ILUSTRÍSSIMO SENHOR SUPERINTENDENTE DE CONTROLE DE OBRIGAÇÕES DE DIREITO DOS CONSUMIDORES DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL

Nossa Referência: CT LLLAC 745/2019

Ofício nº 239/2019/COUN/SCO-ANATEL

PROCESSO Nº 53500.004900/2013-84

TELEFÔNICA BRASIL S.A., já devidamente qualificada nos autos do processo em epígrafe, doravante denominada como "TELEFÔNICA", vem, por meio de seus procuradores subscritos, perante V.Sa., em atendimento à Notificação encaminhada por meio do Ofício nº 239/2019/SEI/COUN/SCO-ANATEL, apresentar suas **ALEGAÇÕES EM RAZÃO DE AGRAVAMENTO DE SANÇÃO**, em razão dos termos a seguir expostos.

1. DA TEMPESTIVIDADE

A TELEFÔNICA recebeu o Ofício nº 239/2019/SEI/COUN/SCO-ANATEL em 27/05/2019 (segunda-feira), razão pela qual as presentes Alegações, cujo prazo

consignado foi de 10 (dez) dias, são inequivocamente tempestivas, eis que protocoladas na presente data, ou seja, 06/06/2019.

2. DOS FATOS

Inicialmente, antes da cronologia dos fatos, importante destacar que o voto do Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira, que propôs à SCO a conversão da deliberação em diligência, a fim de que fosse verificada a metodologia de cálculo utilizada anteriormente para fixação de multa, e que culminou na presente propositura de agravamento de sanção, não adentrou sequer à análise do mérito do PADO em testilha.

Neste sentido, resta consignado no voto do Ilustre Conselheiro, no item 4.8: "***Antes mesmo de adentrar o mérito****, ao analisar a instrução processual, identifiquei, todavia, divergência no cálculo da sanção, motivo pelo qual entendo necessário diligenciar a área técnica para que avalie a necessidade de sua correção." (grifo nosso).*

O fato é, que se o Ilustre Conselheiro tivesse adentrado à análise do mérito em seu voto, verificaria que os argumentos utilizados pela TELEFÔNICA, e no entendimento da própria agência, através da análise do Conselheiro Relator (Análise nº 249/2018/SEI/AD), e da revisão de posicionamento da agência (Despacho nº 2.262/2012-CD), merecem prosperar.

Assim, pugna pela desconsideração da diligência que culminou no presente agravamento de sanção, **uma vez que seu resultado é infrutífero, se avaliado o mérito que leva inexoravelmente à descaracterização da infração.**

Feitas essas breves considerações iniciais, passe-se à cronologia dos fatos.

Trata-se de PADO instaurado em 28/02/2013, em desfavor da TELEFÔNICA, com o objetivo de verificar a ocorrência de supostas infrações aos arts. 101 da

Lei Geral de Telecomunicações, c/c art. 12 §1º, do Regulamento de Bens Reversíveis, aprovado pela Resolução nº 447, de 19 de outubro de 2006, c/c cláusula 22.1, § § 3º e 4º, do Contrato de Concessão.

Após instaurado o PADO, a Defesa foi protocolada em 20 de abril de 2013, ocasião em que foram apresentadas as razões pelas quais a TELEFÔNICA não apresentou pedido de anuência prévia, mas, tão somente, a comunicação de alteração de endereço.

A Gerência De Controle de Obrigações - COUN, apresentou seu Informe, registrado sob o número 203/2015 – COUN3/COUN, de 21/07/2015, por meio do qual foi proposta a aplicação de sanção de multa no valor de R$ 15.000,00 (fls. 214-219 – Vol.II).

Assim, a Superintendência De Controle de Obrigações – SCO, por meio do Despacho Decisório nº 6140/2015- COUN/SCO/Anatel, resolveu: "i) aplicar à concessionária a sanção de multa no valor nominal de R$ 15.000,00 (quinze mil reais); ii) informar à Concessionária da possibilidade de renúncia expressa ao direito de recorrer desta decisão, quando o valor da multa será de R$ 11.250,00 (onze mil, duzentos e cinquenta reais), já considerado o fator de redução de 25% (vinte e cinco por cento), desde que faça o recolhimento no prazo de até 30 (trinta) dias contados a partir do recebimento da intimação desta decisão."

