

OBRIGAÇÃO DE FAZER EM SANÇÕES REGULATÓRIAS NO BRASIL: APLICAÇÃO AO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

*Obligation to do as a regulatory sanction in Brazil: Application to the
telecommunications sector*

Submetido(submitted): 26/07/2019

Parecer(revised): 16/08/2019

Aceito(accepted): 31/08/2019

Luciano Charlita de Freitas
Ronaldo Neves de Moura Filho
Juliano Stanzani
Renata Machado Moreira
Leonardo Euler de Moraes*

Abstract

Purpose – *This article approaches the legal and economic dimensions of the fine and the so-called obligation to do as alternative sanction methods within the Brazilian regulatory framework and the latter's relative potentials regarding the full exercise of economic functions by the regulator. Furthermore, it highlights the relative advantages and challenges of the obligation to do and how it can maximize the allocative efficiency of administrative sanctions.*

Methodology/approach/design – *A critical analysis of a pioneering application of the obligation to do, carried out by the telecommunication's regulatory agency, allows to elucidate the essential requirements for its use and governance.*

Findings – *Conclusions suggest that the obligation to do allows the fulfillment of the allocation, stabilization and distribution functions by regulator while potentially increasing both the society expectation towards sanctioning and investment in the sector.*

Originality – *It presents a pioneering perspective on the exercise of the obligation to do as sanction in the Brazilian telecommunications sector.*

Keywords: *Administrative sanctioning. Economic functions. To do Obligation. Infrastructure Investment.*

*Luciano Charlita de Freitas é Doutor em Políticas de Desenvolvimento pela Universidade de Hiroshima, Japão. Ronaldo Neves de Moura Filho é mestrando em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Juliano Stanzani é Pós-Graduado em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Renata Machado Moreira é especialista em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB), Leonardo Euler de Moraes é Mestre de Economia pela Universidade de Brasília (UnB) e Presidente da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL). E-mail: lucianofreitas@live.com. *Disclaimer:* O presente estudo não vincula o posicionamento dos autores às decisões das entidades às quais estão vinculados. E-mail: lucianofreitas@live.com.

Resumo

Propósito – Este artigo aborda as dimensões jurídica e econômica da multa e da obrigação de fazer no contexto regulatório brasileiro e explora os potenciais relativos da última como expressão mais fidedigna do exercício das funções econômicas pelo regulador. O estudo destaca as vantagens e desafios da obrigação de fazer e como essa classe de sancionamento pode elevar a eficiência alocativa dos recursos provenientes de sanções administrativas.

Metodologia/abordagem/design – De modo a manter o debate no plano prático, é feita uma análise de aplicação pioneira da obrigação de fazer leva a cabo pelo regulador de telecomunicações o que permite elucidar os requisitos essenciais para seu uso e os critérios de governança necessários para sua utilização.

Resultados – As conclusões sugerem que a obrigação de fazer permite o desempenho das funções de alocação, estabilização e distribuição ao passo que a multa se resume, no plano regulatório, à atribuição de um valor pecuniário de sanção.

Originalidade – O artigo apresenta uma perspectiva pioneira sobre o exercício da obrigação de fazer como alternativa de sancionamento administrativo no setor de telecomunicações brasileiro.

Palavras-chave: Sanção administrativa. Funções econômicas. Obrigação de Fazer. Investimento.

INTRODUÇÃO

O objetivo primordial de qualquer política regulatória é assegurar a prestação do serviço público de acordo com as regras e expectativas subscritas na regulação. Nesses termos, cabe ao Poder Público coibir transgressões a esse regime e, desse modo, preservar as orientações regulatórias e legais.

Ao regulador estão disponíveis diversos instrumentos de *enforcement* e faz parte da discricionariedade do titular do Poder Público decidir por aquele que melhor potencialize o bem-estar social e a correção da conduta por parte do regulado. Por óbvio, a indicação do mecanismo de sanção depende de circunstâncias afetas a cada caso concreto e das possibilidades disponíveis no arcabouço jurídico-regulatório. Assim, não se pode, com antecedência, indicar qual instrumento é o mais eficiente sem se conhecer as especificidades de cada caso concreto. Nesse contexto, as circunstâncias nas quais a infração ocorreu, a disponibilização de infraestrutura para prestação de serviço, as condições da população eventualmente afetada, as consequências decorrentes da prática infracional, a capacidade do Estado para assegurar a correção da conduta e as fronteiras de atuação definidas pela legislação.

