

GRUPO I – CLASSE V – Plenário

TC 038.359/2019-7

Natureza: Relatório de Acompanhamento

Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações

Representação legal: não há

SUMÁRIO: ACOMPANHAMENTO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). CELEBRAÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. GRUPO TIM. SUBSTITUIÇÃO DE MULTAS EM INVESTIMENTOS DIRETOS (COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E COMPROMISSOS ADICIONAIS). EXAME DA MINUTA DO TAC APROVADA PELO CONSELHO DIRETOR. MONITORAMENTO DOS COMANDOS PROFERIDOS NOS ACÓRDÃOS 2.121/2017 E 716/2019 DO PLENÁRIO. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÕES.

RELATÓRIO

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 necessários, a instrução da secretaria responsável pela análise da demanda (peça 42), que contou com a anuência do corpo diretivo da unidade (peças 43-44):

"INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de acompanhamento do processo de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e o Grupo TIM (também denominado de empresa TIM) quanto aos temas: Direitos e Garantias dos Usuários, Qualidade, Ampliação do Acesso e Fiscalização.

HISTÓRICO

2. Em decorrência de uma auditoria realizada pelo TCU em 2015, foram analisados à época documentos que tratavam de negociações de TACs no âmbito da Anatel e, nesse processo, foram verificados indícios de irregularidades na atuação do órgão regulador que motivaram a realização de diversas ações de controle pelo Tribunal:

a) TC 033.413/2015-0, sobre o TAC da empresa Oi relacionado à universalização e à qualidade dos serviços prestados pelas empresas do grupo;

b) TC 028.810/2017-1, sobre o TAC da empresa Oi relacionado aos temas de direitos e garantias dos usuários e fiscalização e interrupções sistêmicas dos serviços prestados pelas empresas do grupo;

c) TC 022.280/2016-2, que avaliou o processo de trabalho e normativos da Anatel relacionados à celebração de TACs em geral e, em paralelo, também fez uma análise do caso concreto do TAC da empresa Telefônica após a sua aprovação pela Anatel em 17/11/2016.

3. As análises de mérito dos TACs da Oi pelo TCU foram prejudicadas por conta do pedido de recuperação judicial da empresa, que resultou em decisões de revogação e não aprovação pela Anatel dos acordos da entidade privada.

4. O TC 022.280/2016-2 foi atuado no segundo semestre de 2016 e tinha como objetivo avaliar o

processo de celebração de TACs conduzido pela Anatel de forma geral, incluindo as condições e normativos que regem todos os acordos a serem negociados com a agência. Em paralelo, também foi avaliado o caso concreto do TAC da empresa Telefônica, aprovado pela Anatel em 17/11/2016 por meio do Acórdão Anatel 422, por ser o único TAC que já havia sido aprovado à época, se desconsiderados os TACs do grupo Oi cuja análise foi impactada pelo pedido de recuperação judicial do grupo.

5. A unidade técnica do TCU no âmbito do referido processo apontou diversas fragilidades e irregularidades no processo conduzido pela Anatel na elaboração de TACs que culminaram em determinações, recomendações, e a realização de oitivas, por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, de 27/9/2017 e de relatoria do Ministro Bruno Dantas, para que a agência pudesse esclarecer e aprimorar o seu processo de trabalho referente ao tema. Assim, tratou-se de uma análise de mérito parcial, visto que havia pendências a serem corrigidas e esclarecimentos a serem apresentados pela Anatel.

6. Após o Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, a Anatel encaminhou ao TCU documentos em atendimento a parte das exigências contidas na deliberação e, a partir deles, foram feitas análises do cumprimento das deliberações do TCU referentes ao processo de celebração de TAC conduzido pela Anatel, como um todo, e às deliberações destinadas ao TAC da Telefônica, de modo que a avaliação resultou no Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, de 27/3/2019 e de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

7. Além de monitorar deliberações anteriores, o referido acórdão estabeleceu novas determinações e recomendações à Anatel para que fossem cumpridas no âmbito dos próximos TACs que a agência viesse a celebrar. Nesse sentido, as decisões do TCU determinaram:

a) Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário:

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); (grifos nossos)

b) Acórdão 1.186/2019-TCU-Plenário (que reformulou o Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Min. Bruno Dantas):

9.1.1. **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 encaminhe a este Tribunal a minuta do próximo TAC cuja proposta final for aprovada por aquele colegiado, previamente à sua assinatura, acompanhada de elementos de fundamentação técnica que entender pertinentes;** (grifos nossos)

8. Em 21/8/2019, a Anatel encaminhou ao TCU, no âmbito do TC 022.280/2016-2, a documentação completa referente à proposta de TAC formulada pela empresa Algar, aprovada pela agência em 5/8/2019 por meio do Acórdão Anatel 401/2019.

9. Em 9/9/2019, foi encaminhado ao TCU no mesmo processo a documentação referente à proposta de TAC formulada pela empresa TIM, aprovada pela agência por meio do Acórdão Anatel 435/2019 (peças 4 e 7).

10. A partir de autorização contida no Despacho de 21/11/2019 do Min. Bruno Dantas (peça 3), relator da matéria no TC 022.280/2016-2, foi aberto o presente processo com vistas a avaliar especificamente as condições do TAC da TIM.

11. Com vistas a garantir uma maior cautela e zelo sobre as informações que compõem os TACs da Anatel e que possuem caráter sigiloso por serem de cunho comercial, o TCU decidiu autuar separadamente os processos de acompanhamento destinados a avaliar a conformidade dos referidos TACs aprovados pela agência em 2019, conforme Despacho do Min. Bruno Dantas, relator da matéria, realizado em 12/11/2019 (peça 3):

Com base na instrução técnica emitida pela SeinfraCOM às peças 349-351, autorizo, preliminarmente, a formação de processos apartados individuais de acompanhamento para os TACs

das empresas Algar e TIM, em atenção à proposta de encaminhamento contida no item 100.a da referida instrução, com fundamento na Resolução-TCU 259/2014, arts. 43 e 44, sem prejuízo da apreciação posterior do Plenário em relação às demais propostas.

12. Assim, o presente processo tem como principal objetivo avaliar o TAC da TIM aprovado pela Anatel no segundo semestre de 2019 e monitorar o cumprimento das deliberações do TCU nos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 1.186/2019-TCU-Plenário, ambos de relatoria do Ministro Bruno Dantas.

EXAME TÉCNICO

13. No histórico foi possível perceber que o TAC da TIM, em discussão nos autos, e o da empresa Algar, tratado no TC 038.355/2019-1, foram encaminhados ao TCU quase que simultaneamente. Considerando-se a contemporaneidade da aprovação da Anatel sobre esses acordos e o fato de que é necessária a avaliação dos TACs sob a mesma óptica, ou seja, com base no cumprimento ou não das deliberações do TCU, os referidos termos serão analisados nos mesmos moldes de instrução, porém com ajustes nas análises de forma a considerar as condições específicas de cada um deles. Ressalta-se que ambos os processos estão vinculados ao mesmo Ministro Relator do Tribunal.

14. Com vistas a buscar maior clareza na análise a ser realizada, o exame técnico do acordo em discussão nos autos foi dividido nas seguintes seções:

I. Breve explicação sobre os TACs da Anatel

II. Histórico de tramitação do TAC da empresa TIM

III. Visão geral do TAC da empresa TIM

III.1. Sobre os compromissos de ajustamento de conduta

III.2. Sobre os compromissos adicionais

III.3. Sobre as metas de compromissos e condições de fiscalização

IV. Análise e monitoramento do cumprimento das questões apontadas nos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário

IV.1 Avaliação da predominância do interesse público na escolha dos projetos e localidades dos compromissos adicionais com base nas diretrizes dos normativos e atos que regem os TACs

IV.1.1. Avaliação das questões relacionadas à capacidade dos projetos do TAC da TIM em reduzir desigualdades sociais e regionais

IV.1.1.1. Cenário normativo relativo aos compromissos adicionais dos TACs

IV.1.1.2. Análise do perfil das localidades escolhidas pela Anatel no TAC da TIM

IV.1.1.3. Análise da escolha do projeto de implementação de tecnologia 4G nas localidades elencadas no TAC da TIM

IV.1.1.4. Conclusão da seção IV.1.1.

IV.1.2. Avaliação das questões relacionadas à necessidade de compartilhamento da infraestrutura construída com recursos do TAC e aos impactos dos investimentos na competição local

IV.1.3. Avaliação das questões relacionadas aos descontos sobre o valor dos compromissos adicionais previstos no arts. 19 e 20 do RTAC

IV.2 Avaliação dos estudos de viabilidade técnica e financeira que determinam o valor presente líquido (VPL) dos compromissos adicionais do TAC da TIM

IV.3 Avaliação da proporcionalidade entre o valor de referência das metas de ajustamento e a relevância do compromisso juntamente com suas sanções no TAC da TIM

IV.4. Avaliação dos mecanismos voltados à mitigação de riscos associados ao prazo de apuração de eventual descumprimento do TAC

IV.5 Avaliação dos demais itens dos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário

15. Apresentada a estrutura do relatório, passa-se a fazer o exame técnico de mérito do presente processo.

I. Breve explicação sobre os TACs da Anatel

16. Primeiramente se faz necessária uma breve explicação sobre o que são termos de ajustamento de conduta e quais são as suas características para o setor de telecomunicações, conforme estabelecido no âmbito da agência reguladora Anatel.

17. O instrumento Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) está previsto no § 6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

(...)

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

(...) § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

18. Dito de outra forma, o termo de ajustamento é instrumento negocial que pode ser firmado por diversos órgãos e entidades legitimados pela Lei da Ação Civil Pública, como as autarquias, incluindo as agências reguladoras, conforme inciso IV do seu art. 5º.

19. No âmbito da Anatel, normatizada pela Resolução Anatel 629/2013 (RTAC), a celebração de TACs tem como principal escopo a negociação de um acordo em que a prestadora de serviços de telecomunicações se compromete a adequar a sua conduta irregular às disposições legais, regulamentares ou contratuais mediante o estabelecimento de compromissos de conduta e de investimentos. Assim, o montante de recursos das multas e sanções elencadas no TAC deixa de ser recolhido pela agência reguladora e passa a ser utilizado na realização de investimentos nos serviços e na infraestrutura do país.

20. No caso do setor de telecomunicações, os Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) a serem firmados entre as prestadoras e a Anatel englobam todos os tipos de multas aplicadas pela agência reguladora, incluindo infrações ao contrato de concessão de telefonia fixa, aos regulamentos técnicos direcionados às concessionárias e/ou às autorizatárias de todos os serviços de telecomunicações e aos normativos relativos aos direitos dos usuários. Tais infrações são denominadas de 'procedimento de apuração de descumprimento de obrigações' (pados).

21. Segundo os incisos I e II do art. 13 do RTAC, o TAC da Anatel divide-se em duas partes principais: ajuste de conduta irregular e compromissos adicionais. A seção do ajuste de conduta corresponde à obrigação da prestadora de corrigir todas as condutas que infringiram a legislação e a regulamentação da agência e de reparar todos os usuários atingidos por essas condutas, além de prevenir que a prestadora não continuará cometendo novas infrações desse tipo durante e após a vigência do TAC. Destaca-se que o ajuste das condutas infringidas é uma obrigação legal e regulamentar das operadoras, sendo que o TAC abre a possibilidade de haver um ajuste gradual para atingir o cumprimento integral de todas as metas e regulamentações da Anatel.

22. A outra seção dos TACs da Anatel são os compromissos adicionais, que, conforme art. 18 do RTAC, devem implicar benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço, com a execução de projetos de investimentos ou com a concessão temporária de benefícios diretos aos usuários. Ressalte-se que os compromissos adicionais são definidos por ocasião da proposta de celebração de TAC e possuem a finalidade de garantir o atendimento do interesse público.

23. O montante de recursos a ser convertido em projetos tem como base o valor de referência do TAC (VR), que é obtido a partir da soma dos valores das multas aplicadas e estimadas dos processos administrativos sancionatórios (denominados de pados) a que ele se refere, como

estabelece o art. 14 do RTAC.

24. De acordo com a alínea 'c' do art. 2º e o art. 3º da Lei 5.070/1966, todas as multas da Anatel que forem arrecadadas devem ser destinadas aos seguintes fundos públicos setoriais: Fundo de Fiscalização das Telecomunicações (Fistel) e Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust). Assim, os valores transacionados nos TACs (que possuem ordem de grandeza de centenas de milhões de reais) correspondem a receitas da União que seriam destinadas às políticas do setor como um todo, mas que serão direcionadas para investimentos transacionados com as próprias prestadoras.

25. Dessa forma, além da correção da conduta em si, outra razão para a alta relevância atribuída ao processo de negociação e acompanhamento dos TACs na Anatel é justamente a conversão desse recurso público em investimentos, uma vez que o interesse público na celebração do TAC somente será justificado se efetivamente houver: a proposição de investimentos que tragam benefícios significativos aos usuários; um controle tempestivo da realização desses compromissos; e um sancionamento efetivo e tempestivo no caso de descumprimentos.

26. Nesse sentido, os Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário, ambos de relatoria do Ministro Bruno Dantas, tiveram como objetivo 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.

27. Ressalta-se que o Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, juntamente com o relatório e voto que o acompanharam, fez uma extensa avaliação do cumprimento pela Anatel das determinações e recomendações do TCU destinadas à melhoria do processo de trabalho da agência. Nesse trabalho concluiu-se que ocorreu (peça 292, p. 76):

- 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.

28. Tal atuação resultou em novos encaminhamentos que, juntamente com as recomendações anteriores que não haviam sido cumpridas, devem ser objeto de análise nos autos juntamente com os demais aspectos do TAC da empresa TIM.

II. Histórico de tramitação do TAC da empresa TIM

29. O objeto do TAC da TIM é o ajustamento de condutas relativas aos temas 'Direitos e Garantias dos Usuários', 'Qualidade' e 'Ampliação do Acesso e Fiscalização'. A proposta do acordo vem sendo discutida no âmbito do processo eletrônico da Anatel 53500.026485/2016-62. Embora tenha sido iniciado oficialmente em 2016, o processo da agência agregou outros processos de negociação de TACs que tramitavam desde 2014, ou seja, antes das avaliações do TCU (Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário) sobre a celebração desse tipo de acordo na Anatel.

30. O referido processo passou pela relatoria de três conselheiros na Anatel, como aponta o atual conselheiro relator da matéria, Emmanoel Campelo de Souza Pereira, na análise que resultou na aprovação do TAC no âmbito da agência (peça 19):

4.3. Mediante sorteio realizado em 14/09/2017 (Certidão SEI 1884617), a matéria foi encaminhada à relatoria do então Conselheiro Igor Vilas Boas de Freitas.

4.4. Em função do fim do mandato do referido Conselheiro, os autos foram novamente sorteados, em 25/11/2017 (Certidão SEI 2154475), à relatoria do Conselheiro Leonardo Euler de Moraes.

(...)

4.6. Devido à nomeação do Conselheiro Leonardo Euler de Moraes para ocupar o cargo de Presidente da Agência, os autos foram novamente sorteados em 09/11/2018 (SEI 3463096), quando fui designado relator da matéria.

