telefônica já havia sido analisado antes da prolação da referida recomendação. Ou seja, os critérios e requisitos estabelecidos pela Anatel foram considerados insuficientes, nos termos do Voto condutor do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, para afastar o risco de conflito de interesses das empresas contratadas frente à operadora, que é contratante e parte fiscalizada ao mesmo tempo – o que motivou a expedição da recomendação 9.6.4.

140. Sem o cumprimento da recomendação, o risco identificado permanece passível de se concretizar nos futuros TAC, o que contraria ao interesse público. Recorde-se que problema de mesma natureza já foi verificado na Anatel, conforme Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, que tratou do caso da Entidade Aferidora da Qualidade (EAQ) da banda larga, em que um dos problemas identificados foi a falta de experiência e de conhecimentos técnicos acerca do serviço de telecomunicações por parte da empresa de auditoria independente contratada.

141. Como bem ressaltado pelo representante do MPTCU nestes autos, os requisitos exigidos pela Agência são simplórios, uma vez que elencam características esperadas de qualquer empresa que esteja em operação e pretenda desempenhar a atividade especializada. E complementa (peça 296, p. 22):

> "Em outras palavras, não foram estabelecidos critérios diferenciados, que realmente estabeleçam parâmetros objetivos para selecionar empresas que tenham *expertise* e independência para realizar a certificação exigida no manual do RTAC. Quanto a esse ponto, a unidade técnica destaca que, no caso da Entidade Aferidora de Qualidade (EAQ), analisado pelo Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, uma das fragilidades apontadas foi justamente a falta de conhecimentos técnicos por parte da empresa contratada."

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

142. Ante a permanência do risco identificado, a unidade instrutora propõe **determinar** à Anatel que defina, nos instrumentos e nos regulamentos que prevejam a contratação de terceiros, por parte das prestadoras, para a elaboração de relatórios e o auxílio à fiscalização da Agência, critérios e requisitos que deverão ser atendidos por esses terceiros, de forma a reduzir risco de conflito de interesses e de ausência de capacidade técnica em prejuízo à veracidade e à fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras, em observância aos princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013 (Regimento Interno da Anatel), c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997 (LGT).

143. Acolho a proposta da SeinfraCOM. Repiso que, por ocasião do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, restou confirmado risco relevante de conflito de interesse na etapa de fiscalização do cumprimento do TAC, bem como possível terceirização da atividade-fim da autarquia, a depender da forma como tal procedimento fosse colocado em prática.

144. Embora o risco identificado não tenha se concretizado, pois não ocorreu a celebração de qualquer TAC no âmbito da Anatel, ele não foi mitigado. Não bastante, o regulador entende dispensável ajustar as regras procedimentais que foram consideradas demasiadamente embrionárias.

145. Tendo em vista que este Tribunal já verificou, em outra oportunidade, os riscos existentes quando a Agência opta por ser assistida por terceiros contratados nas atividades de fiscalização, não é razoável que a Anatel deixe de adotar mecanismos que minimamente busquem mitigar esses riscos, sobretudo diante da abrangência dos termos de compromisso e de sua importância para a qualidade da prestação do serviço.

146. Convém ressaltar que a gestão de riscos na Administração Pública não é uma faculdade do gestor, mas uma obrigação, conforme dispõe o Decreto 9.203/2017, sobretudo quando o evento possivelmente danoso já se encontra evidenciado, é relevante e há histórico de deficiências passadas em situações análogas (grifei):

> "Art. 17. A alta administração das organizações da administração pública federal direta, autárquica e fundacional **deverá** estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e controles internos com vistas à **identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos que possam impactar a implementação da estratégia e a consecução dos objetivos da organização no cumprimento da sua missão institucional**, observados os seguintes princípios:
>
> I - implementação e aplicação de forma sistemática, estruturada, oportuna e documentada, subordinada ao interesse público;
>
> II - integração da gestão de riscos ao processo de planejamento estratégico e aos seus desdobramentos, às atividades, aos processos de trabalho e aos projetos em todos os níveis da organização, relevantes para a execução da estratégia e o alcance dos objetivos institucionais;
>
> III - **estabelecimento de controles internos proporcionais aos riscos, de maneira a considerar suas causas, fontes, consequências e impactos, observada a relação custo-benefício**; e
>
> IV - utilização dos resultados da gestão de riscos para apoio à melhoria contínua do desempenho e dos processos de gerenciamento de risco, controle e governança."