Ciente dessas dimensões e com vistas a assegurar maior eficiência à decisão da autoridade pública, o Legislador disponibilizou *ex ante* um conjunto de opções de sanções administrativas (BRASIL, 1997, 1999). A denominada Lei

do Processo Administrativo – LPA (BRASIL, 1999) ao oferecer os contornos jurídicos do arcabouço sancionatório no plano administrativo, estabeleceu que as sanções podem ser de natureza pecuniária ou constituídas na forma de obrigação de fazer ou não fazer. Por sua vez, a Lei Geral de Telecomunicações - LGT (BRASIL, 1997) é mais específica ao apresentar um rol de modalidades de sancionamento. Inclui-se nessa relação a advertência, a multa, a suspensão temporária, a caducidade e a declaração de inidoneidade. Por fim, o regulador setorial, ao editar o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (ANATEL, 2012a), acrescentou ao referido rol da LGT as modalidades de obrigação de fazer e obrigação de não fazer, como figuras passíveis de aplicação pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). Para fins deste estudo são destacadas duas classes de sanção – a multa e a obrigação de fazer.

A sanção de multa, cuja natureza é pecuniária, é estabelecida a partir de regramentos sistematizados que contemplam variáveis como porte do regulado, gravidade da infração, quantidade de usuários afetados, entre outros. Por sua vez, a obrigação de fazer abrange imposições relacionadas à disponibilização de investimentos e à melhoria da prestação de serviços.

Ambas as classes de sancionamento são respaldadas no plano jurídico-legislativo, mas se diferem no tocante ao exercício das atividades econômicas pelo regulador e no impacto que proporcionam à sociedade. Ao cabo, soluções menos eficientes do ponto de vista alocativo podem resultar no arrefecimento do poder de *enforcement*, na distorção de incentivos e, em última instância, na perda de credibilidade do regulador.

O debate sobre os benefícios de mecanismos alternativos de sancionamento tem florescido à luz das críticas sobre a efetividade da sanção de multa como instrumento preferencial para correção da conduta (POSNER, 1980a; TCU, 2006, 2017). No contexto brasileiro essa questão foi contestada com maior ênfase pelo órgão de controle externo, o Tribunal de Contas da União – TCU (TCU, 2006, 2017). Nas ocasiões que se debruçou sobre o acompanhamento da qualidade dos serviços de telecomunicações, o TCU concluiu que a efetividade do *enforcement* regulatório não pode ser avaliada apenas pela quantidade de multas aplicadas ou pelos valores por elas arrecadados. A Corte de Contas sustenta que o critério deve considerar o aperfeiçoamento dos serviços, a correção das condutas e a não reincidência.

A crítica do TCU guarda relação com a argumentação apresentada por Posner (1980b) em seu apanhado histórico-teórico sobre sanção pecuniária. O autor sugere que a multa é benéfica àqueles que podem pagar por ela. Outros estudos postulam que sanções financeiras, quando efetivamente convertidas em pagamento, reduzem o crescimento da produtividade e restringem o emprego,

enquanto alternativas que priorizam obrigações de fazer podem impulsionar a atividade econômica (CAMPBELL et al., 1996).

Este artigo aborda as dimensões jurídica e econômica da multa e da obrigação de fazer e explora os potenciais relativos da última como expressão mais fidedigna do exercício das funções econômicas do regulador. O foco na obrigação de fazer decorre do reconhecimento de que a vertente preferencial do regulador pela penalização pecuniária não tem se revertido em melhoria na qualidade do serviço ou do bem-estar social e, inclusive, pode comprometê-los (TCU, 2017).

Outro aspecto explorado diz respeito aos potenciais e limites da obrigação de fazer como fonte de financiamento de infraestruturas essenciais em um contexto de restrição de fluxos de capital. Essa alternativa, sob a exclusiva discricionariedade do regulador, em algumas circunstâncias pode servir para abrandar o chamado gap de infraestrutura do setor, sem o ônus imputado a fontes alternativas de investimento público.

Para assegurar um debate prático sobre o tema os autores elegeram o setor de telecomunicações como plataforma para discussão. Tal escolha se ampara no grau de maturidade jurídico-regulatório atribuído à obrigação de fazer no âmbito da Anatel (ANATEL, 2012a; 2019a) e à tradição da Agência nos processos de quantificação, qualificação e priorização de projetos de investimento (ANATEL, 2018a).

Por ser a obrigação de fazer uma experiência regulatória em construção, dada a preferência histórica pela aplicação de multas, o presente artigo tem natureza descritiva. A expectativa para estudos futuros é que os resultados do exercício da obrigação de fazer possam dar insumos para uma avaliação quantitativa sobre sua relevância.