31. Além das modificações de relatoria, viu-se que o processo do TAC da TIM foi composto por inúmeras interações entre a Anatel e a empresa ao longo dos últimos quatro anos, havendo sucessivas alterações nas condições previstas na proposta de acordo, conforme será visto a seguir.

32. Em 30/8/2017 a área técnica da Anatel encaminhou ao Conselho Diretor do órgão a sua proposta para o TAC da TIM, que já considerava a manifestação da Procuradoria Especializada junto à Anatel (PFE).

33. Antes de elaborar análise conclusiva sobre o tema, o relator da matéria, à época, realizou diligência às superintendências envolvidas para que fossem feitos ajustes na minuta, que novamente deveria ser encaminhada para a PFE (peça 19, p. 2). A diligência foi motivada com base nos seguintes fundamentos (peça 20):

Após o encaminhamento do referido Processo de TAC para deliberação do Conselho Diretor (CD), em 12/9/2017, **o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) proferiu o Acórdão 2121/2017**, com base em Voto de relatoria do Ministro Bruno Dantas, apresentado em sua Sessão Ordinária de 27/9/2017. **Constam do referido Acórdão, determinações e recomendações a serem adotadas pela Agência em todos os TAC a serem celebrados, o que inclui, por certo, o presente feito. Em ponderação salutar, o Ministro Relator, destacou a importância de que o Conselho Diretor participe de forma mais tempestiva na negociação, de maneira a evitar sucessivos retornos às áreas técnicas para ajustes.**

Nesse sentido, com a finalidade de minimizar a extensão das eventuais alterações e diligências a serem feitas pelo CD no oportuno momento de deliberação, **o presente Memorando tem como escopo solicitar que as áreas técnicas competentes (a) ajustem a proposta a ser apreciada ao teor do referido Acórdão 2121/2017-TCU-Plenário, no que for cabível; (b) avaliem a aplicação das premissas para os instrumentos de TAC já aprovadas por este Colegiado (autos 53500.015408/2015-04 e 53500.019039/2015-11) no presente TAC TIM; e (c) avaliem pontos específicos desde já identificados em sede de relatoria como merecedores de apreciação (grifos nossos).**

34. Verifica-se que, segundo demandado pelo relator da matéria à época, a análise da proposta de TAC da TIM já levou em consideração as propostas de melhorias e ajustes estabelecidos no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

35. Sobre o tema, no voto que resultou na aprovação do acordo da TIM o atual conselheiro relator da matéria na Anatel destacou que já foram identificados benefícios e a melhoria do instrumento do TAC resultantes das discussões e interações entre o órgão regulador e o de controle externo (peça 19, p. 4).

36. Assim, embora a análise da área técnica sobre o processo de TAC da TIM já estivesse concluída e na fase final de negociação, pendente somente de aprovação pelo Conselho Diretor da agência em 30/8/2017, após a determinação do conselheiro relator à época, a proposta foi revisada com o intuito de que fosse adequada às deliberações do TCU (peça 19, p. 2), conforme Informe Anatel 837/2018/SEI/COGE/SCO, sendo reencaminhada ao Conselho Diretor em 25/1/2019.

37. A partir desse momento e já submetida à nova e atual relatoria, a área técnica da Anatel e a PFE ainda foram provocadas a responder questionamentos e analisar novas petições feitas pela TIM, conforme exemplos de documentos listados abaixo (peça 19, p. 2):

a) Memorando Anatel 20/2019/EC, de 25/02/2019, em que o Conselheiro relator formulou dúvida jurídica à PFE quanto à admissibilidade de novo pado;

b) Resposta à consulta jurídica da PFE, em 24/4/2019, por meio do Parecer 00155/2019/PFEANATEL/PGF/AGU;

c) Memorando Anatel 39/2019/EC, de 9/4/2019, em que o Conselheiro relator solicita que a área

técnica analise duas novas petições da TIM;

d) Memorando Anatel 161/2019/COGE/SCO, de 18/6/2019, em que a área técnica avalia deliberação do TCU no Acórdão 716/2019-TCU-Plenário e, com isso, propõe a retirada da minuta do TAC de item específico da proposta que previa a contratação pela TIM de empresa terceirizada para auxiliar na fiscalização do acordo;

e) Memorando Anatel 65/2019/EC, de 19/6/2019, em que o conselheiro relator solicita à área técnica a análise de nova petição da TIM que expõe proposta referente ao Índice de Reclamações (IR);

f) Informe Anatel 473/2019/COGE/SCO, de 26/6/2019, em que foi feita a análise técnica sobre os memorandos do conselheiro relator;

g) Memorando Anatel 66/2019/EC, de 25/6/2019, em que é solicitada pelo conselheiro relator a avaliação da capacidade econômico-financeira da TIM com vistas a verificar se a empresa poderia cumprir com os compromissos de investimentos previstos no acordo;

h) Informe Anatel 71/2019/CPAE/SCP, de 18/7/2019, respondendo ao questionamento do memorando citado no item anterior;

i) Memorando Anatel 89/2019/EC, de 25/7/2019, em que o conselheiro solicita à área técnica a análise das diversas novas petições feitas pela TIM, que solicitam alterações na proposta do TAC.

j) Informe Anatel 701/2019/COGE/SCO, de 9/8/2019, em que a área técnica faz as análises restantes e atualiza os valores e condições da proposta de TAC;

38. Embora as interações listadas acima correspondam às mais relevantes, se consideradas as alterações recentes e significativas da proposta, cita-se que ainda houve diversas outras comunicações ao longo do processo, inclusive em 2019. Assim, as características e descrição do acordo da TIM se encontram em diversos documentos espalhados ao longo do processo, não havendo um único documento que consolide todos os pontos abordados pelo TCU em decisões anteriores sobre TACs.

39. Observa-se que, como evidenciado pelo Memorando Anatel 161/2019/COGE/SCO citado acima, a proposta de TAC da TIM também passou a levar em consideração os apontamentos do TCU presentes no Acórdão 716/2019-TCU-Plenário. Além disso, foram feitos ajustes na proposta originalmente elaborada com base na existência de diferenças entre as especificidades da TIM e do grupo cuja proposta anterior serviu de modelo para o acórdão.

40. Em 27/8/2019, por meio da Análise Anatel 203/2019/EC, o conselheiro relator emitiu a sua proposta final do TAC da TIM submetida à aprovação do Conselho Diretor da Anatel (peça 19).

41. Por meio do Acórdão Anatel 435, de 27/8/2019, o conselho diretor da agência decidiu (peça 21):

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Conselho Diretor da Anatel, por unanimidade, nos termos da Análise 203/2019/EC (SEI 4501587), integrante deste acórdão:

a) aprovar a presente proposta de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, nos termos das minutas anexas à referida análise (SEI 4546121 e 4546128);

b) submeter a presente proposta de TAC à apreciação do Tribunal de Contas da União - TCU, após deliberação deste Colegiado da presente matéria, conforme determinações do Tribunal de Contas da União constantes do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;

c) determinar ao GRUPO TIM o recolhimento de 10% (dez por cento) do valor correspondente às multas aplicadas nos processos administrativos a que se refere o termo, decorrente da incidência da hipótese do art. 5º, § 2º, do RTAC, como condição para a celebração do TAC;

d) determinar às áreas técnicas competentes para que providenciem a atualização da relação de processos admitidos, dos valores de multas, do Valor de Referência, do Valor Presente

Líquido dos compromissos adicionais e outras decorrentes e a elaboração de Despacho Decisório com a relação dos processos admitidos e excluídos da negociação, e encaminhem os referidos dados à apreciação do Tribunal de Contas da União - TCU, e previamente à assinatura do Termo do TAC;

e) suspender todos os Pados admitidos na presente negociação desde a data da deliberação do Conselho Diretor até a efetiva assinatura do acordo, a fim de estabilizar a relação de processos e os termos de negociação, ressalvados os casos com risco de prescrição; e,

f) admitir a inclusão de todos os processos atualmente em trâmite na Agência que apurem, no todo ou em parte, as mesmas condutas incluídas nos processos tratados na referida análise, desde que solicitado pela Compromissária, até a data da nova deliberação, após o retorno do TCU. (grifos nossos)

42. Em consonância com a decisão transcrita acima, em 9/9/2019, foi encaminhada ao TCU a proposta de TAC referente à empresa TIM (peças 4 e 7), a ser avaliada nos autos.

43. Após a análise dos dados apresentados, a unidade técnica do TCU identificou a necessidade de se obter esclarecimentos junto à Anatel sobre alguns questionamentos, de modo que foram feitas reuniões técnicas e diligências (peça 7) para cumprir esses objetivos e que resultaram no envio de novos dados e complementos de respostas anteriores pela Anatel (peças 7 a 10 e 33 a 35). Ressalta-se que a discussão das condições do TAC da TIM no âmbito da Anatel ocorreu de 2014 até 21/8/2019, quando foi encaminhado ao TCU.

44. É importante destacar também que, além do acordo a ser avaliado nos autos e o da empresa Algar, em avaliação realizada pelo TCU no TC 038.355/2019-1, até 6/9/2019 não existiam mais processos de TAC em tramitação na Anatel, conforme aponta o Informe Anatel 809/2019/COGE/SCO (peça 5):

Considerando-se que todas as atualizações necessárias para cumprimento do item (d) do Acórdão 435/2019 foram aqui reunidas e, considerando ainda que além deste processo de Negociação de TAC com o Grupo TIM e do processo de negociação de TAC com o Grupo Algar (o qual foi encaminhado ao TCU por meio do Ofício 36/2019/AUD-ANATEL (SEI 4516394)), **não existem no momento outros processos de mesma natureza em andamento nesta Agência - tendo sido encerrados todos os demais processos de negociação mencionados por ocasião da elaboração do Informe 97/2016/SEI/SCO (SEI 1005496)**, propõe-se o encaminhamento do presente Informe e seus anexos à Auditoria da Anatel para que seja o envio de seus dados ao TCU. (grifos nossos)

45. Relatado o histórico de tramitação do TAC da empresa TIM, passa-se a obter uma visão geral do acordo.

III. Visão geral do TAC da empresa TIM

46. O TAC da TIM prevê um prazo de duração quatro anos (peça 19, p. 5), prazo esse compatível com o previsto no inciso III do art. 13 do RTAC.

47. Conforme brevemente conceituado na seção anterior, o termo de ajustamento de conduta no âmbito da Anatel é realizado com base no Valor de Referência (VR) do TAC. O VR é composto pela soma das multas aplicadas mais as estimadas dos processos administrativos incluídos no acordo, e servirá como o montante a ser executado em caso de descumprimento do TAC e também como base de cálculo para as multas aplicáveis em cada item do cronograma de investimentos e ações.

48. Até o dia 6/9/2019, considerando uma atualização dos valores das multas aplicadas nos processos admitidos no acordo em função da taxa Selic, o VR do TAC da TIM era (peça 5):

Tabela 1 - VR do TAC da TIM em 6/9/2019

Tema dos processos sancionatórios	Valor das multas estimadas	Valor da multas aplicadas atualizado	VR Total
Direitos dos Usuários	R\$ 159.765.125,96	R\$ 118.967.032,42	R\$ 278.571.017,10

Qualidade	R\$ 34.079.458,66	R\$ 126.891.036,34	R\$ 160.970.495,00
Compromissos de abrangência de editais	R\$ 121.356.262,60	R\$ 35.402.701,76	R\$ 156.758.964,36
Fiscalização	R\$ 35.531,20	R\$ 33.950.887,06	R\$ 34.147.559,54
Total	R\$ 315.236.378,42	R\$ 315.211.657,57	R\$ 630.448.036,00

Fonte: peça 5, p. 2.

49. Entre outras, o RTAC estabelece algumas condições específicas para o VR para que o TAC seja admissível. O §1º do art. 14 do regulamento prevê que 'não poderá ser inferior a 0,25% da receita operacional líquida anual da compromissária, proporcional à área de abrangência do TAC'. A verificação do cumprimento do critério foi feita pela agência, que concluiu (peça 5):

3.8. O VR acima indicado, equivalente a R\$ 630.448.035,00 (seiscentos e trinta milhões, quatrocentos e quarenta e oito mil trinta e cinco reais) satisfaz plenamente a regra constante do parágrafo primeiro do artigo 14 do RTAC, que determina que o VR do Termo não pode ser inferior a 0,25% (vinte e cinco centésimos de por cento) da receita operacional líquida anual da Compromissária, proporcional à área de abrangência do TAC, considerando-se a ROL do Grupo TIM para o ano de 2017, de R\$ 17.470.817.695,73 (dezessete bilhões, quatrocentos e setenta milhões, oitocentos e dezessete mil seiscentos e noventa e cinco reais e setenta e três centavos) visto que os dados da ROL de 2018 ainda não se encontram disponíveis. (grifos nossos)

50. Outra condição de admissibilidade consta no art. 19 do regulamento, que estabelece:

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.

§ 2º no caso deste artigo, **o montante dos compromissos adicionais assumidos no TAC corresponderá ao valor absoluto do Valor Presente Líquido (VPL) de cada projeto multiplicado pelo respectivo fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos,** que variará entre 1 (um) e 2 (dois).

§ 3º O fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos será previsto no Ato de que trata o inciso I do art. 18. (grifos nossos)

51. Rememora-se que os TACs da Anatel são compostos por compromissos referentes ao ajustamento de condutas irregulares e compromissos adicionais. Assim, além de prever a correção de irregularidades na prestação de serviço que resultaram nas multas incluídas no TAC, a Anatel prevê que também sejam exigidas da operadora ações e investimentos adicionais que extrapolam as condutas irregulares, com vistas a ampliar o interesse público do acordo.

52. Segundo o dispositivo transcrito, o valor dos compromissos adicionais também possui critérios baseados no VR a serem cumpridos para que o TAC seja viável. No caso do TAC da TIM, a Anatel aplicou os critérios do valor mínimo dos compromissos adicionais do art. 19 do RTAC, embora sem a devida motivação na aplicação do valor do desconto, como será discutido mais à frente no presente relatório. Assim o valor final foi (peça 5, p. 2 e 3):

Tabela 2 - Valor mínimo dos compromissos adicionais no TAC da TIM

	Valor de Referência (VR)	% definido no art. 19 do RTAC	Valor mínimo do compromisso
Valor aplicado	R\$ 315.211.657,57	80%	R\$ 252.169.326,06
Valor estimado	R\$ 315.236.378,42	40%	R\$ 126.094.551,37
Valor Total	R\$ 630.448.036,00	-	R\$ 378.263.877,43

. Fonte: peça 5, p. 2 e 3

53. Os documentos encaminhados ao TCU, tanto por meio de informes técnicos (peça 5) quanto planilhas e memórias de cálculos (peça 4), apresentaram o VPL dos compromissos adicionais do acordo em discussão antes e depois da aplicação do fator previsto no art. 19 do RTAC referente à redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos:

Tabela 3 - VPL dos compromissos adicionais no TAC da TIM

VPL proposto inicialmente para os compromissos adicionais do TAC da TIM	-R\$ 289.216.900,08
VPL Final dos compromissos adicionais do TAC da TIM após a aplicação do fator previsto no art. 19 do RTAC	-R\$ 378.572.946,42

. Fonte: peça 5, p. 3

54. Assim, verifica-se que o VPL inicial dos compromissos adicionais da tabela acima implica em valores menores do que o mínimo exigido pelo art. 19 (tabela 2), só passando a superar esse valor com a aplicação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, que levaria o VPL para - R\$ 378.572.946,42, após sua aplicação. Assim, se considerado o uso do fator, o VPL final superaria o mínimo regulamentar em aproximadamente 0,082%. Registre-se que isso ocorre porque, durante a tramitação do TAC no âmbito do Conselho Diretor, a TIM solicitou a retirada de cerca de 170 municípios da lista abrangida pelos compromissos adicionais, aumentando o VPL negativo de R\$ 539,9 milhões (peça 29, p. 4) para R\$ 376,1 milhões (peça 19, p. 27-28), que representava cerca de R\$ 293,7 mil acima do valor mínimo exigido à época.