147. Diante disso, compete ao Tribunal endereçar a determinação proposta pela SeinfraCOM, agora com foco na resolução do risco, cujo formato de solução competirá à própria Agência.

148. Por fim, os comandos contidos nos subitens 9.6.5 e 9.6.6 devem ser considerados em cumprimento, visto que, no caso do primeiro, há que se aguardar o transcurso da vigência do TAC que em primeiro lugar seja firmado. Em relação ao segundo comando, a Agência informa estar em andamento a revisão do conteúdo do Ato-Anatel 50.004/2016 e que a nova versão será submetida a processo de consulta pública.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

149. Em síntese, as recomendações objeto dos subitens 9.6.2 e 9.6.4 não foram implementadas por decisão da Anatel. A recomendação contida no subitem 9.6.3 está pendente de cumprimento nos futuros TAC a serem assinados pela Anatel, e as propostas de 9.6.1, 9.6.5 e 9.6.6 encontram-se em implementação.

V – OUTROS ASPECTOS RELEVANTES

150. A SeinfraCOM acrescenta ao debate aspecto novo, não diretamente explorado na decisão precedente, mas que se relaciona com os demais temas já abordados. Trata-se da possibilidade de a compromissária de TAC auferir receitas alternativas e efetuar compartilhamento de custos com outros serviços da operadora, não considerados para cálculo do VPL, mas que podem estar associados aos projetos a título de compromisso adicional (peça 292, p. 36-41).

151. A situação poderia representar subavaliação do Valor de Referência (VR), uma vez que haveria uma economia significativa de recursos por parte das empresas para atender a todas as metas pactuadas no TAC.

152. A unidade instrutora exemplifica que, no caso concreto do TAC da Telefônica, esse comportamento teria sido observado nas previsões de ampliação do número e da capacidade das antenas de telefonia móvel, no âmbito do ajustamento de conduta, paralelamente à implantação de fibra ótica para banda larga, nos compromissos adicionais. Em tese, é possível ocorrer sinergia significativa entre os projetos, porque a conexão por fibra ótica das estações rádio base (ERBs) de 4G pode ser atendida com a mesma fibra contabilizada como cumprimento do compromisso adicional de banda larga fixa.

153. Em primeiro momento, indagada em sede de diligência, a Anatel afirmou que as possíveis sinergias não foram consideradas no VPL do TAC da Telefônica porque necessitariam ser estimadas em conjunto com informações da estratégia empresarial da prestadora. Na visão da Agência, talvez essas sinergias não fossem economicamente viáveis, haja vista que seria necessário realizar investimentos adicionais para possibilitar esse uso simultâneo nos dois projetos.

154. Por esse motivo, alegou ter desconsiderado, nas estimativas de receita no fluxo de caixa, a possibilidade de utilização das fibras óticas, implementadas para banda larga fixa nos compromissos adicionais, tanto para complementar a instalação de novas antenas de telefonia móvel, previstas no ajustamento de condutas, quanto para a prestação de serviços de TV por assinatura.

155. Segundo a conclusão da SeinfraCOM, o cálculo do VPL e a análise dos compromissos adicionais de implantar fibras óticas no TAC deveriam ter considerado as possíveis sinergias técnicas e mercadológicas, minimizando o risco de que a prestadora obtenha benefícios econômicos indevidos com a celebração do TAC, em contrariedade ao interesse público, uma vez que as sinergias dos projetos não foram valoradas no VPL do compromisso adicional.