O presente estudo contempla uma perspectiva evolutiva sobre a aplicação da obrigação de fazer no contexto regulatório da Anatel. Parte importante do debate se fundamenta em artigo introdutório sobre o tema cujo foco era o debate sobre potencialidades e desafios dessa tipologia de sanção (FREITAS et al., 2019). As principais inovações constam de seção específica sobre incentivos, evolução e a governança das sanções de obrigação de fazer.

Além desta introdução, o artigo está estruturado em três seções. A seção a seguir trata das funções econômicas do regulador no exercício de sua atividade de sancionamento. Faz alusão a estudos sobre a eficiência da Administração Pública na alocação de recursos públicos. Em seguida, são abordados as potencialidades e os limites da multa e da obrigação de fazer. São feitas considerações sobre os efeitos morais do ponto de vista dissuasório e do efeito estigma da obrigação de fazer, em linha com avanços recentes no debate sobre responsividade regulatória (MELLO DA SILVA, 2017). Por fim, são

apresentados os contornos legais e econômicos de uma experiência conduzida pelo regulador de telecomunicações brasileiro na aplicação de obrigação de fazer. Conclusões e recomendações de políticas públicas e regulatórias são apresentadas na seção final.

LIMITES E ABRANGÊNCIA DA MULTA E DA OBRIGAÇÃO DE FAZER

O regulador é titular de diversas funções econômicas no plano regulatório. Nos termos designados por Musgrave e Musgrave (1980) essas atribuições abrangem a alocação eficiente de recursos, sua distribuição justa e a função estabilizadora da economia.

A função alocativa tem relação com o provisionamento de bens e serviços públicos à sociedade em função das externalidades deles decorrentes. Por sua vez, a função distributiva se refere à distribuição dos benefícios decorrentes do emprego de fatores de produção. Tem relação com a distribuição de renda na sociedade. Já a função estabilizadora diz respeito à manutenção do emprego e controle de inflação através da alocação de investimentos e da promoção do equilíbrio da demanda agregada na sociedade.

Integradas às funções econômicas estão os princípios legais que governam a atuação do regulador. Estudos conduzidos por Mello (2007), Marques Neto e Cymbalista (2010) oferecem um amplo panorama sobre o debate jurídico acerca do processo de sancionamento. Aspecto marcante desse debate é a busca pela interação entre o direito processual e o direito material e como os instrumentos do primeiro podem servir para produzir efeitos sobre o segundo de maneira mais eficaz.

Assim, ao optar por um dentre os diversos mecanismos de sanção o regulador deve observar todas essas funções e princípios sob o risco de motivar, por um lado, perdas de eficiência e redução da utilidade pública e, por outro, incorrer em ilegalidades. A sanção do tipo multa dispõe de particular estabilidade quanto à obediência aos princípios legais, e seu protagonismo no quadro histórico de sanções aplicadas é revelador da preferência do regulador. Com ênfase, a multa dispõe de um processo sistematizado, maduro, testado e aceito entre os regulados e órgãos de controle, o que impulsionou sua aplicação intensiva.

Dados da Anatel indicam que no período de 2000 a 2017 foram instruídos 57 mil processos administrativos sancionatórios o que totaliza um valor de face total de R\$ 10,2 bilhões (TCU, 2017). Os processos foram, em sua quase totalidade, instruídos como multas aos regulados.

A despeito da estabilidade jurídica do instrumento, a multa tem sido criticada no tocante à sua efetividade, já referida, e   ausência do exercício pleno das funções econômicas pelo regulador. Neste contexto, ao optar pela sanção de multa o regulador se circunscreve a assinalar um valor   infração cometida, isentando-se de exercitar as funções de alocação, estabilização e distribuição.

Cabe destacar que é justamente a frustração das expectativas decorrentes da abstenção do exercício das funções econômicas um dos objetos de maior debate no campo da administração pública. Por exemplo, estudos disponíveis para o contexto brasileiro permitem inferir que existem lapsos significativos na ação do Poder Público no que diz respeito   eficiência na conversão dos recursos públicos em serviç os   sociedade (BRESSER PEREIRA, 1995, 1998; TANZI, 2004; REZENDO, SLOMSKI e CORRAR, 2005; FARIA, JANNUZZI e SILVA, 2008; FERREIRA e PITTA, 2008).

Outra fonte recorrente de críticas se refere à percepção de que seus efeitos não têm se convertido em melhoria da qualidade do serviç o e que a reincidência de infrações resulta em juízo de permissividade pela sociedade. Parte dessa crítica se deve à baixa efetividade do ponto de vista de conversão da multa em arrecadação, conforme ressaltado pelo Tribunal de Contas (TCU, 2017). Estudo do órgão de controle elaborado a partir de amostra de 14 agências reguladoras brasileiras para o período de 2011 a 2014 revelou que apenas 6,03% das multas aplicadas foram convertidas em arrecadação. Na Anatel esse  ndice foi de 4,81%. O volume de judicialização dos processos sancionatórios, após seu trânsito no âmbito administrativo, pode ser uma justificativa para tal estatística (TCU, 2017).