55. Dessa maneira, o TAC da TIM prevê, quase que em números exatos e somente depois da aplicação do fator, o valor mínimo exigido pelo art. 19 do RTAC, ou seja, estão sendo considerados descontos de 20% do VR em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada e 60% em relação aos demais casos. Ressalta-se, no entanto, que há problemas na ausência de motivação na aplicação dos referidos descontos, como será avaliado mais adiante.

56. Ainda com relação aos critérios de admissibilidade do TAC em discussão, o Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário deliberou:

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);

57. Tal deliberação foi resultante de risco apontado pelo TCU em TACs passados em que houve

decisão do Conselho Diretor da agência de, no momento da aprovação do acordo, admitir de ofício a inclusão no TAC de todos os pados que tratassem do tema, sem ao menos conhecer o quantitativo de processos, os valores das multas aplicadas, e definir os projetos que seriam resultantes da inclusão desses pados.

58. Sobre esse ponto, a decisão do conselho da agência que aprovou o acordo avaliado nos autos estabeleceu (peça 21), conforme Acórdão Anatel 435/2019:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Conselho Diretor da Anatel, por unanimidade, nos termos da Análise 203/2019/EC (SEI 4501587), integrante deste acórdão:

(.)

f) admitir a inclusão de todos os processos atualmente em trâmite na Agência que apurem, no todo ou em parte, as mesmas condutas incluídas nos processos tratados na referida análise, desde que solicitado pela Compromissária, até a data da nova deliberação, após o retorno do TCU. (grifos nossos)

59. Observa-se que a decisão do colegiado da Anatel vai de encontro com o que o Tribunal havia determinado, visto que novamente o conselho da agência aprovou o TAC aceitando de ofício a inclusão de diversos processos que sequer foram avaliados previamente e para os quais não foram definidos compromissos adicionais.

60. Diante dessa constatação, foram feitos questionamentos à Anatel, que decidiu complementar os dados encaminhados ao TCU com as seguintes informações:

3.7. Para fins de atendimento de parte dos itens (d) e (f) do Acórdão 435/2019, o Superintendente de Controle de Obrigações da Anatel, na condição de presidente da Comissão de Negociação de TAC, exarou, em 03 de setembro de 2019, o Despacho Decisório 649/2019/COGE/SCO, consolidando a relação de processos admitidos e excluídos na negociação até aquele momento, tendo sido esta decisão comunicada à compromissária por meio do Ofício 1766/2019/COGE/SCO-Anatel.

(...)

3.12. A fim de dar cumprimento aos termos do Acórdão 435/2019 proferiu-se o Despacho 649/2019/COGE/SCO, exarado em 03 de setembro de 2019. Todavia, resta pendente manifestação quanto a dois pedidos específicos formulados pela Tim: (i) inclusão do Pado 53500.016932/2019-18, que visa apurar possível descumprimento aos Compromissos de Abrangência previstos no Edital de Licitação 004/2012/PVCP/SPV-Anatel; e, (ii) a retirada do Pado 53500.068600/2017-57 do processo de negociação de TAC.

(...)

3.13. O primeiro pedido a ser analisado consiste na inclusão do Pado 53500.016932/2019-18.

(...)

3.16. Neste sentido, importante destacar o momento processual em que se encontra a análise do presente TAC. O Termo foi analisado pelo Conselho Diretor e encaminhado para escrutínio do Órgão de Contas. **Um grande percurso processual foi percorrido até o presente momento. Assim, admitir um novo Pado no TAC, neste momento, importaria, necessariamente, em que se fizesse em relação a ele, toda a análise já superada para os demais processos admitidos, o que não se figura razoável frente à adiantada fase do processo. Assim, não se vislumbra interesse público a justificar a nova inclusão pretendida.**

3.17. Em relação ao pedido para exclusão do Pado 53500.068600/2017-57, destaca-se que o artigo 10 do RTAC confere à Compromissária a possibilidade de desistir do requerimento de TAC, a qualquer tempo.

(...)

3.19. Assim, sugere-se o deferimento da exclusão do Pado em questão mantendo-se os demais termos do TAC tudo mais constante.

3.20. Dessa maneira, **realizadas as devidas manifestações acerca dos pedidos formulados pela TIM, essa Comissão reafirma seu compromisso quanto ao atendimento ao item 9.4.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário**, manifesto nos termos do Informe 16/2017/SEI/SCO (SEI 2133269) (...).

(...)

3.21. Por fim, considerando a premente assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta com o Grupo TIM, tão logo venha a Anatel a receber e processar a correspondente análise do Tribunal de Contas da União acerca deste TAC, e, **tendo em vista as diversas oportunidades de ajustes conferidas até o momento, entende-se necessário proceder a estabilização dos processos admitidos, não conhecendo-se de novos pedidos que vierem a ser, doravante, realizados pela Compromissária.**

61. Resta claro então que, apesar de ter sido previamente autorizada a inclusão de ofício de pados no TAC da TIM que não haviam sido analisados (inclusão essa que afrontaria o entendimento e a determinação do TCU), a Anatel deixou de fazer qualquer tipo de atuação nesse sentido.

62. De forma explícita, a agência motivou a decisão de não incluir outros pados por entender que isso implicaria em renegociação do termo, resultando em prejuízo ao interesse público, e por identificar que essa atuação iria de encontro com o que havia decidido o TCU.

63. Assim, embora formalmente não tenha cumprido a determinação 9.4.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, visto que novamente o Conselho Diretor da agência aprovou a inclusão de pados ainda não analisados no TAC da TIM, vê-se que, neste mesmo caso concreto, a agência garantiu que não fossem feitas alterações desse gênero justamente com o intuito de preservar as negociações anteriores e atender à deliberação do órgão de controle externo.

64. Além disso, sobre os pados que já estavam incluídos desde a fase de negociação do acordo, a Anatel apresentou planilha contendo dados que vinculavam a cada pado admitido no TAC as informações sobre: qual decisão ou documento admitiu a inclusão daquele pado no acordo; qual a data de admissibilidade dele; e qual o montante de recursos daquela multa (peça 7, mídia anexa, arquivo '[6]-4593030_Anexo_I____Processo_Aditidos__Excluidos_e_VR.xlsx'). Assim, todos os pados previstos na proposta de TAC da TIM foram previamente analisados quanto à sua admissibilidade.

65. Diante do exposto, no TAC da TIM propõe-se que seja considerada parcialmente cumprida a determinação 9.4.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

66. Ressalta-se que, assim como ocorre na determinação acima, os Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário possuem deliberações destinadas à correção do processo de trabalho da Anatel na celebração de TACs, como um todo, sendo aplicáveis a todas as negociações desse tipo de instrumento na agência. Assim, o monitoramento do cumprimento de tais itens se limita à avaliação de casos concretos que o Tribunal venha a analisar, como o TAC da TIM, por exemplo.

67. Na avaliação da admissibilidade do TAC, a área técnica do TCU também buscou avaliar o cumprimento do disposto no RTAC que estabeleceu:

Art. 5º (...) § 2º **Caso o requerimento seja apresentado após a decisão condenatória de primeira instância, será devido, como condição para a celebração do Termo, o pagamento de 10% (dez por cento) do valor correspondente às multas** aplicadas nos processos administrativos a que se refere o TAC.

(...)

Art. 38. Aos requerimentos de celebração de TAC **apresentados em até 120 (cento e vinte) dias contados da entrada em vigor deste Regulamento aplicam-se as seguintes regras:**

(...)

IV - não será devido o pagamento de 10% (dez por cento) do valor correspondente às multas aplicadas nos processos administrativos a que se refere o TAC previsto no § 2º do art. 5º.

68. Assim, o normativo estabelece duas condições a serem verificadas nos pados inseridos no TAC. A primeira delas consiste em identificar, para cada pado, se o requerimento para sua inclusão no acordo foi feito após a decisão condenatória de 1ª instância, situação essa que demandaria o pagamento de 10% da multa aplicada.

69. A condição acima só deve ser realizada após a verificação da segunda condição, que consiste em verificar se o requerimento de celebração de TAC foi apresentado em até 120 dias da data de entrada em vigor do regulamento, conforme art. 38 do RTAC, dado que, para os requerimentos apresentados até essa data, não é cabível a cobrança do valor de 10% das multas estabelecido no art. 5º do regulamento.

70. Nos autos, inicialmente identificou-se a ausência de dados que indicassem a data de decisão de multa de cada pado, de modo que não seria possível avaliar se aqueles processos entrariam na regra de pagamento ou não de 10% da multa. Diante de questionamento do TCU sobre o tema, a área técnica da Anatel encaminhou informações complementares, incluindo planilha com a avaliação de cada um dos pados, e afirmou (peça 23):

Sobre a dúvida (...) fizemos nova checagem da base (vide planilha anexa). Somente os dois processos já mencionados no Informe 809/2019 é que têm a incidência da cobrança de 10% prevista no § 2º do artigo 5º c/c inciso IV do artigo 38 do RTAC.

Os demais processos, ou foram requeridos antes de 17/04/2014 e por isso estão isentos dessa cobrança por força do artigo 38, IV do RTAC, ou a data de aplicação da sanção é posterior ao requerimento e, para estes não consideramos a cobrança de pedágio, visto que o § 2º do artigo 5º menciona: requerimentos apresentados após a decisão condenatória de primeira instância.

71. O Informe Anatel 809/2019/COGE/SCO apresenta a seguinte informação sobre a cobrança no TAC da TIM:

3.12. Quanto ao pagamento correspondente a 10% (dez por cento) das multas aplicadas, previsto no § 2º do artigo 5º c/c inciso IV do artigo 38, verifica-se que o pagamento deste percentual deverá incidir apenas para os processos relacionados na tabela a seguir:

Processo	Dt. Requerimento	Dt. da Aplic. da Sanção	Valor Aplicado	Valor Aplicado Atualizado	Dt. da Atualiz.	Valor a pagar
53500.022227/2010-11	11/01/2019	06/01/2011	R\$ 272.346,45	R\$ 501.030,82	02/09/2019	R\$ 50.103,08
53500.037212/2018-13	24/05/2018	28/02/2018	R\$ 5.902,34	R\$ 6.537,85	02/09/2019	R\$ 653,79
Total a recolher						R\$ 50.756,87

72. Assim, nos termos do RTAC, caberá à TIM a realização de pagamento antecipado de montante correspondente à aproximadamente R\$ 50 mil.

73. Pela sua própria natureza, já que exige o comprometimento de realização de significativos investimentos ao longo de alguns anos em troca do pagamento de multas, o TAC requer que a empresa compromissária tenha uma boa condição financeira e detenha capacidade econômico-financeira de realizar os investimentos previstos. Nesse sentido, ressalta-se que foi por essa razão que a Anatel rejeitou os TACs da empresa Oi em 2017, por a empresa estar em processo de recuperação judicial à época.

74. Sobre o tema, para o TAC da TIM o órgão regulador concluiu (peça 20, p. 6):

5.296. A área técnica, por meio do Informe 71/2019/CPAE/SCP (SEI 4373906), realizou o exame detalhado das informações econômico-financeiras da empresa, analisando dentre outros, indicadores de liquidez e endividamento da empresa, aspectos essenciais para o financiamento e cumprimento dos compromissos de investimento.

5.297. Com base na análise realizada, pode-se concluir que ‘a TIM S.A. apresenta capacidade econômico financeira para realizar os investimentos propostos para o TAC nos anos de 2020 e 2021, sem que isso implique risco aos serviços prestados. No que se refere ao ano de 2022, para os quais não foram encaminhadas informações de fluxo de caixa, em que pese a tendência de declínio do caixa e equivalente de caixa conforme projetou a Companhia, trata-se da menor parcela de investimentos previstos em compromissos adicionais (21%), não havendo evidências de que a Companhia não possa adimplir com seu compromisso.’

5.298. Assim, considerando as análises apresentadas pela área competente, é possível se depreender que a prestadora possui condição de assumir os compromissos adicionais propostos.

5.299. Cabe ressaltar, ainda, que mesmo na hipótese de haver alterações no montante das obrigações referentes aos compromissos adicionais em razão de possíveis atualizações no Valor de Referência, essas tendem a não ter impacto significativo nos resultados obtidos, e, portanto, não invalidariam as conclusões apresentadas. (grifos nossos)

75. Assim, quanto à capacidade de a empresa cumprir o TAC, verifica-se que houve a preocupação e atuação da agência em resguardar o interesse público do acordo, assegurando que a TIM tem condições financeiras de realizar os investimentos prometidos por ela.

76. Assim como previsto no regulamento de TAC, o acordo da TIM foi dividido em compromissos de ajustamento de conduta e compromissos adicionais. Por terem escopo e dados bastante distintos, devem ser avaliadas separadamente as propostas de cada tipo de compromissos. No entanto, antes de avaliar qualquer especificidade do acordo, deve estar clara a forma como a proposta de TAC em discussão será analisada.

77. Ao avaliar os acordos anteriores aprovados pela agência, a unidade técnica do TCU mapeou riscos e apontou inconformidades no rito processual e nos atos administrativos realizados pela Anatel nos processos de TAC de outras empresas. Essa avaliação foi submetida ao plenário do Tribunal que, por meio dos acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário, ambos de relatoria do Ministro Bruno Dantas, se manifestou conclusivamente quanto aos inúmeros apontamentos feitos pela área técnica e uniformizou entendimentos quanto aos riscos identificados.

78. Dessa forma, a análise dos autos será realizada com base nos critérios dos normativos aplicáveis e nos entendimentos das decisões passadas do TCU.

79. Assim, na presente seção desta instrução ater-se-á a avaliar somente questões específicas do TAC da TIM que tratem de temas ainda não avaliados pelo TCU e, posteriormente nas seções IV e V, será feito o monitoramento do cumprimento das deliberações do TCU no presente caso concreto.