Inconformada com a decisão, a TELEFÔNICA interpôs Recurso Administrativo, em face da decisão do Superintendente de Controle de Obrigações, demonstrando mais uma vez a licitude de sua conduta, e requerendo assim, a descaracterização da sanção (fls. 232- 249, Vol.II).

Por seu turno, a Gerência de Obrigações – COUN, por meio do Informe nº 15/2016/SEI/COUN3/COUN/SCO, de 09/04/2016, ao apreciar as razões do Recurso, entendeu não assistir razão à Recorrente, propondo conhecer do recurso, para no mérito negar-lhe provimento.

Desta feita, o Ilustre Conselheiro Relator Aníbal Diniz, sorteado em 16 de junho de 2016 como Conselheiro Relator do Processo em referência, através da Análise nº 309/2017/SEI/AD, propôs a conversão da deliberação em diligência para que a Superintendência de Controle de Obrigações, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentasse provas substanciais capazes de embasar a decisão do Conselho Diretor, nos termos dos artigos 19 e 20 do Regimento Interno da Anatel.

Neste sentido, o relatório da atividade fiscalizatória constatou que as atividades administrativas, antes realizadas no Complexo Martiniano de Carvalho, foram transferidas para o edifício situado à Avenida Luiz Carlos Berrini 1.376/SP, e que não há, na atual sede administrativa, equipamentos de telecomunicações referentes ao STFC em operação no local, bem como que as atividades exercidas na edificação envolvem outros serviços além do STFC.

Assim, após a conclusão do Relatório de Fiscalização, e ao apreciar as razões expostas pela TELEFÔNICA, através da análise nº 249/2018/SEI/AD (SEI 3234732), o Conselheiro Relator, expôs seu posicionamento, propondo a descaracterização da infração imputada à TELEFÔNICA, uma vez que o contrato de locação do imóvel localizado na Av. Luis Carlos Berrini- SP, objeto de questionamento deste PADO, ocorreu em data anterior ao revogado Despacho nº 2.262/2012-CD, ocasião em que a agência passou a rever seu posicionamento no sentido de considerar imprescindível o pedido de anuência prévia para locação do imóvel.

Não obstante o voto do Relator no sentido de descaracterização da infração imposta, o Ilustre Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira, após pedir vistas, e <u>antes mesmo de analisar o mérito do PADO em testilha</u>, propôs a conversão da deliberação dos autos em diligência à SCO para que avaliasse a necessidade de recálculo da sanção, tendo em vista seu entendimento de que a base de cálculo utilizada para formular a multa estava equivocada.

Assim, em atendimento ao requerimento do Conselheiro Emmanoel, a Superintendência de Controle de Obrigações – SCO, entendeu que a multa deve ser revisada de ofício, majorando-se o valor anteriormente aplicado de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para o valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Nesse diapasão, a TELEFÔNICA foi notificada através do Ofício nº 239/2019/COUN/SCO-ANATEL (SEI 4170591), do agravamento da multa imposta, e do prazo concedido para apresentação de alegações finais em virtude de agravamento de sanção, o que faz nos termos a seguir.

3. MÉRITO

Inicialmente, a TELEFÔNICA reitera todas as alegações apresentadas em sede de defesa administrativa, bem como suas razões recursais, o que por si só são suficientes para afastar qualquer sanção imposta à prestadora, e passa a fazer os destaques a seguir.

3.1. Da aplicação do Princípio do *Tempus Regit Actum*

Ainda no mérito, há que se aplicar o Princípio do *Tempus Regit Actum*, consagrado na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), art. 6º, que determina a regra de aplicabilidade da norma de direito material vigente à época da ocorrência do fato/conduta gerador.

Neste sentido, importante ressaltar que após o pedido de vista feito pelo Conselheiro Presidente à época, Juarez Quadros, acompanhando a proposta do Conselheiro Igor de Freitas, esta Agência revogou as alíneas “a” e “c” do Despacho nº 2.262/2012-CD, reconhecendo que “a manutenção das diretrizes estabelecidas não se mostra mais conveniente e oportuna, além de trazer dificuldades operacionais no tratamento dos pedidos de solicitações de

alienação, desvinculação e substituição dos bens empregados na prestação do STFC em regime público".