Por fim, existe um debate em curso sobre as repercussões da multa do ponto de vista moral. O destaque tem sido a ausência de uma contrapartida imediata da sanção no plano f tico que, apesar de precificada pelo julgador, não é percebida pela sociedade como punição efetiva (KAHAN, 1996). Nesses termos, a obrigação de fazer tem o potencial de manifestar com maior ênfase o esperado estigma da punição (RILEY e SOKOL, 2015) e, como consequência, seu efeito pedagógico sobre o regulado.

Obrigação de fazer: potenciais e desafios

Aspecto essencial para o debate posto é o reconhecimento da discricionariedade do tomador de decisão na escolha da classe de sanção que melhor se adequa a cada caso concreto (ANATEL, 2019a). Ciente das opções   sua disposição, cabe ao regulador optar pela alternativa cujos benefícios propiciem máxima eficiência relativa e o atendimento das condições legais.

Nesses termos, o processo sancionador obterá êxito em sua finalidade quando for capaz de punir, educar e prevenir transgressões aos regulamentos e, desse modo, incentivar os agentes regulados a se filiarem ao cumprimento natural e espontâneo das normas jurídica. Dessa forma, é preciso valer-se de mecanismos jurídicos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação almejada no âmbito regulatório.

Uma das vantagens relativas da obrigação de fazer é a autonomia que outorga ao tomador de decisão sobre o efetivo exercício das funções de alocação, estabilização e distribuição. Assim, ao designar uma obrigação de fazer o regulador se compromete em avaliar preliminarmente a importância e as externalidades de sua decisão. Ao cabo, a opção se justifica caso as expectativas de suas externalidades positivas se sobressaiam àquelas atribuídas aos demais mecanismos de sanção.

A figura a seguir apresenta uma perspectiva conceitual sobre a expectativa de ganho de utilidade marginal da multa e da obrigação de fazer. Em síntese, a opção pela obrigação de fazer, quando couber, se justificaria na perspectiva do regulador quando seus benefícios excederem aquelas decorrentes da multa.

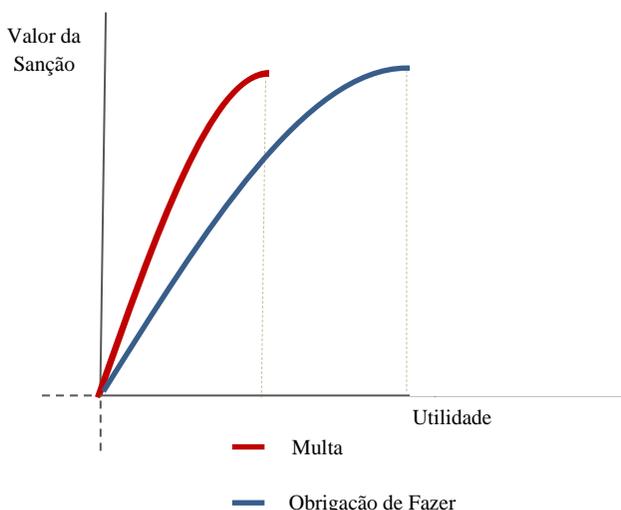


Figura 1 - Perspectiva conceitual sobre a utilidade marginal das sanções de multa e de obrigação de fazer.

Ademais, do ponto de vista de execução, sanções do tipo obrigação de fazer permitem ao regulador compartilhar com o ente privado o compromisso de eficiência na execução do projeto e, assim, elevar a expectativa de utilidade relativa àquela obtida pelos fluxos usuais de sanções pecuniárias. Nessas circunstâncias, a obrigação de fazer tem vantagens sobre a multa uma vez que converte a sanção em investimento produtivo, cujos benefícios não se limitam à sua própria iniciativa.

A despeito das possibilidades associadas à obrigação de fazer, existem argumentos que a contrapõem, e deles é possível extrair insumos para um debate qualificado sobre o tema. Um aspecto essencial nesse contexto é a incerteza quanto à sua efetividade como medida dissuasiva de infração. Razão para essa percepção é a inexistência de elementos suficientes para um julgamento da sua repercussão. Reforça essa incerteza o risco moral associado à delegação da obrigação ao ente privado que cometeu a infração e os limites da capacidade do regulador em assegurar o correto cumprimento da obrigação à sociedade. Em outros termos, o privado que comete a infração e, após julgamento, passa a ser titular da obrigação de fazer poderia lançar mão de seu domínio sobre as informações da cadeia de produção para maximizar seus interesses privados em detrimento dos benefícios decorrentes da medida punitiva.