III.1. Sobre os compromissos de ajustamento de conduta

80. A proposta de TAC da TIM estabeleceu dois tipos de ajustamento de conduta: os relacionados a condutas específicas e aqueles relacionados a projetos estruturantes. Sobre o primeiro tipo, foram estabelecidos os seguintes compromissos de ajustamento de conduta (peça 19, p. 5):

Tabela 4 - Relação de compromissos de ajustamento de condutas específicas

Tema	Conduta
Qualidade	Ajustamento das Obrigações Relativas aos Indicadores de Qualidade do Serviço Móvel Pessoal - SMP
Ampliação do Acesso	Atendimento dos compromissos de abrangência vencidos dos Editais de Licitação 002/2007/SPV, 001/2011/PVCP/SPV e 004/2012/PVCP/SPV
Fiscalização	Compromisso de não ensejar novos Pados de óbice
	Regularização das estações do SMP em funcionamento e sem licença
Direitos e Garantias dos Usuários (DGU)	Reuso de Recursos de Numeração
	Plano de Reparação para ressarcimento dos usuários por cobranças indevidas

Digitalização da interconexão para garantir o correto encaminhamento de chamadas
Implementar soluções para garantir o adequado atendimento presencial
Implementar melhoras no aplicativo ‘Meu TIM’
Implementar Portal Colaborativo para os consultores do atendimento telefônico e áreas afins
Promover melhorias nas políticas e controles internos da prestadora
Melhoria do Índice de Reclamações (IR) do SMP

Fonte: peça 19, p. 5

81. Somados aos compromissos acima, também foram estabelecidos os seguintes compromissos relacionados a projetos estruturantes (peça 19, p. 5):

Tabela 5 - Relação de projetos estruturantes nos compromissos de ajustamento de conduta

Projetos estruturantes	Implantação de 4G em 450 (quatrocentos e cinquenta) municípios ainda não atendidos pela Compromissária
	Fibra até o site concentrador de 285 (duzentos e oitenta e cinco) municípios
	Atendimento de 1.400 (mil e quatrocentos) municípios com LTE 700 MHz

Fonte: peça 19, p. 5

82. Observa-se que os compromissos da tabela acima correspondem a ‘metas meio’, ou seja, que não estão relacionadas com o ajuste pontual da conduta e sim com melhorias em estruturas e processos de trabalho que visam melhorar condutas futuras. Destaca-se que, além dos itens da tabela 5, outros três itens da tabela 4 correspondem a metas meio: i) relacionamento digital ‘aplicativo Meu Tim’; ii) atendimento presencial; e iii) portal colaborativo.

83. Sobre os compromissos relacionados nas tabelas acima, cabe tecer considerações específicas para alguns deles.

84. A primeira delas se refere ao tema ‘Direitos e Garantias dos Usuários’ em que está prevista a melhoria do Índice de Reclamações (IR) da operadora quanto ao SMP.

85. Essa proposta foi objeto de grande discussão, havendo diversas interações entre a TIM e a Anatel, sendo que, por fim, a área técnica da agência optou por retirar tal compromisso da proposta de TAC que encaminhou ao Conselho Diretor (peça 19, p. 20 a 23). Posteriormente, diante de nova manifestação da empresa sobre o tema, o conselheiro relator da matéria reformulou a proposta e a incluiu novamente no TAC da TIM que foi aprovado na agência.

86. Em seu voto, o relator explicou (peça 19, p. 22):

5.226. Conforme descrito, nota-se que a proposta apresentada pela TIM sofreu considerável evolução, em função das avaliações e críticas formuladas pela Comissão de Negociação.

5.227. Tal evolução se deu em função do **posicionamento da comissão, que expôs às claras as suas preocupações acerca do tema, quais sejam: i) o prazo demasiado longo para ajustamento da conduta; (...).**

5.228. Assim, buscou a TIM atender a essas preocupações. Todavia, a despeito da evolução da proposta apresentada pela empresa, o projeto não veio a ser incluído na minuta de TAC, especialmente em função do descasamento temporal já relatado.

5.229. Dito isso, **vale dizer que a última versão apresentada pela requerente contemplou: i) a redução de prazo, de forma que o atingimento da média setorial passa a se dar em três anos, e não mais ao final do TAC (...).** (grifos nossos)

87. Assim, uma das preocupações da comissão de negociação da área técnica da Anatel era que o prazo proposto pela TIM de quatro anos para o atingimento da meta (ou seja, no final da vigência do TAC) era excessivamente longo.

88. Tal preocupação está em consonância com os riscos apontados pelo TCU em deliberações passadas sobre os TACs ao avaliar outro indicador da agência, o IGQ, que também será avaliado posteriormente na presente instrução. O Tribunal destacou que há significativos riscos em prever a meta e o controle de atingimento de indicadores somente no final da vigência do acordo e, por isso, estabeleceu a seguinte deliberação para o índice avaliado no caso concreto à época, conforme Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário:

9.4. determinar à Anatel, (...), que:

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);

89. Conforme voto do conselheiro da Anatel transcrito anteriormente, que resultou na aprovação do acordo, e também na minuta do Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF) do TAC da TIM, houve evolução quanto à proposta previamente apresentada pela TIM à área técnica da agência: o atingimento do índice, até um patamar específico, deverá ser feito em três anos, ou seja, um ano antes do fim da vigência do TAC, que possui duração de quatro anos. Registre-se que o texto do TAC prevê expressamente pontos de controle no final de cada um dos quatro anos de vigência do TAC da TIM, de forma que o alcance da meta ocorra de maneira gradual até o terceiro ano do TAC e seja mantido no quarto ano de vigência (peça 24, p. 15-16).

90. No entanto, embora formalmente no MAF e no TAC conste o prazo de três anos, não resta claro se está sendo devidamente considerado o mesmo prazo na tabela de sancionamento da minuta do termo de ajustamento, apresentada no Anexo III do Informe Anatel 809/2019/COGE/SCO (peça 5, mídia anexa, planilha '[4]-4593039_Anexo_III__Valores_de_Multa_por_Descumprimento.xlsx).

91. Na referida tabela consta que o ponto de controle será realizado somente uma única vez no último ano do TAC, ou seja, no quarto ano, sem explicitar se será no início ou no fim daquele exercício. Se for ao final do quarto ano, o compromisso deixa de prever um prazo de 36 meses e passa a ser de quatro anos, retomando-se novamente as preocupações da área técnica da Anatel e do TCU.

92. O Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário também estabeleceu:

9.4. determinar à Anatel, (...), que:

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):

(...)

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

93. Considerando que a minuta do MAF e a do TAC trazem explicitamente o prazo de 36 meses (peça 22, p. 9), para esse índice específico, estaria atendido o subitem 9.4.4.3 da decisão do TCU. No entanto o item 9.4.4 será objeto de monitoramento mais adiante na presente instrução.

94. Tendo em vista que o MAF e o TAC deixam clara a obrigação da TIM, entende-se que não ser necessária proposta de encaminhamento sobre o tema.

95. No entanto, destaca-se que, para futuros TACs a serem celebrados pela agência, é relevante que a tabela de sancionamento seja elaborada com clareza e precisão quanto aos marcos dos pontos de controle e fiscalização a serem considerados, de modo a refletir objetivamente o que foi previsto no MAF.

96. Outro ponto em que devem ser feitas considerações se refere ao compromisso de execução de plano de reparação para ressarcimento dos usuários por cobranças indevidas. Viu-se que a minuta do TAC da TIM prevê o ressarcimento somente dos usuários listados em apenas seis pados específicos indicados no termo (peça 24, p. 11).

97. Conforme apontado pelo TCU na auditoria sobre a qualidade do serviço de telefonia móvel, que resultou no Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, a ocorrência de cobranças indevidas pelas operadoras é um problema sistêmico do setor de telecomunicações e representa um dos mais frequentes motivos de reclamação de consumidores em Procons, na Anatel e nas próprias operadoras.

98. Sabe-se que é relevante o compromisso previsto no TAC da TIM, dado que a conduta indevida que foi indicada nos referidos pados deve, de fato, ser corrigida. No entanto, o acordo estabelece uma correção pontual e restrita aos pados listados, sem que haja demais compromissos que busquem a melhoria do problema sistêmico do setor de telecomunicações.

99. Resta evidente que não há irregularidades ou ilegalidades na escolha feita pela Anatel, não sendo cabíveis propostas de encaminhamento sobre o assunto. Porém, constatou-se que há uma oportunidade de melhoria nesse e nos futuros TACs da Anatel que prevejam compromissos de ajustamento de condutas relacionadas a cobranças indevidas.

100. Sobre o tema, como exemplo de boas práticas, citam-se os compromissos previstos no TAC da empresa Algar, em análise no TC 038.355/2019-1, que, além de prever o ressarcimento de usuários por cobranças indevidas, como no acordo da TIM, também estabelece compromissos que visam mitigar o impacto futuro dessas condutas nos clientes, como o compromisso de a operadora realizar a automatização do ressarcimento por meio de Sistema Integrado de Ressarcimento e Comunicação de Interrupções da telefonia fixa, por exemplo.

101. A última consideração a ser feita sobre os compromissos de ajustamento do TAC da TIM se refere aos projetos estruturantes, quais sejam:

- a) Implantação de 4G em 450 cidades ainda não atendidas pela compromissária com essa tecnologia;
- b) Implantação de fibra até o site concentrador em 285 municípios novos;
- c) Ampliação do fornecimento do 4G por meio da frequência de 700 MHz a 1.400 municípios.

102. Sobre a proposta da TIM, a Anatel analisou (peça 25, p. 14):

Quanto ao projeto estruturante de fibra até o site concentrador do Município, que tem por objetivo ampliar o backhaul de fibra ótica detida pelo Grupo TIM, visando uma melhoria significativa na qualidade do serviço com benefício direto ao usuário através do aumento de capacidade da rede de Transporte, que permite (i) o melhor escoamento do tráfego e acesso aos serviços de voz e dados (SMP4, SMP5, SMP7, SMP8 e SMP9), (ii) a navegação com maiores velocidades (SMP10 e SMP11) e (iii) a maior estabilidade da rede, reduzindo a incidência de falhas e eventos de indisponibilidade dos serviços de voz e dados (SMP5, SMP7, SMP8 e SMP9). Porém, conforme aventado anteriormente o projeto melhorará, não só a qualidade do Serviço Móvel Pessoal dos 285 Municípios a serem abrangidos, como propiciará em uma melhoria do atendimento ao consumidor, trará maior eficiência na utilização da radiofrequência, e está aderente as políticas públicas de expansão da banda larga.

No que se refere ao projeto de ampliação de LTE com 700 MHz, o qual consiste na implantação de infraestrutura para o provimento do serviço de LTE com o uso da faixa de radiofrequência de 700

MHz em 1.400 (hum mil e quatrocentos) municípios que atualmente não possuem tal tecnologia empregada no intuito de ampliar a capilaridade e o acesso aos serviços de banda larga móvel. Deste modo, haverá melhoria dos indicadores de acessos e ao serviço de dados (SMP8), possibilitará a redução do número de queda de taxas de conexão (SMP9), e maior performance na conexão de dados (SMP 10 e SMP11), bem como ampliará a cobertura do Serviço Móvel Pessoal na localidade, o que poderá implicar na redução do número de reclamações da Anatel, melhoria da satisfação do usuário com o serviço prestado. Tal qual o anterior, também envolve licenciamento de infraestrutura a ser implementada, o que corrobora com o compromisso de licenciamento de estações.

A respeito do projeto estruturante de Implantação de 4G em cidades ainda não atendidas pela TIM, o compromisso visa ampliar a rede de dados LTE do Grupo TIM em 450 (quatrocentos e cinquenta) municípios e que ainda não possuem o serviço 4G da Prestadora, por meio de um novo layer de radiofrequência. Tal projeto tem potencial de melhorar a qualidade do Serviço Móvel Pessoal, em especial dos indicadores SMP 8 a SMP11, com a melhoria do serviço poderá diminuir o número de reclamações dos usuários (SMP1 e SMP12), possibilitando o melhor dimensionamento das regras de atendimento ao consumidor previstas no RGC, bem como visa atender aos objetivos da política pública de massificação da banda larga.

103. Vê-se a maior parte dos projetos está relacionada à expansão do serviço móvel em tecnologia 4G no país, sendo a outra parte referente a melhorias na rede de transporte da empresa. Também é possível observar que se tratam de projetos de grande dimensão e que resultarão em uma expansão significativa da rede e cobertura da TIM, trazendo benefícios a longo prazo para a operadora.

104. Ressalta-se que a soma de todos esses compromissos estruturantes corresponde a 30% do Valor de Referência do TAC da TIM, correspondendo à aproximadamente R\$ 189 milhões, um percentual maior do que o previsto para os compromissos adicionais.

105. É sabido que os compromissos dos TACs devem buscar refletir políticas públicas desenhadas para beneficiar a sociedade e o interesse público, de modo que devem ser priorizadas metas e investimentos que não seriam realizados pela operadora em um futuro próximo. Essa premissa se torna ainda mais importante dado que o poder público está renunciando recursos da União, não sendo eficiente permitir que as prestadoras apliquem esse montante somente em projetos que já fariam parte do seu planejamento de investimentos em um curto prazo.

106. No TAC da TIM, identificou-se um risco no processo de negociação conduzido pela Anatel, visto que a análise da agência contida nos autos não levou em consideração elementos relacionados com o planejamento comercial da empresa, sendo considerados apenas os benefícios que os investimentos trariam àquelas localidades.

107. O referido risco se torna mais latente quando observada a petição RQ_DAR_124_2019 - ML da TIM, de 28/6/2019, em que a empresa acostou ao processo eletrônico da Anatel um documento, datado de fevereiro de 2019, que trata do seu plano estratégico entre 2019-2021 e que prevê, como itens das suas frentes estratégicas prioritárias, o 'lançamento de ofertas globais de acesso à rede, de acordo com o mix de espectro que evolui para um uso mais significativo do 4G vs. 2G e 3G até 2021' e 'aceleração na implementação de fibra' nas suas redes de transporte e acesso (peça 26, p. 2).

108. Vê-se que as frentes estratégicas acima estão diretamente relacionadas com os projetos elencados como estruturantes nos compromissos de ajustamento de conduta do TAC da TIM, de modo que há a possibilidade de as ações do acordo estarem sendo destinadas a realizar investimentos que já seriam executados no âmbito da própria estratégia comercial da empresa em um futuro próximo.

109. Por outro lado, impende destacar que esses projetos referem-se aos compromissos de ajustamento de conduta, ou seja, investimentos que a operadora teria que fazer mesmo que não houvesse pactuação em TAC, pois o objetivo é promover a melhoria da qualidade da rede, que foi uma das infrações apuradas nos pados inseridos no TAC. Deste modo, diferentemente do que ocorre com os compromissos adicionais, o foco é garantir a correção de conduta com a consequente

melhora na prestação do serviço para os consumidores.

110. Assim, na análise acima foi apontado um possível risco de prejuízo ao interesse público do acordo. No entanto, tendo em vista que não foram identificadas irregularidades, que há assimetrias de informação entre a Anatel e a empresa pelo fato de o planejamento estratégico possuir dados com sigilos comerciais e que se trata de investimentos para ajuste de conduta, entende-se não serem cabíveis propostas de encaminhamento sobre o risco apontado.