Cumpre destacar que as alterações produzidas pelo legislador democrático na Lindb, mediante a edição da Lei 13.655/18, procuraram assegurar um maior espectro de confiança e legitimidade dos agentes administrativos. Veja-se, por exemplo, o que dispõe o artigo 24 da Lindb:

> "Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.(grifo nosso).
>
> Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público".

Nesta esteira de entendimento, ressalta-se que a Agência tem adotado este Princípio em diversos julgados, fazendo prevalecer a norma vigente quando da ocorrência da infração. E no presente caso, pode-se depreender de uma forma cristalina que a motivação utilizada para caracterizar a suposta infração, foi o reconhecimento da **reversibilidade de bens administrativos**, por meio da Análise nº 131/2012 -GCRZ de 09 de março de 2012.

Ocorre que, conforme exaustivamente demonstrado ao longo do processo, o contrato foi firmado em data anterior à mudança de entendimento da Agência, e ainda assim, esta manifestante informou de sua mudança de endereço através da CT.1168/2012/R*JC.

Não há dúvidas, portanto, que por regra, em matéria de multa administrativa, se aplica a lei (lato sensu) vigente à época da ocorrência de seu fato gerador, por força do postulado do *tempus regit actum*, adotado pelo art. 6°, do DL 4.657/42. No mesmo sentido, a lei (latu sensu) não poderá retroagir para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88 e art. 6º, do DL 4.657/42).

3.2. Da impossibilidade de *Reformatio in Pejus* em sede de processo administrativo sancionador

Conforme salientado acima e não obstante o todo asseverado pela Agência, com o escopo de demonstrar a suposta licitude do ato administrativo que majora, de forma considerável o valor da multa aplicada originalmente, tem-se a existência do Princípio da Vedação da Reformatio in Pejus, aplicável ao processo administrativo de modo geral, que proíbe a majoração de sanção, especialmente, nos processos administrativos de cunho sancionatório, quando a majoração é decorrente de recurso interposto pelo sancionado.

Nota-se que a despeito de todos os argumentos trazidos por essa d. Agência, fato é que só haverá possibilidade da reformatio in pejus nos casos de recurso de ofício da autoridade administrativa competente. E diferente não é o entendimento doutrinário a esse respeito, senão vejamos:

> "A reforma da decisão em detrimento do administrado deve apenas ser proibida em processo sancionatório e quando o recurso é interposto apenas pelo sancionado, tal como ocorre no processo penal. Se houver recurso de ofício da autoridade, por exemplo, não poderá se falar em vedação da reformatio in pejus, pois não faria sentido o Legislador prever o recusro de ofício se a decisão não pode ser alterada em seu favor, mas apenas em favor

> do adminsitrado. Frisando: a vedação da reformatio, portanto, apenas poderá ocorrer se houver previsão legal e se não houver recursos da autoridade ou de interessados contrapostos". (Nohara, Irene Patrícia e outro. Processo Administrativo Lei nº. 9.784/99 Comentada. Ed. Atlas, 2009, p.408/409)

Nem se diga que a impossibilidade da reformatio in pejus é aplicável somente no campo do Direito Penal, pois, tanto o processo administrativo sancionador, quanto o processo penal, decorrem do Poder Punitivo do Estado.

É o que se passará a demonstrar a seguir:

3.2.1 - Das similaridades entre o Processo Penal e o Processo Administrativo Sancionador

Deve prevalecer o entendimento de que se aplicam ao processo administrativo sancionador os mesmos princípios que norteiam o processo penal, uma vez que ambos representam o direito em seu aspecto punitivo.

Assim pensa Lúcia Vale Figueiredo, para quem:

> "(...) a Constituição da República inova, substancialmente, no pertinente ao "processo" administrativo (art. 5º, inciso LV), pois a este pretende sejam dadas as mesmas garantias do processo judicial. (...)
>
> Deveras, se os recursos forem interpostos de decisões emanadas em procedimentos administrativos (nominados ou inominados), que não relativos a punições disciplinares ou sanções administrativas, devemos entender que as garantias deverão ser as do processo judicial civil. **Enquanto que para os últimos**

> **(os disciplinares e sancionatórios) deverão viger as garantias do processo judicial penal "[1].** (grifamos e destacamos)

Por conta da proximidade existente entre os dois processos acima mencionados, é que o Princípio da non reformatio in pejus, consagrado no âmbito do processo penal, deve também ser abraçado em sede de processos administrativos, desde que estes tenham caráter sancionador.