Outra crítica possível se refere à insuficiente compreensão sobre o poder explicativo das funções econômicas no contexto das punições. Afinal, existem elementos subjetivos subscritos à decisão do julgador às quais a abordagem econômica é limitada em distinguir. Incluem-se nesse escopo a própria discricionariedade do julgador, a limitação de fiscalização perante a eventual execução da obrigação de fazer e o entendimento sobre a real capacidade de investimento da entidade sancionada ao aderir à obrigação de investir. Nesses termos, é razoável aceitar que existe uma distinção entre reivindicações do analista econômico e do julgador. Essas circunstâncias elevam a responsabilidade do regulador nas fases de desenho da obrigação e na atividade fiscalizatória voltada à sua averiguação. Aumentam, portanto, a complexidade da atividade sancionatória.

Por fim, existem incertezas acerca do risco de distorção de incentivos na atribuição de sanções uma vez que quanto maior for seu dimensionamento, mais recursos seriam disponibilizados para fins de investimento. Esse cenário, levado ao extremo, poderia desvirtuar a obrigação de fazer, transformando-a em instrumento de consecução de políticas públicas em detrimento de seu objetivo precípuo de garantia da conformidade regulatória.

A atuação do regulador de telecomunicações no tocante às obrigações de fazer

A cautela sobre a adoção da obrigação de fazer no contexto regulatório brasileiro pode ser atribuída à exigência de maturidade legal e regulatória, notadamente no que tange aos requisitos de segurança jurídica para a tomada de decisão. Somada às precauções no campo jurídico havia a necessidade de desenvolvimento de expertise na identificação, quantificação e priorização de projetos de investimento.

Em resposta a essas demandas o regulador setorial engajou-se em estabelecer os contornos legais e regulatórios e no desenho de projetos de investimentos aptos a acomodar as obrigações de fazer (ANATEL, 2012a; 2019b). O regulamento de sancionamento adotado pela agência e os pareceres elaborados por sua consultoria jurídica tornaram-se referências nesse contexto (ANATEL, 2012a; 2019a). Esses documentos contemplam conceitos fundamentais, limites e procedimentos para a adoção da obrigação de fazer.

Por definição, a obrigação de fazer consiste em ordem mandamental, imposta pela autoridade regulatória, com efeito sobre a entidade sancionada. Abrange ritos específicos, prazos e certidões de comprovação do seu cumprimento e, desse modo, se distingue de mecanismos alternativos como as medidas cautelares (ANATEL, 2012a) e os denominados Termos de Ajustamento de Conduta – TAC, cuja conformação é obrigatoriamente precedida por etapa negocial (ANATEL, 2013).

Sobre o procedimento, tal como adotado pela Agência (ANATEL, 2019b), a aplicação da obrigação de fazer contempla duas etapas. A primeira trata de fixar o valor da sanção de multa, como regra básica, e, em seguida, facultar ao regulado convertê-la em obrigação de fazer. Tal conversão se pauta em um juízo de equivalência que, conforme já referido, gera potenciais externalidade positivas que são apenas tratadas como excedente intangível, atrelado à obrigação de fazer. Esse procedimento autoriza o ente regulado a escolher entre a adesão da obrigação de fazer ou manter a incidência da multa.

Um benefício imediato dessa medida é a redução dos custos de litigância. No experimento realizado pela Anatel, o prazo concedido ao agente privado para optar entre as classes de sanção é equivalente ao previsto para apresentação de recurso contra a decisão proferida. Assim, uma vez que sua escolha seja pela obrigação de fazer, o regulado dispensa a apresentação de recurso e confirma sua sujeição à sanção (ANATEL, 2019b).

Nesse sentido, a opção do agente privado pela obrigação de fazer reduz os custos de tratamento recursal, e o nível de litigância em instâncias judiciais. Ademais, caso não se observe o cumprimento integral da obrigação de fazer nos

termos definidos pelo agente regulador, caberá tão somente a execução financeira da multa uma vez que estará precluso o direito de recorrer do agente privado (ANATEL, 2019b).