III.2. Sobre os compromissos adicionais

111. Os compromissos adicionais do TAC da TIM deverão ser executados em um período de três anos, tendo início 180 dias após a celebração do TAC entre a empresa e Anatel (peça 27, p. 1). A referida proposta estabeleceu os seguintes compromissos (peça 5, p. 3):

a) Implantação da tecnologia 4G ou superior em 369 municípios que atualmente possuem banda larga móvel em tecnologia 2G ou 3G (não sendo selecionadas localidades em que haja a prestação de 4G por alguma operadora do setor). Sendo possível o atendimento de mais de uma localidade dentro de um mesmo município, os perfis das localidades a serem atendidas são:

a.1) 356 distritos sede de municípios com população inferior a trinta mil habitantes que não possuem cobertura com a tecnologia 4G;

a.2) 18 distritos não sede que não possuem cobertura com a tecnologia 4G.

112. Assim, o projeto a ser considerado como compromissos adicionais consiste na implantação da tecnologia 4G em regiões onde não está disponível esse tipo de tecnologia, embora já exista a prestação do serviço móvel em 3G ou tecnologia inferior por outras prestadoras, inclusive a TIM.

113. O compromisso em cada localidade será considerado atendido quando a área de cobertura da telefonia móvel na tecnologia 4G assegurar, no mínimo, uma cobertura de 80% da área urbana do distrito do município (sede ou não, dependendo do compromisso) (peça 25, p. 11). Ressalta-se que tal premissa será objeto de análise específica no presente relatório.

114. Conforme citado anteriormente, o VPL inicial dos compromissos adicionais propostos pela empresa, que representa um total de - R\$ 289 milhões aproximadamente, implica em valores menores do que o mínimo exigido pelo art. 19, só passando a superar esse valor com a aplicação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos. Assim, considerando-se o fator, o VPL final dos compromissos adicionais do TAC da TIM é de - R\$ 378.572.946,42.

115. Ressalta-se que a análise dos cálculos e premissas adotados na elaboração do fluxo de caixa e planilhas que estabeleceram o VPL dos compromissos será realizada mais adiante, em seção específica da presente instrução.

116. Buscando garantir a existência de interesse público nos projetos definidos como compromissos adicionais, e conseqüentemente nos TACs, o Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário estabeleceu:

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: (...)

9.4.6. 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); (grifos nossos)

117. Assim, se fez necessária uma análise de como a Anatel conduziu o processo de verificação dos compromissos adicionais propostos pela TIM, assegurando que não se tratavam de investimentos já realizados ou já em andamento previamente ao TAC.

118. A análise que subsidiou a aprovação do TAC em discussão trouxe a seguinte informação (peça 25, p. 10):

3.82. A manifestação da Procuradoria, alinhada à determinação do TCU, cuida da preocupação destes órgãos para que os investimentos já realizados pela TIM não sejam contabilizados na proposta de compromisso adicional apresentada para compor o TAC. Neste sentido, é preciso reforçar o trabalho que está sendo realizado pela Comissão de Negociação e que já foi mencionado em outras manifestações, principalmente no processo do TAC com a empresa Telefônica. **Três frentes de atuação estão sendo realizadas para garantir que os investimentos já realizados não sejam computados no compromisso adicional: a primeira é a análise realizada pela SPR para verificar se o SMP na tecnologia proposta já está em operação na localidade pretendida; a segunda é a análise realizada pela SCP, que exclui dos cálculos do compromisso adicional investimentos que já tenham sido realizados pela empresa (por exemplo, são incrementais os investimentos em 4G em localidades em que já exista o 3G da mesma operadora); por fim, é realizada uma fiscalização do estado inicial pela SFI, para verificar se as informações prestadas pela empresa coincidem com a realidade.**

3.83. Neste sentido, entende-se que a Comissão de Negociação já está realizando todos os esforços necessários para o endereçamento das preocupações exaradas tanto pela PFE quanto pelo Tribunal de Contas. (grifos nossos)

119. Assim, a Anatel apresenta uma relação de três processos de trabalho a serem executados antes da assinatura do acordo, com vistas a assegurar que não estão sendo incluídos no TAC compromissos que já estão realizados ou em andamento no momento da assinatura do acordo.

120. O Informe Anatel 213/2018/SEI/COGE/SCO demonstra evidências da aplicação desses mecanismos e de resultados positivos a partir deles referentes à obtenção de informações mais precisas sobre o tema (peça 28, p. 20 e 21):

4.134. **Para verificar a disponibilidade de SMP 4G nos municípios propostos pela TIM, primeiro foi elaborada consulta ao site da Anatel (Municípios atendidos com SMP e tecnologias - Dados de Mai/2018) onde a área de qualidade divulga dados sobre a cobertura móvel e sua tecnologia.** A consulta foi realizada em agosto de 2018, com dados de maio de 2018. Dos 339 (trezentos e trinta e nove) municípios propostos, nenhum apresenta a tecnologia 4G e 308 (trezentos e oito) já têm cobertura 3G, conforme planilha constante do Anexo VI do presente Informe.

4.135. Quanto à disponibilidade do SMP e suas respectivas tecnologias nos 26 (vinte e seis) distritos não sede propostos pela TIM, **utilizou-se as seguintes fontes:**

- **dados coletados das prestadoras via fiscalização mensal para acompanhamento da qualidade dos serviços e divulgadas no aplicativo Anatel Serviço Móvel pela Superintendência de Controle de Obrigações - SCO;**
- **base de dados de estações do Simetriq, utilizada pela fiscalização na coleta dos contadores estatísticos das ERBs;**
- **base de dados de estações do sistema Mosaico.**

4.136. **Dessa análise, verificou-se que, dos 26 (vinte e seis) distritos propostos, um é distrito sede (Pedra Branca do Amapari/AP), 8 (oito) já são atendidos por outras prestadoras, um já tem atendimento com tecnologia 4G (Paz de Salubro/BA) e 5 (cinco) já dispõem de pelo menos o 3G como melhor tecnologia.**

4.137. Assim, (...) verifica-se que (...) **a lista de distritos não sede precisa ser adequada** por possuir 6 (seis) distritos onde já existe o atendimento com, pelo menos, tecnologia 3G. (grifos nossos)

121. O mesmo ocorre com documentos mais atualizados da agência, conforme Informe Anatel 809/2019/COGE/SCO (peça 5, p. 3):

3.14. Tendo em vista a determinação do item b) do Despacho Ordinatório SCD 4549434, de

atualização dos compromissos adicionais, **foi realizada a verificação do atendimento 4G dos municípios e distritos não sede que constam da proposta de atendimento da TIM.** Analisando a lista de municípios apresentada por meio da Carta RQ/DAR/142/2019-ML, de 24 de julho de 2019, retificada pela Carta RQ/DAR/145/2019-ML, de 26 de julho de 2019, que subsidiaram a aprovação do Conselho Diretor, **verificou-se que 19 municípios já apresentavam atendimento com tecnologia 4G de outras operadoras móveis.** A verificação foi realizada com base nos dados de atendimento disponibilizados pela área de qualidade da Anatel (<https://www.anatel.gov.br/setorregulado/component/content/article/115-universalizacao-e-ampliacao-do-acesso/telefoniamovel/423-telefoniamovel-municipios-atendidos>), referentes ao mês de junho de 2019.

3.15. Considerando que a atualização do Valor de Referência do TAC aumentou o valor mínimo de projetos necessários para atendimento do art. 19 do RTAC, e que 19 municípios precisariam ser substituídos por já possuírem atendimento 4G, **foi expedido o Ofício 129/2019/PRUV/SPR-ANATEL solicitando ‘que sejam substituídos os municípios já atendidos e que sejam acrescidos municípios até que o VPL negativo dos projetos atinja o valor mínimo calculado’.**

3.16. Em resposta ao Ofício mencionado, a TIM protocolou a correspondência RQ/DAR/179/2019 - ML apresentando novos municípios em substituição aos que já estavam atendidos e em quantitativo suficiente para perfazer o valor mínimo estabelecido pelo RTAC. De acordo com os dados disponíveis na Anatel, os municípios e distritos não sede apresentados não possuem cobertura móvel com tecnologia 4G sendo aptos a figurar no TAC da TIM. (grifos nossos)

122. Observando-se a tramitação do processo de negociação, verifica-se que, de fato, a Anatel fez uma análise sobre os projetos apresentados e inclusive retirou, dos compromissos adicionais, localidades que já estavam atendidas por alguma operadora.

123. Com vistas a mitigar riscos de serem consideradas informações desatualizadas na fase de negociação, no manual de acompanhamento e fiscalização do TAC (MAF) há também a previsão de realização de um procedimento prévio à assinatura do TAC, de modo a verificar a situação inicial dos compromissos a serem executados (peça 22, p. 12):

29. Como condição prévia e necessária à vigência do TAC, a COMPROMISSÁRIA deverá encaminhar à ANATEL, **em até 30 (trinta) dias da expedição do acórdão que decidir pela celebração do TAC, um levantamento do estado inicial de cada compromisso assumido.**

30. **A declaração de estado inicial pela COMPROMISSÁRIA deverá conter, além das informações referentes à situação de cada compromisso, a afirmação quanto à inexistência de ações de ajustamento de conduta em andamento.**

31. A ANATEL poderá realizar fiscalização para verificação da fidedignidade do levantamento inicial e demais informações apresentadas.

32. **A eventual constatação de que o estado inicial evidencia que o compromisso proposto já se encontra atendido, ou com seu plano de ações em execução, antes do início da vigência do TAC poderá acarretar na retirada do compromisso e das condutas a ele associadas da negociação, com a correção do valor de referência e demais ajustes que se fizerem necessários, salvo para os compromissos de ajustamento de conduta.** (grifos nossos)

124. A partir do exposto, é possível identificar que a Anatel realizou diversos tipos de procedimentos de consulta a fontes de informações diferentes e diversas forma de fiscalização prévias à assinatura do TAC da TIM de modo a evitar que fossem admitidas, como compromissos adicionais, ações, atividades e investimentos que já tivessem sido realizados pelas operadoras ou que estivessem em andamento no momento da assinatura do instrumento. Diante do exposto, no TAC da TIM propõe-se considerar cumprida a determinação 9.4.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

III.3. Sobre as metas de compromissos e condições de fiscalização do TAC da TIM

125. O estabelecimento de metas de compromissos, incluindo suas especificações técnicas e as etapas de fiscalização e sanção do descumprimento delas, é realizado por meio de um conjunto de

instrumentos:

- i) o termo de compromisso de ajustamento de conduta, em si, cujos capítulos X a XII estabelecem uma visão e regras gerais dos compromissos a serem assumidos pela operadora (peça 24, p. 7 a 23);
- ii) o MAF, que define o detalhamento técnico dos compromissos, os indicadores e metas a serem cumpridos e o prazo para atingimento desses objetivos (peça 22, p. 19 a 31);
- iii) o projeto executivo para cada compromisso a ser acompanhado, a ser apresentado em até 60 dias após a vigência do TAC, contendo o detalhamento das atividades envolvidas em sua consecução (peça 22, p. 13);
- iv) a planilha que estabelece, juntamente com um cronograma da Anatel de fiscalização, os compromissos e as suas multas diárias, em casos de atrasos (peça 5, mídia anexa, arquivo '[4]-4593039_Anexo_III_Valores_de_Multa_por_Descumprimento.xlsx').

126. Sobre os dois primeiros instrumentos, ressalta-se que o MAF detém relevância, visto que deixam de estar presentes no termo de ajustamento de conduta as especificações técnicas dos compromissos a serem exigidas da empresa privada, passando-se para o manual tais informações. Ressalta-se que tanto a transparência quanto à força jurídica do MAF já foi objeto de preocupação do TCU no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário:

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);

127. Com a transferência para o MAF das condições a serem cumpridas, é importante assegurar que há dispositivos que vinculem o manual às obrigações da empresa. Nesse sentido, verificou-se que a minuta do termo de ajustamento de conduta prevê (peça 24, p. 5):

CAPÍTULO V - ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO

Cláusula 5.1. Os compromissos firmados deverão ser acompanhados em conformidade com os cronogramas estabelecidos neste TAC, nos termos do art. 24 do RTAC e **conforme o Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF)**.

Cláusula 5.2. O MAF é parte integrante deste TAC e consta do Anexo F. (grifos nossos)

128. Assim, no momento da assinatura do TAC, verifica-se que há dispositivos contratuais que aumentam a segurança jurídica do acordo ao assegurar que a compromissária esteja comprometida com os critérios estabelecidos no MAF, tendo em vista o fato de o manual estar anexado ao termo assinado pela empresa e o disposto nas cláusulas 5.1 e 5.2 da minuta de TAC da TIM.

129. Avaliando o conteúdo do MAF aprovado pela Anatel no acordo em discussão, observou-se que os compromissos foram detalhados de forma a deixar claro (peça 19, p. 6 a 18): qual o estado inicial dos compromissos firmados; qual a meta final numérica a ser atingida; o prazo para o cumprimento de tal objetivo; o escalonamento de metas (se for o caso) e seu cronograma por período de fiscalização até que seja atingida a meta final; a forma como a empresa deverá comprovar o cumprimento de cada compromisso, incluindo quais os dados e documentos deverão ser apresentados e em qual prazo que isso deve ocorrer; a previsão de multas diárias e de descumprimento em caso de não entrega de item de cronograma, entre outras informações gerais.

130. Assim, a partir da minuta do termo e do MAF do acordo com a TIM, observa-se uma maior preocupação da Anatel em garantir que, ao aprovar o TAC, as condições para o cumprimento de compromissos e sua fiscalização já estejam previamente acordadas com base em valores e dados técnicos.

131. O terceiro instrumento relacionado no início da presente seção trata da apresentação de um projeto executivo para cada compromisso a ser acompanhado pela agência, contendo 'o detalhamento das atividades envolvidas em sua consecução e a identificação do município, endereço de instalação, cronograma de execução previsto, equipamentos e demais elementos envolvidos' (peça 22, p. 6).

132. Para o primeiro período fiscalizado, o projeto executivo deverá ser encaminhado em até 60 dias após o início de vigência do acordo e, para os períodos de fiscalização posteriores, o envio à Anatel deverá ocorrer com antecedência mínima de 60 dias em relação ao início de cada ano. Assim, os referidos documentos buscam aprimorar o processo de fiscalização realizado pela agência ao longo da vigência do acordo, de modo a manter detalhados e atualizados os compromissos do TAC.

133. Ressalta-se que a versão final do MAF da TIM não estabeleceu à empresa a obrigação de contratação de empresa terceirizada para fiscalizar o cumprimento dos compromissos, como será visto na última subseção do exame técnico do presente relatório, embora tal opção tivesse sido considerada inicialmente.

134. O último instrumento listado consiste na planilha que estabelece para cada compromisso, seja ele de ajustamento de conduta ou adicional, o cronograma de fiscalização da Anatel e as multas diárias a serem aplicadas em casos de atrasos por parte da compromissária. Tais informações constam no anexo IV do Informe Anatel 809/2019/COGE/SCO (peça 5, mídia anexa, arquivo '[4]-4593039_Anexo_III__Valores_de_Multa_por_Descumprimento.xlsx'), cujos dados estão replicados no anexo B da minuta de TAC.