156. Diante disso, a SeinfraCOM propõe determinar à Anatel que, no processo de análise e aprovação dos TAC, assegure que todas as variáveis que possam interferir no VPL do projeto sejam devidamente contempladas e avaliadas, inclusive potenciais sinergias entre serviços da prestadora, que podem gerar receitas alternativas e compartilhamento de custos, de modo a evitar benefícios econômicos indevidos para as prestadoras.

157. Outra determinação proposta é para que, no processo de análise e aprovação dos TAC, o ente regulador assegure que os compromissos adicionais firmados pela operadora não contemplem investimentos já constantes de seu planejamento comercial, em consonância com a legislação que menciona.

158. Em sede de memorial (peça 300, p. 10-16), a Agência informa, em síntese, que embora o exame realizado no caso da Telefônica não tenha contemplado algumas das possíveis sinergias, tem

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

considerado possíveis interações entre serviços, sendo que esta análise está diretamente associada ao projeto apresentado e às condições de prestação da operadora, de tal forma que os resultados obtidos nos VPL já refletiriam possíveis sinergias entre serviços.

159. Pontua que, mesmo com criteriosa escolha e coleta de informações para compor as variáveis do VPL, há outros fatores a serem avaliados no estudo da rede implementada a partir do TAC. A convergência tecnológica, assim como o arcabouço regulatório, pode permitir interações entre os serviços da prestadora, tais como relação de suporte ou externalidades geradas pela operação da rede implementada. Esta avaliação ocorre caso a caso de acordo com o projeto pleiteado na proposta de TAC, com as condições de prestação dos serviços pela proponente, com as localidades atendidas, dentre outros fatores, que passam a ser variáveis no estudo, além daquelas usadas no cálculo do VPL.

160. Dessa maneira e na esteira da prática mais recente do regulador, entendo não haver óbice à prolação da primeira determinação alvitrada pela SeinfraCOM, a título de reforço e como forma de prestigiar a necessária persecução do interesse público que fundamenta a celebração de TAC pela agência reguladora.

161. Com relação à segunda determinação sugerida pela unidade instrutora, embora concorde com a preocupação que fundamenta sua propositura, tenho dúvidas sobre sua viabilidade, tendo em vista que impõe à Anatel acessar o planejamento comercial das operadoras, o que pode ser dificultoso. Ademais, ainda que logre acesso, pairariam dúvidas se o planejamento disponibilizado de fato refletiria as reais intenções empresariais das firmas reguladas.

162. De certo, trata-se de mais uma situação em que a assimetria informacional e o custo regulatório prejudicam a atuação do ente regulador e podem tornar o comando inócuo na prática.

163. Conforme exposto pela Anatel em sede de memorial, (peça 300, p. 15-16), sabendo-se que o RTAC exige que os compromissos adicionais possuam VPL negativo e assumindo-se a lógica racional do mercado de investir em locais onde há um retorno satisfatório, ou seja, VPL positivo, em condições normais de mercado tais investimentos não serão naturalmente priorizados em locais com retorno negativo.

164. Por isso, entendo que o risco se encontra razoavelmente guarnecido pelas determinações exaradas por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, contidas nos subitens abaixo, sem prejuízo de ação assertiva do Tribunal diante de casos concretos que venham a ser futuramente submetidos ao controle e apresentem irregularidades:

> "9.4.6. em atenção à decisão do Conselho Diretor da Anatel nos termos da Análise nº 68/2017, não admita como compromissos adicionais em TAC as ações, atividades e investimentos que já tenham sido realizados pelas operadoras ou que estejam em andamento no momento da assinatura do instrumento, com vistas a garantir o interesse público do ajuste e a sua efetividade (seção VII.3.6 do voto condutor deste acórdão);
>
> (...)
>
> 9.4.8. apresente a este Tribunal no prazo de 30 (trinta) dias da ciência desta deliberação, e previamente à celebração do TAC objeto desta representação, a ser possivelmente firmado com a empresa Telefônica Brasil S/A, as medidas que pretende adotar para assegurar que os projetos executivos relativos aos compromissos em cada munícipio, e consequentemente sua execução, sejam representativos estatisticamente do conjunto socioeconômico retratado nas variáveis utilizadas para cálculo do VPL (seção VII.3.3 do voto condutor deste acórdão);"

165. Em que pese o subitem 9.4.8 tenha feito referência ao TAC da Telefônica, que não logrou sucesso, resta claro que os fundamentos da determinação se aplicam aos demais instrumentos a serem firmados pela Anatel.