Quanto à abrangência, o regulamento vigente autoriza o uso da obrigação de fazer para endereçar infrações categorizadas como leve, média e grave, e faculta ao regulador o uso cumulado ou independente da sanção de multa (ANATEL, 2012; 2019a). Interpretações complementares sobre o regulamento, à luz da legislação em vigor, sugerem que o arranjo escolhido pelo regulador para fins de sanção deve ser precedido de um juízo de oportunidade e conveniência, bem como razoabilidade e adequada para o atingimento do interesse público (ANATEL, 2012; 2019a).

A forma de aplicação da sanção e o objeto da obrigação também estão previstos no conjunto normativo elaborado pelo regulador. Quanto à geografia, a orientação é que os recursos devem ser alocados na melhoria do serviço objeto da infração, de preferência na área afetada. Por sua vez, o objeto da obrigação de fazer deve ser relacionado ao serviço que gerou a infração (ANATEL, 2012a; 2019a). Nesses termos, não cabe a atribuição de uma obrigação de fazer desvinculada das prioridades definidas em políticas públicas.

É importante pontuar, contudo, que tais balizas impostas às obrigações de fazer estão definidas no regulamento de sancionamento cujo estabelecimento antecede a atual compreensão sobre os limites da multa. Ciente dessa limitação, cabe uma reflexão acerca de possíveis aperfeiçoamentos do modelo em vigor no sentido de explicitar o vínculo da obrigação aos objetivos de políticas públicas bem como reexaminar a restrição geográfica e temática entre a obrigação e a infração constatada. Iniciativas nesse sentido permitirão maior flexibilidade ao regulador para buscar soluções mais aderentes às necessidades dos usuários. A pesquisa bibliográfica realizada para fins deste estudo identificou que existem iniciativas em curso na Agência reguladora, inseridos no escopo do debate sobre responsividade, para revisão do regulamento de sancionamento (ARANHA, 2016; ANATEL, 2018b).

No que se refere à qualificação, quantificação e priorização dos potenciais projetos de investimento, o regulador setorial tem se referido ao denominado Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações – PERT (ANATEL, 2018a). O PERT oferece uma estrutura compreensiva sobre as lacunas de infraestrutura de transporte e acesso no País e foi elaborado com base nas especificidades de cada região e nas condições de competição. O trabalho também inclui as respectivas avaliações e potenciais fontes de financiamentos.

À luz desse conjunto de premissas e orientações, a Anatel levou a cabo uma primeira experiência de aplicação de obrigação de fazer (ANATEL, 2019b). No caso, o objeto da infração foi o descumprimento de obrigações

regulamentares sobre aspectos de gestão da qualidade na prestação de serviços móveis e de telefonia fixa (ANATEL, 2011; ANATEL, 2012b). A multa assinalada ao caso concreto foi da ordem de R\$ 11 milhões (ANATEL, 2019b).

A opção pela obrigação de fazer foi facultada ao regulado no mesmo despacho decisório que definiu o valor da sanção de multa. A obrigação consistia na implantação de infraestrutura para prestação de serviço móvel, na tecnologia 4G, em 13 distritos não sede, não atendidos por essa solução. Atribuiu-se o prazo de um ano para consecução da obrigação e condicionou sua aplicabilidade à renúncia implícita ao direito de recorrer.

O estudo do ato da ANATEL (ANATEL, 2019b) tem lastro nas garantias de atendimento ao interesse público e o detalhamento dos contornos jurídico-administrativos para o exercício da obrigação de fazer. Faz parte desses remédios a fixação de prazo para adesão expressa à obrigação de fazer e a notificação imediata sobre o restabelecimento da multa no caso de não cumprimento integral da obrigação.

A partir dessas medidas de contorno, ficou evidente o interesse do regulador de preservar o instrumento sancionatório de discussão recursais, em suas vias administrativas e judiciais, que caracterizam o processo sancionatório tradicional. Revestiu desse modo de eficácia o instrumento, ao tempo em que buscou satisfazer o exercício de suas funções econômicas, com menos custos administrativos para a Administração Pública e para a iniciativa privada.

Outros elementos do ato e das análises que sustentam a decisão (ANATEL, 2019b) coadunam com a intenção do regulador. Alguns exemplos permitem aprofundar essa abordagem:

- a) ao regulado foi disponibilizada uma lista de distritos não sede localizados na região que havia sido foco geográfico da infração.
- b) definiu o prazo máximo de um ano para o atendimento integral e oferta de serviço 4G nos distritos escolhidos e de mais trinta dias para comprovação do cumprimento da obrigação.
- c) obrigação de compartilhamento da infraestrutura objeto da obrigação de fazer, na forma de roaming com as demais prestadoras móveis.
- d) obrigação de comunicar às comunidades destinatárias da obrigação sobre a disponibilização da cobertura.