135. O documento possui diversas colunas em que são apresentadas as multas diárias por atrasos para cada um dos compromissos, segregadas por período de fiscalização, ou seja, por pontos de controle estabelecidos pela Anatel, de modo a aprimorar os mecanismos de acompanhamento da agência. Ressalta-se que a distribuição do valor de referência do TAC em cada um dos compromissos será avaliada posteriormente na presente instrução.

136. Sobre o estabelecimento de pontos de controle e multas diárias, no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário o TCU demonstrou a preocupação com a decisão da Anatel de se estabelecer compromissos cujo cumprimento de meta e fiscalização só ocorreriam ao final do TAC, momento em que não haveria mais tempo hábil para a correção do problema, prejudicando o interesse público do acordo.

137. A determinação feita à época foi destinada especificamente ao indicador IGQ, que será avaliado em seção futura do presente relatório. No entanto, buscando analisar os demais compromissos e indicadores do TAC da TIM sob a mesma óptica, constata-se que não foram estabelecidos demais compromissos cujas metas de cumprimento estejam unicamente concentradas no último ano de vigência do termo e que sejam somente fiscalizadas pela Anatel no final do acordo.

138. Ao longo da presente seção da instrução (seção III), foram apontados procedimentos e análises que indicam que a Anatel aprimorou em diversas frentes o processo de admissibilidade do TAC e sua negociação, de modo a assegurar o cumprimento dos normativos e das deliberações do TCU sobre os temas abordados acima. Tais medidas resultam na redução da assimetria de informações entre a agência e a empresa no momento da assinatura do TAC e no aumento do interesse público existente no acordo. Além disso, tendo em vista que o art. 12, parágrafo único, do RTAC prevê a publicação integral do acordo, ainda será possível o controle social sobre os atos da agência.

139. O Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário determinou à Anatel:

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;

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;** (grifos nossos)

140. A análise presente na seção III desta instrução indicou a existência de todos os elementos listados acima. Assim, propõe-se considerar cumprida a determinação contida no item 9.4.4, e subitens, do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário no TAC da TIM.

IV. Análise e monitoramento do cumprimento das deliberações apontadas nos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário

141. Sabe-se que, por meio dos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário, o TCU avaliou e firmou entendimentos sobre diversos aspectos do processo de celebração de TACs pela Anatel. Foram feitas determinações e recomendações que visavam melhorias e correções de inconformidades, sendo que algumas foram destinadas especificamente ao TAC de um caso concreto avaliado à época e outras deliberações foram destinadas a todos os TACs, de maneira geral. Dessa forma, se faz necessário verificar se o TAC da TIM está aderente aos referidos acórdãos e se foram cumpridas as medidas por eles exigidas.

142. Seguindo a mesma estrutura e metodologia utilizada no TC 038.355/2019-1, referente ao TAC da Algar em análise pelo TCU, na presente seção serão avaliadas de forma destacada as deliberações atreladas à implementação da política pública setorial, a impactos concorrenciais no mercado de telecomunicações, à definição de premissas e valores do TAC que afetam o interesse público, entre outras temáticas relevantes. As demais deliberações, que são voltadas para questões mais formais e processuais no âmbito da Anatel, serão avaliadas conjuntamente ao final da dessa seção.

IV.1 Avaliação da predominância do interesse público na escolha dos projetos e localidades dos compromissos adicionais com base nas diretrizes dos normativos e atos que regem os TACs

143. Por meio do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, o TCU avaliou a Política Nacional de Banda Larga brasileira. O relatório que embasou a decisão destacou a importância de que sejam feitas escolhas assertivas pelo poder público quanto à destinação dos recursos públicos e investimentos a serem feitos por meio de instrumentos regulatórios, como é o caso dos TACs:

253. De acordo com o ‘Documento Base das Políticas de Conectividade’ (peça 31), elaborado pelo MCTIC como subsídio à nova proposta de decreto, diante do diagnóstico da banda larga no país, com dados relativos a acessos, tipos de tecnologias utilizadas e infraestrutura presente nos municípios, existiria um cenário ideal para o período de 2018 a 2027 (...).

(...)

255. No entanto, segundo o mesmo documento, as projeções acima seriam de difícil concretização uma vez que implicam em investimentos vultosos. A necessidade de remuneração do capital investido pelas empresas que atuam nesse mercado e o horizonte fiscal da União indicam que esse cenário tem baixa probabilidade de ocorrer. **No entanto, considerando a expectativa de surgimento de fontes de recursos pontuais nos próximos anos, é possível priorizar medidas a serem executadas, apontando metas factíveis para o período** (MCTIC, 2017, p. 25).

(...)

257. A seguir, são listadas as cinco metas consideradas factíveis pelo ministério para os próximos dez anos, **como um conjunto de orientações a serem seguidas na atividade regulatória quando da fixação de obrigações de natureza econômica para prestadoras de serviços de telecomunicações**. Ressalte-se, contudo, que o documento base não faz menção a uma ordem de priorização das orientações descritas. Sendo assim, a enumeração abaixo se deu apenas para melhor explicitar as propostas.

(...)

328. No entanto, em um processo de retroalimentação, as deficiências de acesso e utilização digital são causas, mas também efeito de carências sociais e econômicas. **Sendo assim, políticas públicas adequadas são essenciais para a quebra desse ciclo vicioso, que pode não ser rompido pelas forças normais de mercado.**

329. O cenário de escassez e contenção de recursos orçamentários para a implementação de uma política pública de banda larga, torna ainda mais necessária a correta definição de critérios para ordenar a prioridade dos investimentos com recursos públicos e para induzir os investimentos privados, com o objetivo de mitigar a desigualdade digital.

(...)

391. Como a minuta de decreto afirma que **os investimentos em rede deverão ser direcionados para locais onde ainda não têm aquela infraestrutura, priorizando-se preferencialmente localidades com maior população potencialmente beneficiada, a precisão e a atualidade desses dados é crucial para a definição correta de onde os recursos devem ser aplicados, sob pena de se financiar a expansão de redes privadas com recursos públicos onde já existam redes de banda larga, em detrimento de outras localidades que não possuem a infraestrutura necessária para prestação de banda larga, ampliando-se, assim, o risco de ineficiência dos investimentos.** (grifos nossos)

144. Nos acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário, foi discutida a importância de haver interesse público na escolha dos projetos e das localidades a serem atendidas no âmbito dos compromissos adicionais dos TACs celebrados pela Anatel. Estavam no escopo da discussão avaliações sobre: qual o tipo de projeto e tecnologia a ser adotada; a capacidade dos projetos em reduzir desigualdades sociais e regionais; impactos dos projetos na competição do mercado local; necessidade de compartilhamento da infraestrutura construída; entre outros.

145. Algumas das referidas avaliações resultaram no entendimento de não ser necessária ou cabível a atuação do TCU, porém outras resultaram em determinações e recomendações nas decisões passadas do Tribunal, estabelecendo condições a serem seguidas pela Anatel nos futuros TACs com vistas a resguardar o interesse público dos acordos.

146. Nesse contexto, sob a óptica estabelecida nos acórdãos anteriores, faz-se necessário compreender como foram estabelecidos os projetos e localidades relacionados com os compromissos adicionais do TAC da TIM e a sua compatibilidade com os entendimentos passados e os normativos vigentes destinados a garantir a predominância do interesse público nos acordos, conforme será feito a seguir.

147. Ressalta-se que a avaliação contida na presente subseção da instrução terá como enfoque os temas de maior relevância que, após as decisões anteriores do TCU, restaram como importantes objetos de controle, como, por exemplo, a capacidade dos projetos em reduzir desigualdades sociais e regionais, os impactos dos projetos na competição do mercado local e a necessidade de compartilhamento da infraestrutura construída com recursos dos TACs, entre outras. Embora os objetos de controle tratem de temas parcialmente distintos, eles serão analisados conjuntamente dado que o interesse público do acordo somente estará resguardado se todos os temas tiverem sido devidamente tratados pela Anatel.

IV.1.1. Avaliação das questões relacionadas à capacidade dos projetos do TAC da TIM em reduzir desigualdades sociais e regionais

148. Para compreender o potencial de redução de desigualdades sociais e regionais do TAC da TIM, é necessário avaliar três aspectos: i) o cenário normativo relativo aos compromissos adicionais dos TACs; ii) a adequação do perfil das localidades elencadas no TAC, em si; iii) a adequação da escolha do projeto de implementação de tecnologia 4G nessas localidades.

IV.1.1.1. Cenário normativo relativo aos compromissos adicionais dos TACs

149. Primeiramente, para fins de estabelecimento de critérios a serem seguidos, é necessário conhecer os normativos e as decisões administrativas que regem as diretrizes a serem seguidas no estabelecimento dos compromissos adicionais dos TACs da Anatel quanto à capacidade dos

projetos em reduzir desigualdades sociais e regionais.

150. A primeira norma a ser citada é o Decreto 9.612/2018, que dispõe sobre políticas públicas de telecomunicações e prevê:

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.

§ 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.

151. Dos dispositivos acima se destaca que, sem estabelecer priorização entre eles, foram elencados três tipos de projetos a serem considerados nos TACs da Anatel, sendo que o segundo deles trata do 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.

152. Também foram definidas diretrizes que priorizam o atendimento de localidades com maior população e áreas com escolas públicas dentre aquelas prioridades elencadas no decreto. Caso a

Anatel decida por fixar compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações em outras localidades, deverá ser demonstrada a conveniência e a relevância de tal escolha para a expansão do acesso à internet em banda larga.

153. A Portaria MC 1.455, de 8 de abril de 2016, do antigo Ministério das Comunicações (MC), que atualmente passou a ser o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), estabeleceu diretrizes para a atuação da Anatel na elaboração de proposta de revisão do atual modelo de prestação de serviços de telecomunicações. No normativo foi previsto:

Art. 1º O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania e o Poder Público deve atuar de modo a promover o acesso de todos aos serviços de banda larga, com custos acessíveis e em níveis de qualidade compatíveis com as expectativas dos usuários.

Art. 2º de modo a posicionar os serviços de banda larga no centro da política pública, **devem ser privilegiados os seguintes objetivos:**

I - Expansão das redes de transporte em fibra óptica e em rádio de alta capacidade para mais municípios;

II - Ampliação da cobertura de vilas e de aglomerados rurais com banda larga móvel;

III - Aumento da abrangência de redes de acesso baseadas em fibra óptica nas áreas urbanas;

IV - Atendimento de órgãos públicos, com prioridade para os serviços de educação e de saúde, com acesso à Internet em banda larga. (grifos nossos)

154. Vê-se que os dispositivos em destaque estão em consonância com as diretrizes existentes no Decreto 9.612/2018 e preveem a expansão do atendimento de localidades rurais com serviço de banda larga móvel e regiões em que hajam instituições públicas, com prioridade a escolas e entidades na área da saúde.

155. Por meio da Portaria MCTIC 1.556, de 21 de março de 2018, foi estabelecida a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital, que tem como visão:

Um plano de investimento claro, com metas de curto, médio e longo prazos é fundamental para **alcançar uma visão de futuro em que:**

(...)

Todos os municípios tenham atendimento de banda larga móvel, tanto em suas sedes municipais quanto nos distritos não-sede;

(...)

Áreas remotas e de difícil acesso estejam atendidas por infraestrutura de banda larga, atendendo à população com eficiência e permitindo a digitalização de comunicações e serviços; (grifos nossos)

156. Analisando os normativos internos da Anatel, tem-se que a Resolução Anatel 629/2013 (Regulamento de TAC da agência - RTAC) prevê:

Art. 18. Além do compromisso de ajustamento da conduta irregular, **serão estabelecidos compromissos adicionais que impliquem benefícios a usuários e/ou melhorias ao serviço**, das seguintes espécies:

I - **execução de projetos, selecionados a partir de rol de opções estabelecidas em Ato a ser editado pelo Conselho Diretor da Anatel**, ou propostos pela Compromissária; e,

II - concessão temporária de benefícios diretos a usuários, que poderão se dar, dentre outros, na forma de redução, desconto, crédito, gratuidade em tarifas ou preços de serviços de telecomunicações.

§ 1º **Os compromissos adicionais terão delimitados a área geográfica de sua execução e os aspectos dos serviços de telecomunicações sobre os quais incidirão as obrigações assumidas**, e poderão dispor, total ou parcialmente, acerca de outros fatos e serviços de telecomunicações não

diretamente relacionados às irregularidades constatadas.

(...)

Art. 19. (...)

§ 2º no caso deste artigo, o montante dos compromissos adicionais assumidos no TAC corresponderá ao valor absoluto do Valor Presente Líquido (VPL) de cada projeto multiplicado pelo respectivo fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, que variará entre 1 (um) e 2 (dois).

§ 3º O fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos será previsto no Ato de que trata o inciso I do art. 18.

(...)

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.

§ 1º Os projetos compreenderão metas e condições que ultrapassem as obrigações já impostas à Compromissária (...).

§ 2º Para fins de acompanhamento da execução do cronograma, devem constar dos projetos pontos de controle estabelecidos mediante critérios objetivos e passíveis de fiscalização pela Agência. (grifos nossos)

157. Verifica-se que o regulamento define, no art. 18 c/c art. 19, que compromissárias poderão ser beneficiadas financeiramente caso optem por fazer projetos e atender localidades que estão previstas em ato que estabelece fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos. Tal fator foi inicialmente estabelecido pela agência por meio do Ato Anatel 50.004/2016, que foi objeto de apontamentos pelo TCU e está em processo de revisão no órgão regulador, como será explicado adiante.

158. O art. 22 do RTAC traz explicitamente as diretrizes a serem seguidas na definição dos compromissos adicionais dos TACs quanto à escolha dos projetos e regiões a serem atendidas. Sobre esse dispositivo, o TCU já manifestou interpretação quanto à sua abrangência, conforme voto do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário:

(...) **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.

(...)

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.** (grifos nossos)

159. Conforme posto anteriormente, outro normativo que deve ser mencionado é o que estabelece o fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos previsto no art. 18 c/c art. 19 do RTAC.

160. Em 2016, previamente à publicação do Decreto 9.612/2018 e das portarias do MC e MCTIC citadas no início desta subseção do relatório, a Anatel realizou o Ato Anatel 50.004/2016 para regulamentar o fator previsto no RTAC. Antes de adentrar os dispositivos do referido ato, se faz necessário rememorar o histórico de discussão sobre esse tema e conhecer a situação atual de vigência do normativo.

161. O conteúdo do Ato Anatel 50.004/2016 e o trâmite processual do documento na Anatel foram objeto de avaliação pelo TCU, por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, em que foram consideradas como critérios as diretrizes governamentais da política pública de telecomunicações à época e o regimento interno da Anatel.