166. Isso quer dizer que uma segura, fundamentada e consistente avaliação da equação econômico-financeira dos projetos servirá para assegurar que o modelo determinante do VPL negativo

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

dos investimentos seja de fato representativo da realidade socioeconômica espelhada nas variáveis que o alimentam.

167. Em outras palavras, havendo garantias da robustez técnica do modelo matemático adotado pela Agência, pode-se ter razoável certeza do VPL negativo dos projetos admitidos, o que afastaria a possibilidade de inserção de projetos de interesse comercial das empresas com o intuito de se buscar financiamento público para atividades intrinsecamente privadas.

168. Entendo, portanto, que a segunda determinação sugerida não deve ser expedida, tendo em vista que o caminho proposto (acesso ao planejamento comercial das empresas) não se mostra seguro e viável do ponto de vista regulatório, bem como há outros meios de endereçar o tratamento do risco identificado.

VI – CONCLUSÃO

169. Com a presente decisão, restam encaminhados os aspectos essenciais relacionados às irregularidades e aos riscos inicialmente verificados na celebração de TAC no âmbito da Anatel, identificados pelo Tribunal no caso concreto Telefônica Brasil S/A.

170. Considerando, todavia, o caráter inovador do instrumento e a materialidade dos recursos públicos transacionados por tais instrumentos, mostra-se pertinente que o Tribunal prossiga na fiscalização dos próximos TAC que a Agência venha a aprovar e celebrar.

171. Rememoro que o objetivo dos presentes autos não se encontra atingido, pois esta representação foi autuada para fiscalizar a regularidade dos "TAC em tramitação na Anatel e daqueles que poderão ser posteriormente instaurados" (peça 18). Em realidade, os exames concentraram-se sobre o TAC da Telefônica por ter sido o processo que se encontrava em mais adiantado estágio de trâmite, próximo à assinatura. Todavia, não foi possível finalizar o acompanhamento desse caso, dada a desistência da agência.

172. Deixo assente desde já, portanto, a necessidade de o Tribunal prosseguir na busca do objetivo desta representação, por meio do exame do primeiro termo de ajustamento de conduta a ser efetivamente celebrado pela Agência Nacional de Telecomunicações.

173. Diante disso, **determino** à Anatel que encaminhe a este Tribunal a minuta do próximo TAC cuja proposta final for submetida ao Conselho Diretor da Agência, previamente à aprovação por esse colegiado, acompanhada de elementos de fundamentação técnica que entender pertinentes, e à SeinfraCOM que realize o exame de conformidade do instrumento, considerando, dentre outros aspectos que julgar necessário avaliar, os entendimentos contidos nesta decisão e no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

174. Com isso, pertinente que o monitoramento da presente decisão ocorra em conjunto com a verificação da conformidade do primeiro TAC da Anatel, quando do recebimento da documentação mencionada alhures, em atendimento ao objetivo para o qual o processo foi instaurado.

175. Dessa maneira, então, o Tribunal poderá contribuir com a obtenção do interesse público esperado como resultado dos termos de ajustamento de conduta a serem celebrados pela Anatel, na linha de aperfeiçoamento jurídico e técnico desses instrumentos que já se mostrou tão positiva em razão das intervenções realizadas por esta Casa.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 27 de março de 2019.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916202.