A decisão do regulador deu destaque à argumentação de que alternativa de obrigação de fazer não é um direito garantido aos agentes de mercado, mas uma discricionariedade do agente regulador, que deve analisar, caso-a-caso, sua conveniência, oportunidade, razoabilidade e proporcionalidade. Essa manifestação se insere na instrução processual do experimento, notadamente

quando destaca a posição de neutralidade entre as classes de sanção (ANATEL, 2019b).

Incentivos, evolução e a governança das sanções de obrigação de fazer

O aprofundamento do debate sobre a obrigação de fazer revela uma série de implicações de ordem prática sobre as quais cabem novas reflexões. Um aspecto importante nesse contexto é a integração de mecanismos de incentivo econômico que permita franquear ao ente regulado uma plataforma realista para adesão à obrigação de fazer.

Dado que a exigência por equivalência à sanção de multa é uma precondição do modelo (ANATEL, 2019b), o foco do incentivo poderia ser atribuído aos requisitos específicos de sua implementação. Exemplos como a premiação pela antecipação de prazos de investimentos e dos esforços envidados pelo regulado quanto a adesão de novos usuários ou competidores às infraestruturas instaladas se inserem nesse contexto de incentivos.

Em coerência com os preceitos de discricionariedade que guiam a atribuição da sanção, cabe ao regulador estabelecer os critérios e o dimensionamento dos eventuais incentivos. Uma reflexão análoga, já em vigor na modalidade de sancionamento do tipo multa, outorga ao regulado a possibilidade de desconto de 25% do valor da multa aplicada, caso a renuncie ao direito de recorrer do sancionamento e providencie o recolhimento da multa no prazo de 30 dias da intimação (ANATEL, 2012a).

Outro aspecto evolutivo do raciocínio inaugurado por Freitas et al. (2019) diz respeito ao dimensionamento da obrigação de fazer face à inexistência de instância negocial. Sobre esse aspecto, cabe rememorar que a ausência de negociação no âmbito da obrigação de fazer remete ao regulador a autonomia para fixar o *quantum* da obrigação.

Vale resgatar que a designação dos projetos objeto das obrigações de fazer, bem como sua destinação, deve ser precedida por um exame cauteloso pelo regulador de modo a obter máximo compromisso com o interesse público. Nesses termos que se insere, por exemplo, o lastro atribuído aos projetos estruturantes estabelecidos nos termos do denominado PERT, já referido neste estudo.

Por fim, o exercício da obrigação de fazer impõe ao regulador a necessidade de adequar os recursos destinados a assegurar a governança dessa modalidade de sanção. Tal adequação tem a função de atestar a efetiva implementação da obrigação e, caso não seja cumprida, sua reversão à multa.

CONCLUSÃO

Muito embora não constitua novidade em termos de hipótese legal e regulamentar, o exercício da obrigação de fazer, em alternativa à multa, é uma inovação no âmbito da política de sanção administrativa levada a cabo pelo regulador de telecomunicações brasileiro. O debate encaminhado no presente artigo permite explorar essa classe de sanção e como ela se harmoniza com outras iniciativas voltadas à modernização dos mecanismos de *enforcement* regulatório.

A proposta se insere no contexto da regulação responsiva, que toca, além da questão alocativa típica das obrigações de fazer, os modelos de estigma, estabelecidos a partir do reconhecimento de elementos intangíveis dos agentes privados, a exemplo da reputação, da marca e da qualidade dos serviços prestados.

Ademais, a obrigação de fazer é apontada como a alternativa que melhor se harmoniza com as expectativas de efetivo exercício das atividades econômicas pelo regulador em sua atividade de sancionamento. Nesses termos, a diversificação das opções de sanção tem potencial de instrumentalizar a eficiência da atuação regulatória.

O estudo também explora os potenciais da obrigação de fazer como gerador de externalidade positiva para a sociedade. Especial ênfase é atribuída aos seus efeitos como dinamizador do investimento em infraestruturas de telecomunicações.

Por fim, são examinados desafios para a aplicação adequada da obrigação de fazer, bem como, o caráter discricionário do tomador de decisão ao escolher entre as opções de sanção. Nessa linha, faz-se alusão à busca de mais externalidades positivas no trato sancionatório e às cautelas adotadas pelo regulador para distinguir a obrigação de fazer de outras iniciativas de sancionamento levadas a cabo pela Agência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução nº 575/2011: Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal – RGQ-SMP e altera o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal – SMP**. Anatel: Brasília, 2011.