162. A unidade técnica do Tribunal apontou fragilidades e pontos de melhoria no referido instrumento quanto à sua aderência à política pública vigente e ao interesse público. Conforme voto que resultou no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, considerando que o aludido ato estava em reformulação à época da decisão do TCU e que possui cunho regulatório apto a interferir na negociação de alguns instrumentos de ajustamento de conduta, foi decidido:

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:

9.6.6. **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); (grifos nossos)

163. Assim, permanece a preocupação do TCU em assegurar que os projetos que receberão os incentivos financeiros advindos do fator previsto nos arts. 18 e 19 do RTAC sejam efetivamente compatíveis com o interesse público e a política pública setorial. Para isso, entendeu-se ser necessária a participação da sociedade no processo de reformulação do ato 50.004/2016, para que ela pudesse contribuir com o tema dando subsídios à Anatel, de modo que a transparência do processo pudesse resultar em benefícios trazidos pelo controle social.

164. O item 9.1.4 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário concluiu que a referida recomendação estava em processo de implementação na Anatel. Ao consultar o Sistema de Acompanhamento de Consultas Públicas (SACP) da Anatel, verifica-se que, entre os dias 28/3/2019 a 27/5/2019, foi realizada a CP 8/2019 que tinha como descrição (disponível em <https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C2211&Tipo=1&Opcao=finalizadas>, acessado em 16/11/2019):

Proposta de atualização do rol de opções de projetos que poderão ser estabelecidos como compromissos adicionais, bem como do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, constantes no Ato 50.004/2016, a serem utilizados na celebração do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações.

165. Assim, a referida consulta pública tem como base a revisão do conteúdo do Ato-Anatel 50.004/2016, como requerido na deliberação do TCU. Isso significa que, estritamente sobre o

ponto de vista formal, a agência cumpriu com o estabelecido pelo Tribunal.

166. No entanto, conforme dito anteriormente, a recomendação do TCU tem como essência buscar garantias de que será estabelecido, por meio da reformulação do ato, um fator de redução de desigualdades mais robusto do que o estabelecido no Ato Anatel 50.004/2016, ou seja, mais compatível com as demandas e a realidade da sociedade brasileira.

167. Nesse contexto, para atingir as melhorias esperadas, não basta cumprir formalmente a recomendação do TCU em realizar a consulta pública. É necessário que a Anatel utilize os subsídios advindos desse procedimento e, em especial, reformule tempestivamente o Ato Anatel 50.004/2016, evitando que TACs sejam firmados nos termos do antigo ato, que foi elaborado sem a contribuição da sociedade.

168. Soma-se a essa preocupação o fato de que o Ato Anatel 50.004/2016 foi elaborado há algum tempo, em 5/1/2016, sendo que, desde então, já houve significativas mudanças nas diretrizes da política pública setorial por meio do Decreto 9.612, de 17/12/2018, da Portaria MC 1.455, de 8/4/2016, e da Portaria MCTIC 1.556, de 21 de março de 2018. Aliás, o próprio Ato Anatel 50.004/2016 já determina, em seu art. 2º, § 3º, que 'os critérios estabelecidos neste ato sejam aplicáveis para as negociações atualmente em curso ou para o biênio 2015/2016, devendo ser revisitadas após esse período'. Contudo, até o momento essa revisão do ato não foi concluída pela agência.

169. Além disso, em 13/6/2019, a Anatel aprovou o Plano Estrutural de Redes (PERT), que será discutido mais adiante no relatório, que consiste em um instrumento que fornece subsídios e dados importantes sobre a infraestrutura existente no país, permitindo que iniciativas regulatórias da Anatel, como é o caso do ato que estabelece o fator previsto no RTAC, sejam feitas com mais precisão e efetividade.

170. Assim, além de o Ato Anatel 50.004/2016 não ter sido submetido a escrutínio da sociedade, de modo a trazer mais robustez ao processo, ele ainda está desatualizado com relação aos normativos vigentes. Diante dessas considerações, observa-se que aplicar o referido ato nos TACs da agência representa riscos de se haver um possível descasamento das condições do acordo com relação ao interesse público e ao que preveem os normativos.

171. Diante do exposto, propõe-se considerar parcialmente implementada a recomendação 9.6.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

172. Sabe-se que a Anatel aprovou o TAC da TIM, em discussão nos autos, e o da empresa Algar, cuja análise pelo Tribunal está ocorrendo no âmbito do processo TC 038.355/2019-1, e que ambos levaram em consideração o fator estabelecido no Ato Anatel 50.004/2016. Rememora-se que, dos TACs requeridos por todas as operadoras na primeira rodada de pedidos à agência a partir da publicação do RTAC, em 2013, esses são os últimos acordos pendentes de análise conclusiva pela agência.

173. Deve ser considerado que os acordos supracitados já estão aprovados pela agência, vêm sendo negociados desde 2014 e que já está sendo feita a reformulação do normativo na Anatel. A partir desses apontamentos, é possível concluir que, embora não seja uma opção livre de riscos, conforme apontado anteriormente, era oportuna a utilização do Ato Anatel 50.004/2016 pela agência.

174. Ressalta-se ainda, que, no caso concreto do TAC da TIM, a aplicação do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos previstos no ato tem impacto direto na admissibilidade e validade do acordo, tendo em vista que o VPL dos compromissos adicionais propostos pela empresa é significativamente inferior ao VR das multas envolvidas na negociação do TAC. Demonstra-se.

175. Considerando os processos sancionatórios (pados) incluídos atualmente na proposta de TAC da TIM, o valor dos compromissos adicionais deve ser, no mínimo, de - R\$ 378.263.877,43. Ocorre que o valor presente dos compromissos propostos pela empresa é de -R\$ 289.216.900,08, ou seja, quase 24% a menos do que o mínimo exigido pelo art. 19 do regulamento da Anatel.

176. Com a aplicação do fator do Ato Anatel 50.004/2016, o valor do acordo em discussão nos

autos passa a ser de -R\$ 378.572.946,42, atingindo o mínimo regulamentar, ainda que por muito pouco. Diante dos dados apresentados, verifica-se que, no universo de pados em discussão, o acordo dos autos não seria viável se não houvesse a aplicação do referido ato.

177. Assim, no TAC da TIM, há significativos riscos de incompatibilidade com o interesse público atrelados ao fato de estar sendo aplicado o Ato Anatel 50.004/2016 sem que tenha sido submetido a escrutínio da sociedade e ao fato de o documento estar possivelmente desatualizado com relação aos normativos vigentes.

178. Nesse contexto, propõe-se recomendar à Anatel que avalie a conveniência e oportunidade de dar celeridade à conclusão da revisão do Ato Anatel 50.004/2016, abstendo-se de aplicar a norma vigente a futuros termos de ajustamento de conduta ou em outros procedimentos que também envolvam a utilização de recursos públicos em compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações fixados pela Anatel, de acordo com o previsto no art. 2º, § 3º, do próprio Ato Anatel 50.004/2016.

179. Como foi utilizado no acordo em discussão nos autos, citam-se os dispositivos do Ato Anatel 50.004/2016, que prevê:

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;
- c) implantação do SMP com oferta do 3G em localidades onde esta tecnologia ainda não está disponível;
- d) implantação do SMP 4G em localidades ou municípios com menos de 30 mil habitantes, onde esta tecnologia ainda não está disponível; e,**
- e) encurtamento da rede de cobre até o armário (FTTC) para oferta de banda larga.

Parágrafo único. Além desses projetos considerados estratégicos para a Agência, outros poderão ser propostos pelas compromissárias.

180. O ato da agência detalha cinco projetos considerados estratégicos, sendo que um deles está relacionado com a expansão dos serviços de telefonia móvel (SMP) na tecnologia 4G, conforme destacado em negrito acima. É relevante ter em mente esse projeto, visto que está diretamente relacionado com a escolha de compromissos adicionais feita pela Anatel no TAC da TIM, como será visto mais adiante.

181. Por último, cita-se o Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações de 2019 a 2024 da Anatel (PERT), cuja previsão foi estabelecida no art. 22 da Lei 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações (LGT). Trata-se de um diagnóstico feito pelo órgão regulador sobre as redes de telecomunicações no Brasil 'com especial ênfase para as redes de suporte para os serviços de acesso à banda larga fixa e móvel, destacando-se a situação do atendimento por serviço, a evolução dos acessos, a cobertura móvel, a infraestrutura de transporte e de acesso, o escoamento do tráfego, dentre outros dados, nos segmentos de acesso, infraestrutura de transporte de alta capacidade com fibra óptica e cobertura móvel (3G e 4G)' (peça 24).

182. Além do diagnóstico, o plano também avalia questões concorrenciais e de concentração de mercado, o mercado potencial de banda larga, a expectativa para os serviços fixos e móveis, entre outros assuntos. Destaca-se que o produto final do estudo é uma proposta de sete projetos, incluindo suas fontes de financiamento, a serem executados pelo poder público para desenvolver o setor de telecomunicações do país.

183. Apesar de não se tratar especificamente de um normativo, o PERT deve ser citado pois servirá

como uma relevante fonte de informação e referência para se avaliar as diversas ações governamentais a serem realizadas até 2024, incluindo os acordos de TAC que serão celebrados pela Anatel, como será visto mais à frente. Ressalta-se que o próprio PERT já prevê que ‘os compromissos adicionais aos TAC negociados pela Anatel devem ser voltados ao atendimento das lacunas apontadas neste plano’ (peça 24, p. 82).

184. Também serão utilizadas como referência as análises e decisões promovidas pelo TCU em decisões passadas, especialmente aqueles presentes nos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário, que trataram da celebração de TACs na Anatel.

185. Expostos os normativos e as decisões administrativas gerais que regem as diretrizes a serem seguidas no estabelecimento dos compromissos adicionais dos TACs da Anatel quanto à capacidade dos projetos em reduzir desigualdades sociais e regionais, se faz necessário expor as especificações técnicas dos compromissos adicionais definidos no TAC da TIM, objeto principal de análise dos autos.

186. Como citado anteriormente no presente relatório, a proposta de compromissos adicionais do TAC da operadora **prevê a obrigação de disponibilizar cobertura em tecnologia 4G ou superior tanto em sedes de municípios e quanto em alguns distritos não sede que não possuem essa tecnologia, embora todas essas regiões já disponham do serviço nas tecnologias 2G e 3G.**

187. Ressalta-se que originalmente a proposta previa o fornecimento de tecnologia 3G em algumas localidades em que ela não tivesse disponível e é por essa razão que várias análises da Anatel nos autos fazem referência a esse tipo de compromisso adicional. No entanto, conforme Análise Anatel 203/2019/EC (peça 19, p. 27), ‘optou-se por adequar o compromisso à implantação do 4G em todos os municípios e distritos não sede a serem atendidos como compromissos adicionais, tendo em vista que a tecnologia 3G vem se tornando obsoleta’.

188. A entrada em operação da infraestrutura a ser construída a partir dos investimentos dos compromissos adicionais ocorrerá de acordo com o seguinte cronograma (peça 5, mídia anexa, arquivo ‘[5]-4587088_Anexo_II___Compromissos_Adicionais.xlsx’):

Tabela 6 - Cronograma da entrada em operação da infraestrutura dos compromissos adicionais do TAC da TIM

		Localidades a serem atendidas	Quantidade de municípios abrangidos por essas localidades*
Distritos sede de municípios com população inferior a 30 mil habitantes	Ano 1	170	170
	Ano 2	130	130
	Ano 3	56	56
Total		356	356

		Localidades a serem atendidas	Quantidade de municípios abrangidos por essas localidades*
Distritos não sede	Ano 1	10	7
	Ano 2	6	5
	Ano 3	2	2
Total		18	14

* Há municípios que receberão investimentos em mais de uma localidade

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados da peça 5, mídia anexa, arquivo ‘[5]-4587088_Anexo_II___Compromissos_Adicionais.xlsx’

189. O Informe Anatel 213/2018/SEI/COGE/SCO analisa a aplicabilidade do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos previsto nos arts. 18, inciso I, 19, §3º, do regulamento de TAC da Anatel (RTAC), que foi regulamentado pelo Ato Anatel

50.004/2016 (peça 28, p. 45):

4.334. **O Ato 50.004, de 5 de janeiro de 2016, que estabeleceu o rol de projetos que poderão ser executados como compromissos adicionais no âmbito do TAC, define que serão considerados estratégicos, dentre outros, a implantação do SMP com oferta do 3G em localidades onde esta tecnologia ainda não está disponível e implantação do SMP 4G em localidades ou municípios com menos de 30.000 (trinta mil) habitantes, onde esta tecnologia ainda não está disponível.**

(...)

4.338. Assim, em relação a adequação da proposta ao Ato 50.004/2016, verifica-se que os projetos de implantação de SMP 4G em municípios com menos de 30 mil habitantes e a implantação do SMP 3G em localidades, propostos como compromissos adicionais pelo Grupo TIM, estão alinhados com os projetos estratégicos definidos pela Anatel no referido Ato. Ainda, que a lista de 339 (trezentos e trinta e nove) municípios com proposta de atendimento com SMP 4G atende ao disposto por não apresentarem atendimento com essa tecnologia e não possuem mais de 30.000 habitantes no censo de 2010 e que a lista de distritos não sede precisa ser adequada por possuir 6 (seis) distritos onde já existe o atendimento com, pelo menos, tecnologia 3G.

4.339. Desta forma, **ambos os projetos fazem jus ao fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, nos termos do § 2º do referido Ato**, ressaltando a necessidade de substituição dos seis distritos listados anteriormente. (grifos nossos)

190. Verifica-se que, para a Anatel, os projetos escolhidos como compromissos adicionais foram considerados aderentes às diretrizes do Ato Anatel 50.004/2016 sendo aplicável, portanto, o fator previsto no RTAC. No entanto, dado que o ato não foi submetido à consulta pública e que está desatualizado com relação aos normativos vigentes, novamente ressalta-se que há riscos de o uso do referido instrumento resultar em discrepâncias das condições do TAC com relação ao interesse público e as diretrizes da política pública setorial, conforme apontado no início da presente subseção do relatório.

191. A agência também afirma haver aderência dos compromissos adicionais ao acordo da TIM ao regulamento de TAC da Anatel (peça 28, p. 45):

4.343. **Já em relação ao art. 22, pode-se considerar que o projeto apresentado atende aos incisos I e II deste artigo, de ampliação da capilaridade e cobertura do serviço de telecomunicações em áreas de baixo desenvolvimento econômico e social e de redução das diferenças regionais**, na medida em que atende a localidades e municípios que se localizam, em sua quase totalidade, nas regiões norte e nordeste do país, além de não estarem incluídos nas obrigações de cobertura já impostas às empresas do serviço móvel.

4.344. **A implantação da tecnologia 4G atende ao disposto no inciso III quanto à modernização das redes de telecomunicações e no inciso IV quanto à elevação dos padrões de qualidade, já que substitui a rede existente por uma mais moderna. Por fim, atende ao inciso V, já que massifica o acesso à rede 4G, que suporta o acesso à rede móvel de alta velocidade.** (grifos nossos)

192. O Informe Anatel 701/2019/COGE/SCO (peça 29, p. 3) afirma haver compatibilidade dos compromissos do acordo em discussão nos autos com o Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações da Anatel para o período entre 2019 - 2024 (PERT):

4.5. Superada a questão da aderência dos projetos ao RTAC (Resolução 629/2013) e ao Ato 50.004/2016, importante destacar que em junho de 2019, por meio do Acórdão 309/2019, a Anatel aprovou o **Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT**, que trata do diagnóstico da situação da banda larga no Brasil e que em seu capítulo 9 apresenta uma lista de projetos considerados estratégicos pela Anatel para o saneamento das lacunas de atendimento existentes. **Dentre os projetos listados no PERT constam a ‘Expansão do Serviço Móvel Pessoal (SMP), com tecnologia 3G ou superior, em distritos não sede não atendidos’ e a ‘Expansão do Serviço**

Móvel Pessoal (SMP), com tecnologia 4G ou superior, em distritos sede não atendidos’.