ACÓRDÃO Nº 716/2019 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 022.280/2016-2.
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessado: Telefônica Brasil S/A (CNPJ 02.558.157/0001-62).
4. Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Sergio Ricardo Costa Caribé.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM).
8. Representação legal:
8.1. Mauro Porto (OAB/DF 12.878), Rodolfo de Lima Gropen (OAB/MG 53.069) e outros, representando Telefônica Brasil S/A.
8.2. Mariana Félix Gonçalves de Mateus (CPF 014.317.451-70), Luiz Batista Gomes dos Santos Pereira (CPF 083.129.957-65), Varlone Batista Sampaio (CPF 699.097.171-15) e Daniel Andrade Fonseca (CPF 012.126.326-64), representando Agência Nacional de Telecomunicações.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação acerca de irregularidades na potencial celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), em cuja fase processual é realizado monitoramento das providências determinadas por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. em relação ao Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, considerar:

9.1.1. cumpridas as determinações contidas nos itens 9.7, 9.11, 9.15.1 e 9.18;

9.1.2. pendentes de cumprimento as determinações contidas nos itens 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.4, 9.4.5, 9.4.6 e a recomendação constante do item 9.6.3, sem prejuízo de que seu atendimento venha a ser verificado em casos concretos a serem examinados em futuros trabalhos deste Tribunal;

9.1.3. não monitoráveis, neste momento, as determinações dirigidas à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) contidas nos itens 9.9 e 9.10;

9.1.4. em implementação as recomendações contidas nos itens 9.6.1, 9.6.5 e 9.6.6;

9.1.5. não implementadas, por decisão da Anatel, as recomendações contidas nos itens 9.6.2 e 9.6.4;

9.1.6. que houve perda de objeto com relação às determinações contidas nos itens 9.4.7, 9.4.8, 9.4.9, 9.4.10, 9.4.11 e 9.8, em razão da rejeição da proposta de TAC que seria firmado com a Telefônica Brasil S/A;

9.1.7. que os itens de oitiva 9.5.1 a 9.5.7 foram respondidos tempestivamente;

9.2. determinar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

9.2.1. no processo de análise e aprovação dos TAC, assegure que todas as principais variáveis que possam interferir no Valor Presente Líquido (VPL) do projeto sejam devidamente contempladas e avaliadas, inclusive potenciais sinergias entre serviços da prestadora, que podem gerar receitas alternativas e compartilhamento de custos, de modo a evitar benefícios econômicos indevidos para as compromissárias, em consonância com os arts. 15, *caput*, e 18, § 1º, da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), e com os princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da igualdade, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013, c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916200.

9.2.2. defina, nos instrumentos e nos regulamentos que prevejam a contratação de terceiros, por parte das prestadoras, para a elaboração de relatórios e o auxílio à fiscalização da Agência, critérios e requisitos que deverão ser atendidos por esses terceiros, de forma a reduzir o risco de conflito de interesses e de ausência de capacidade técnica em prejuízo à veracidade e à fidedignidade dos relatórios emitidos pelas certificadoras, em observância aos princípios do interesse público, da finalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da isonomia, da eficiência e da segurança jurídica previstos no art. 36, parágrafo único, da Resolução-Anatel 612/2013, c/c o art. 38 da Lei 9.472/1997, e com o art. 17 do Decreto 9.203/2017;

9.2.3. proceda à alteração de redação do inciso II do art. 26 do RTAC de forma a conferir segurança jurídica ao tema e a redação do dispositivo expressar com clareza a regra a que estarão submetidas as compromissárias em caso de mora na execução de algum item do cronograma;

9.2.4. motive, com base em pareceres que indiquem os critérios técnicos e objetivos, o ato que admitir a concessão parcial ou total de descontos previstos nos arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC), ou outro normativo que regulamente o tema, nos TAC que futuramente aprovar e celebrar;

9.2.5. encaminhe a este Tribunal a minuta do próximo TAC cuja proposta final for submetida ao Conselho Diretor da Agência, previamente à aprovação por esse colegiado, acompanhada de elementos de fundamentação técnica que entender pertinentes;

9.3. recomendar à Anatel, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que avalie a conveniência e oportunidade de:

9.3.1. normatizar o rito do processo administrativo de apuração de descumprimento de TAC da Agência previsto nos arts. 27 e 31 da Resolução-Anatel 629/2013, inclusive mediante fixação de prazos internos de tramitação, de forma a mitigar os riscos de que eventual apuração de descumprimento prejudique a célere execução judicial do instrumento, com vistas a garantir a efetividade das sanções previstas;

9.3.2. estabelecer, nas normas atinentes aos TAC, critérios e/ou parâmetros objetivos para concessão dos descontos previstos nos arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013, de forma a assegurar aos diferentes compromissários a isonomia de tratamento;

9.3.3. exercer o dever de regulamentar o compartilhamento de redes de infraestrutura a serem construídas em função da celebração de termos de ajustamento de conduta, conforme previsão dos arts. 9º e 10 do Decreto 9.612/2018, previamente à celebração dos TAC atualmente em negociação, como forma de conferir segurança jurídica à matéria e homenagear os princípios elencados na Lei 9.472/1997;

9.3.4. estabelecer mecanismos para que o valor de referência de cada item das metas de ajustamento de conduta dos TAC seja proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público nos TAC e ao ônus a ser incorrido pela empresa, de modo a assegurar que o parâmetro utilizado na definição dos valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento (valor de referência) seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento, em atenção aos princípios da eficiência, da finalidade e do interesse público, previstos no art. 36 da Resolução-Anatel 612/2013, e nos arts 19 e 38 da Lei 9.472/1997, bem como as finalidades dos arts. 3º, 15, incisos III e IV, 16, 17 e 18, da Resolução-Anatel 629/2013;

9.4. dar ciência à Anatel de que os fundamentos técnicos e jurídicos adotados pelo Tribunal por ocasião do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário permanecem válidos e se aplicam a todos os futuros TAC a serem celebrados em situações similares ou análogas, devendo ser observados pela Agência nos termos de ajuste de conduta que vier a firmar;

9.5. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que:

9.5.1. nos processos de fiscalização realizados em cumprimento à determinação constante do item 9.10 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, inclua no escopo de sua avaliação o exame da equação econômico-financeira dos compromissos adicionais de TAC;

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916200.

9.5.2. ao receber a documentação remetida pela Anatel em atendimento ao subitem 9.2.5 deste acórdão, proceda nestes autos ao exame de conformidade do instrumento, considerando, dentre outros aspectos que julgar necessário avaliar, os entendimentos contidos nesta decisão e no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;

9.5.3. monitore o cumprimento desta decisão no momento em que realizar os exames referidos no subitem 9.5.2;

9.6. classificar as peças 45, 102, 128 e 137 destes autos com o grau de sigilo "reservado", nos termos do art. 39, parágrafo único, da Lei 9.472/1997 c/c os arts. 6º, caput, e 8º, § 3º, inciso III, da Resolução-TCU 294/2018, pelo prazo de 5 (cinco) anos, com acesso somente aos servidores que irão desenvolver atividades relacionadas aos autos;

9.7. encaminhar cópia deste acórdão à Agência Nacional de Telecomunicações, à Telefônica Brasil S/A, ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, à Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara dos Deputados e à Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática do Senado Federal;

9.8. encaminhar cópia deste acórdão à Procuradoria da República no Rio de Janeiro, tendo em vista seu interesse no objeto deste processo, conforme solicitações autuadas nos TC 003.252/2017-5 e 017.741/2017-3, referentes ao Procedimento Preparatório 1.30.001.004957/2016-04, bem como à Procuradoria da República no Distrito Federal, tendo em vista seu interesse no objeto deste processo, conforme solicitação autuada no TC 002.962/2018-7, referente ao Procedimento Preparatório 1.18.000.003168/2017-33.

10. Ata n° 9/2019 – Plenário.
11. Data da Sessão: 27/3/2019 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0716-09/19-P.
13. Especificação do quórum:
13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro e Bruno Dantas (Relator).
13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.
13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 60916200.