- _____. *Resolução nº 589/2012: Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas*. Anatel: Brasília, 2012a.
- _____. *Resolução nº 605/2012: aprova o Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – RGQ-STFC*. Anatel: Brasília, 2012b.
- _____. *Resolução nº 629/2013: aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC)*. Anatel: Brasília, 2013.
- _____. *Consulta pública nº 20/2018: Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações – PERT*. Anatel: Brasília, 2018a.
- _____. *Consulta pública nº 53/2018: Proposta de Regulamento de Fiscalização Regulatória*. Anatel: Brasília, 2018b.
- _____. *Parecer nº 89/2019/PFE-ANATEL/PGF/AGU: Acompanhamento e controle de serviços de telecomunicações*. Anatel: Brasília, 2019a.
- _____. *PADO: Gestão da Qualidade – SMP. Processo nº 53500.010244/2015-11*. Anatel: Brasília, 2019b.
- ARANHA, Márcio Iorio. Telecommunications Regulatory Design in Brazil: Networking around State Capacity Deficits. *Economia Publica*, v. 27, p. 83-105, 2016
- BRASIL. *Lei nº 9.472/1997: Lei Geral de Telecomunicações*. Congresso Nacional: Brasília, 1997.
- _____. *Lei nº 9.784/1999: Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Congresso Nacional: Brasília, 1999.
- BRESSER PEREIRA, L.C. A Reforma Gerencial do estado de 1995. *Revista de Administração Pública*, 34, 4, 55-72, 2000.
- BRESSER PEREIRA, L.C. Uma reforma para ficar na História. (Entrevista) In: Reforma Gerencial: *Revista do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado*, p. 21-24, 1998.
- CAMPBELL, T.J. et al. Liability Reforms and Economic Performance, in Ralph Landau et al., (eds.) *The Mosaic of Economic Growth*, Stanford University Press, 276-77, 1996.
- FARIA, F.P.; JANNUZZI, P.M.; SILVA, S.J. Eficiência dos gastos municipais em saúde e educação: uma investigação através da análise envoltória no

- estado do Rio de Janeiro. *Revista de Administração Pública (RAP)*, Rio de Janeiro 42(1), p. 155-177, 2008.
- FERREIRA, M. P.; PITTA, M.T. *Avaliação da eficiência técnica na utilização dos recursos do Sistema Único de Saúde na produção ambulatorial*. São Paulo em Perspectiva, Fundação Seade, 22, 2, p. 55-71, 2008.
- FREITAS, L.C., MOURA FILHO, R.N., STANZANI, J., MACHADO, R.M., DE MORAIS, L.E. 2019. *Potencialidades e desafios da obrigação de fazer em sanções regulatórias*. XIII Communication Policy Research Conference: Córdoba.
- KAHAN, D.M. What Do Alternative Sanctions Mean? *The University of Chicago Law Review*, 63, 2, p. 591-653, 1996.
- MARKOVITS, R.S. Legal Analysis and the Economic Analysis of Allocative Efficiency. *Hofstra Law Review*, 8, 4, p. 811- 903, 1980.
- MARQUES NETO, F.de A.; CYMBALISTA, T.M. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, 8, 31, RBDP: Belo Horizonte, 2010.
- MELLO DA SILVA, J.M A. M. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. *Revista de Direito, Estado e Telecomunicações*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 183-208, maio de 2017.
- MELLO, R.M. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo, Malheiros, 2007.
- MUSGRAVE, R. A.; MUSGRAVE, P. B. **Finanças Públicas: Teoria e Prática**. Editora da Universidade de São Paulo: São Paulo, 1980.
- POSNER, R.A. Optimal sentences for white-collar criminals. *American Criminal Law Review*, 17, p. 409-418, 1980.
- _____. The ethical and political basis of the efficiency norm in common law adjudication, *Hofstra Law Review*, 8, p. 487-507, 1980.
- REZENDE, A.J.; SLOMSKI, V.; CORRAR, L. J. A gestão pública municipal e a eficiência dos gastos públicos: Uma investigação empírica entre as políticas públicas e o índice de desenvolvimento. *Revista Universo Contábil*, 1, 1, p. 24-40, 2005.
- RILEY, A.; SOKOL, D.D. *Rethinking Compliance, Journal of Antitrust Enforcement*, 3,1, p. 31-57, 2016.

TANZI, V. *Measuring efficiency in public expenditure*. Conference on Public Expenditure Evaluation and Growth. Washington: The World Bank, 2004.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). *Acórdão n° 2.109/2006 – Plenário. Processo n° 019.009/2005*. Relator Ubiratan Aguiar. Brasília: TCU.

_____. *Acórdão n° 1970/2017 – Plenário. Processo n° 029.688/2016-7*. Relator Aroldo Cedraz. TCU: Brasília.