Ressalte-se ainda que, mais do que aceito tanto pela doutrina pátria como pela doutrina alienígena, a estreita relação existente entre os dois tipos de processo aqui discutidos já foi tema de decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em que ficou vincado o entendimento de que não pode ser aplicada a reformatio in pejus, mesmo em sede de processos administrativos sancionadores. Veja-se a ementa transcrita:

> ADMINISTRATIVO. SERVENTUÁRIO DE CARTÓRIO. PENA ADMINISTRATIVA. REFORMATIO IN PEJUS. MANDADO DE SEGURANÇA. PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO E PODER PUNITIVO DO ESTADO-SOCIEDADE. DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES. IMPOSSIBILIDADE, EM AMBAS AS HIPÓTESES, DE SE APLICAR PENA NÃO MAIS CONTEMPLADA PELA LEI E AGRAVAR A SITUAÇÃO DO DISCIPLINADO. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> (...)
>
> II - O "poder disciplinar", próprio do Estado-administração, não pode ser efetivamente confundido com o "poder punitivo" penal, inerente ao Estado-sociedade. A punição do último se faz através do poder judiciário; já a do primeiro, por meio de

[1] [1] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 362.

> órgãos da própria Administração. Ambos, porém, não admitem a 'reformatio in pejus', e muito menos a aplicação de pena não mais contemplada pela lei.
> III - Recurso ordinário conhecido e provido.[2]

Nota-se que no julgado em questão, utilizou-se o ministro Adhemar Maciel da doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que assim esclarece a questão: "Depois de aplicada a pena administrativa, há possibilidade de seu cancelamento. Ao contrário, não se pode alterá-la para agravar, salvo novo processo".

Se não bastassem tais argumentos, para o presente caso, tem se a incidência o quanto disposto no parágrafo único do art. 65 da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 e não do art. 64 da mesma lei, conhecida como Lei de Procedimentos Administrativos.

De fato, a diferença de tratamento existente entre o artigo 64 (que pretensamente admite a reforma à pior) e o artigo 65 (que expressamente a veda) não está no tipo de recurso (recurso hierárquico versus revisão), e sim, na natureza dos processos administrativos versados (processos em geral versus processo administrativo sancionador).

Desse modo, e a partir de interpretação sistemática, forçosa é a conclusão de que a Lei de Processo Administrativo admite a hipótese de reformatio in pejus em processos em geral, determinando nestes casos a oitiva da parte que suportará o agravamento; porém, **veda a reforma para pior nos casos de processo de aplicação de sanção, consoante a expressa vedação constante do artigo 65, Parágrafo Único, da Lei 9.784, de 29 de janeiro e 1999, que dispõe:**

> *"Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou*

[2] STJ, RMS 3252/RS, Rel. (para acórdão) Ministro Adhemar Maciel, Brasília, 30 nov. 1994

> *de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.*
>
> *Parágrafo único.* ***Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção****". (grifamos e destacamos)*

Interpretação em outro sentido levaria: i) a afrontar à racionalidade sistêmica da lei em comento e ii) a se afastar a regra constitucional de garantia ao devido processo legal e à ampla defesa e aos recursos a ela inerentes (tema que será tratado a seguir).

Assim, entende a peticionária ser aplicável ao processo administrativo sancionador, com fundamento no art. 65 da Lei de Procedimentos Administrativos, o Princípio da *non reformatio in pejus*, tal qual ocorre no processo penal.

Ademais, tendo em vista o paralelo entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, tendo em vista a aplicação de uma sanção, ressalta-se que conforme o art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, a "lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Sendo assim, somente poderá retroagir aquela lei que for mais benéfica ao réu, de modo que é vedado no ordenamento jurídico o retrocesso de lei que prejudicará o réu, devendo ser mantida a lei vigente na época do ato passível de sanção.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, a TELEFÔNICA requer:

a) A descaracterização da multa aplicada, em razão da ausência de infração, em razão da necessária aplicação do Princípio do *tempus regit actum;*

b) Quanto à revisão da multa, que a mesma não seja aplicada, em razão da aplicação do Princípio da *non reformatio in pejus;*

São Paulo, 06 de junho de 2019.

TELEFÔNICA BRASIL S.A.
Diretoria de Assuntos Jurídico-Regulatórios

Divisão Contencioso Regulatório