193. Também sobre o PERT o conselheiro da Anatel analisou (peça 19, p. 43):

5.452. Ademais, verifica-se que **a presente proposta se mostra aderente às iniciativas indicadas no escopo do Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT**, que realizou um diagnóstico completo da situação da banda larga no país e apontou projetos e possíveis fontes de financiamento para a eliminação das lacunas de atendimento dos serviços de suporte à banda larga fixa e móvel. (grifos nossos)

194. Diante do exposto acima, constata-se que a Anatel entende que os compromissos adicionais estabelecidos no TAC da TIM estão compatíveis com as diretrizes dos seus normativos e instrumentos vigentes, como o Ato Anatel 50.004/2016, o RTAC e o PERT.

195. Sobre a aderência do projeto proposto pela TIM tanto à regulamentação do TAC quanto ao interesse público emanado pelas políticas estabelecidas pelo Poder Executivo, o Informe Anatel 213/2018/SEI/COGE/SCO afirma (peça 28, p. 45 e 46):

4.348. Não bastasse a total aderência do projeto à regulamentação da Agência, a Portaria 1.455, de 8 de abril de 2016, do Ministério das Comunicações, estabeleceu em seu art. 1º e 2º, diretrizes para a atuação da Anatel na elaboração de proposta de revisão do atual modelo de prestação de serviços de telecomunicações, posicionando os serviços de banda larga no centro da política pública, privilegiando, dentre outros, o objetivo de ‘ampliação da cobertura de vilas e de aglomerados rurais com banda larga móvel’.

Art. 1º O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania e o Poder Público deve atuar de modo a promover o acesso de todos aos serviços de banda larga, com custos acessíveis e em níveis de qualidade comparáveis com as expectativas dos usuários.

Art. 2º de modo a posicionar os serviços de banda larga no centro da política pública, devem ser privilegiados os seguintes objetivos:

(...)

II - Ampliação da cobertura de vilas e de aglomerados rurais com banda larga móvel;

(...)

4.349. No mesmo sentido, por meio do Decreto 8.776, de 11 de maio de 2016, a Presidência da República instituiu o Programa Brasil Inteligente que possui, dentre seus objetivos, ‘III - ampliar a cobertura de vilas e de aglomerados rurais com banda larga móvel’.

Art. 2º Para alcançar a finalidade indicada no art. 1º, o Programa Brasil Inteligente terá os seguintes objetivos:

(...)

III - ampliar a cobertura de vilas e de aglomerados rurais com banda larga móvel;

(...)

4.350. Percebe-se então a aderência dos projetos propostos pela TIM tanto à regulamentação do TAC quanto ao interesse público emanado pelas políticas públicas estabelecidas pelo poder executivo. Para aceitação da proposta, torna-se necessário que a lista de distritos não sede de municípios, elencados para atendimento com 3G ou 4G, contemple apenas aqueles que não disponham de tais tecnologias, em aderência aos projetos estabelecidos no Ato 50.004/2016. (grifos nossos)

196. O Informe Anatel 701/2019/COGE/SCO, elaborado posteriormente ao documento citado no parágrafo anterior, complementou os dados apresentados pela agência com a seguinte informação (peça 29, p. 3):

4.6. Por fim, ainda quanto ao interesse público dos projetos, **insta constar que o Decreto 9.612, de 16 de dezembro de 2018**, que dispõe sobre as políticas públicas de telecomunicações, estabelece

em seu art. 9º que os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações fixados pela Anatel serão direcionados para iniciativas que incluem, dentre outras, o ‘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’. (grifos nossos)

197. Levando em consideração os apontamentos transcritos acima sobre as análises da área técnica da agência e o perfil das localidades a serem atendidas pelo acordo, perfil esse que será avaliado posteriormente, o voto do conselheiro da agência que resultou na aprovação do TAC da TIM concluiu (peça 19, p. 47):

A análise das características do projeto de compromisso adicional ora proposto, permite concluir que se encontram alinhadas ao objetivo do TAC, bem como ao disposto na regulamentação, e visam atender ao interesse público proveniente das políticas estabelecidas pelo Poder Executivo.

198. Assim, a agência entende estarem sendo atendidas as diretrizes da política pública previstas nos normativos vigentes, incluindo o Decreto 9.612/2018, que estabelece a atual política setorial e que, no inciso II do seu art. 9º, prevê o ‘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’.**

199. Na seção a seguir passa-se a analisar a predominância de interesse público no TAC com relação à adequação da escolha das localidades a serem atendidas pela TIM de modo que, na próxima seção, seja possível avaliar de forma mais detalhada a compatibilidade dos compromissos adicionais do TAC da TIM com o Decreto 9.612/2018.

IV.1.1.2. Análise do perfil das localidades escolhidas pela Anatel no TAC da TIM

200. Rememora-se que, pelo art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018, é necessário avaliar se a escolha das localidades a serem atendidas pela TIM priorizou ‘cidades, vilas, áreas urbanas isoladas, aglomerados rurais e rodovias federais’ que não disponham de infraestrutura de banda larga móvel. Além disso, o art. 22 do RTAC prevê projetos que: atendam áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, por meio de ampliação da capacidade, capilaridade ou cobertura das redes de telecomunicações; reduzam diferenças regionais; modernizem as redes de telecomunicações; elevem os padrões de qualidade propiciados aos usuários; e massifiquem o acesso às redes e aos serviços de telecomunicações que suportam acesso à internet.

201. Tais normativos visavam fomentar o atendimento de localidades que não oferecem atratividade econômica suficiente para atrair a prestação de serviços pelas operadoras espontaneamente, de modo a assegurar que o uso de recursos públicos, por intermédio dos compromissos adicionais, seja destinado somente para projetos deficitários.

202. Para avaliar se os compromissos adicionais da TIM permeiam as diretrizes acima, é imprescindível conhecer de forma mais detalhada a demanda existente no Brasil para esse tipo de serviço e o perfil das localidades a serem atendidas pelo TAC em discussão nos autos.

203. Há anos a Anatel vem estimulando o desenvolvimento e a expansão da telefonia móvel no país por meio de medidas regulatórias impostas às operadoras de SMP. Entre elas, destacam-se duas obrigações ainda vigentes e oriundas de compromissos de abrangência vinculados a editais de uso de radiofrequência, sob a coordenação da agência (peça 30, p. 33):

a) a tecnologia 3G deverá ser implantada em todas as sedes municipais até 2019, conforme Editais de Licitação 002/2007/SPV-Anatel, 002/2010/PVCP/SPV-Anatel e 004/2012/PVCP/SPV-Anatel;

b) os municípios acima de 30.000 habitantes deverão ter tecnologia 4G até 2017, conforme Edital de Licitação 004/2012/PVCP/SPV-Anatel.

204. O critério do órgão regulador para considerar como atendidas as localidades nesses editais é a existência de cobertura móvel de 80% da área urbana do distrito sede do município (peça 30, p. 58).

205. Combinando as informações apresentadas, é possível enumerar lacunas de cobertura na tabela

abaixo:

Tabela 6 - Análise das obrigações regulatórias oriundas de editais de uso de radiofrequência

Lacunas	Descrição
1	Não há obrigações regulatórias que garantam o fornecimento de SMP em tecnologia 3G fora dos distritos sede dos municípios brasileiros
2	Não existem compromissos regulatórios que imponham o fornecimento de telefonia móvel em tecnologia 4G aos distritos sede de municípios com menos que 30 mil habitantes
3	Também não existem compromissos regulatórios que imponham o fornecimento de telefonia móvel em tecnologia 4G aos distritos não sede de municípios com menos que 30 mil habitantes
4	Se considerados os fatos do item '1' e '3' acima, chega-se à conclusão que atualmente não existe nenhuma obrigação regulatória da Anatel vigente que garanta o fornecimento de telefonia móvel (em qualquer tipo de tecnologia) nos distritos que não sejam sede dos municípios
5	Permite-se que 20% da área de todos os distritos brasileiros, independentemente se são sede ou não do município em que se encontram, não tenham cobertura alguma de telefonia móvel
6	Não estão previstas metas que visem o atendimento de localidades rurais e outras regiões estratégicas para o país, como estradas e também rodovias federais.

Fonte: Elaboração própria

206. Verifica-se que, se identificada uma demanda de usuários na região, há espaço para a realização de diversas iniciativas pelo poder público no que tange a expansão da rede de telefonia móvel no Brasil, seja no aumento da disponibilidade do serviço para a população ou na melhoria da tecnologia a ser utilizada.

207. Das diversas lacunas regulatórias apontadas na tabela acima, constatou-se que o TAC da TIM atua no sentido de mitigar fragilidades oriundas da 1ª lacuna, referente ao fornecimento de SMP em tecnologia 3G fora dos distritos sede dos municípios brasileiros, embora o presente acordo tenha optado por fornecer o serviço nessas localidades por meio de tecnologia superior (em 4G).

208. Com o termo da TIM também são mitigadas as fragilidades resultante da 2ª lacuna da tabela 6, que trata da ausência de compromissos regulatórios que imponham o fornecimento de telefonia móvel em tecnologia 4G aos distritos sede de municípios com menos que 30 mil habitantes. Não foram feitas ações que buscassem resolver as demais lacunas, como será explicado a seguir.

209. Novamente, os compromissos adicionais do TAC em discussão preveem o fornecimento do SMP em tecnologia 4G nas seguintes regiões:

- a) 356 localidades situadas nos Distritos sede de municípios com população inferior a 30 mil habitantes;
- b) 18 localidades situadas em distritos não sede;

210. A partir dos dados acima, é possível identificar uma primeira oportunidade de melhoria nas condições definidas pela Anatel em TACs. O critério de atendimento dos compromissos adicionais do acordo da TIM foi abordado nos seguintes documentos da Anatel:

- a) Minuta do TAC (peça 24, p. 21):

Cláusula 12.1. A COMPROMISSÁRIA se obriga a disponibilizar cobertura SMP com tecnologia

4G ou superior em 366 (trezentos e sessenta e seis) municípios, sendo 353 (trezentos e cinquenta e três) distritos sede de municípios com população inferior a 30 (trinta) mil habitantes que não possuem cobertura com a tecnologia 4G e 18 (dezoito) distritos não sede, onde essa tecnologia ainda não estiver disponível, nos exatos termos descritos e especificado em meios, quantidade, condições, área de abrangência e cronograma de Metas, conforme os Anexos E e G deste instrumento.

§ 2º. **Para o atendimento dessas localidades, deverão ser observados o limiar de cobertura definido para a comercialização do serviço (80% de cobertura da área urbana dos distritos)**, bem como os níveis de sinal definidos previamente pela ANATEL ao longo do acompanhamento dos Compromissos de Abrangência (>-102 dBm), conforme disposto no MAF. (grifos nossos)

b) MAF do TAC da TIM (peça 22, p. 5):

Entende-se por implantação a disponibilização de ERB SMP na tecnologia 4G ou superior, com nível de sinal maior que -102 dBm e a seguinte cobertura:

Distrito sede: **será considerado atendido quando a área de cobertura SMP contiver, pelo menos, 80% (oitenta por cento) da área urbana do distrito sede do município**, atendido com tecnologia 4G ou superior utilizando qualquer faixa de radiofrequência em que a COMPROMISSÁRIA possua autorização de uso.

Distrito não sede: **será considerado atendido quando a área de cobertura SMP contiver, pelo menos, 80% (oitenta por cento) da área urbana do distrito**, atendido com tecnologia 4G ou superior utilizando qualquer faixa de radiofrequência em que a COMPROMISSÁRIA possua autorização de uso. Na falta de registros oficiais da definição de perímetro urbano da localidade, a cobertura será aferida tomando-se como referência a comprovação da efetiva instalação da ERB conforme projeto executivo aprovado pela ANATEL para o referido distrito. (grifos nossos)

c) Informe Anatel 837/2018/SEI/COGE/SCO (peça 25, p. 10, 11 e 16):

3.85. (...) no caso dos projetos adicionais do TAC da TIM, quais sejam, implantação de SMP com tecnologia 3G em localidades e SMP com tecnologia 4G em municípios onde estas tecnologias não estejam disponíveis, **a cobertura mínima prevista é muito mais robusta (80% da área urbana dos distritos sede e não sede), dificultando a sua manipulação por parte da empresa. A cobertura mínima de 80% (oitenta por cento) da área urbana é definida de forma que, em geral, a área total seja coberta, sendo permitida a existência de áreas ‘de sombra’ em um percentual máximo de 20% (vinte por cento)**. As áreas de sombra podem ser causadas por questões afetas ao relevo ou ao bloqueio por parte de edificações específicas.

(...)

3.101.23. (...) Neste caso, não deve prosperar a manifestação da PFE-Anatel, **já que toda a negociação realizada com a empresa foi considerando a cobertura dos distritos sede de município. Todos os cálculos apresentados pela empresa levam em consideração essa premissa básica que é amplamente utilizada pela Anatel em todos os compromissos de abrangência estabelecidos desde o início dos anos 2000**. (grifos nossos)

211. Assim, no acordo da TIM a Anatel considerará cumprido o compromisso adicional se houver o fornecimento do serviço em, no mínimo, 80% da área da localidade. Isso significa que 20% do distrito podem permanecer sem cobertura alguma, ou seja, sem haver acesso à telefonia móvel.

212. O informe citado acima ainda fala sobre a existência de áreas de sombra, em que não há cobertura do serviço. Sobre o tema, sabe-se que pela natureza do próprio serviço de telefonia móvel, tecnicamente espera-se que existam áreas de sombras em que não há cobertura. No entanto, há o risco de se estar aceitando um percentual de cobertura desatualizado e aquém do que é demandado pela população e que seria viável de realização pela empresa.

213. O uso histórico pela Anatel de um requisito de 80% de cobertura da região analisada já foi objeto de preocupação do TCU ao realizar auditoria da qualidade nos serviços móveis (TC 023.133/2015-5, peça 175, p. 18 e 53):

92. Como pode ser identificado no Informe Anatel 41/2015-PRRE-SPR (peça 51), **o critério utilizado pela Anatel para avaliar se a operadora cumpriu os requisitos de cobertura do serviço móvel em determinado município, ou seja, o critério mínimo de cobertura do sinal, vem sendo definido, desde 2000, por meio de editais de licitação para autorização do uso de radiofrequência para a prestação do SMP**, dado que, segundo a Anatel, o SMP não está submetido às regras de universalização, já que se trata de um serviço prestado em regime privado.

(...)

312. O critério de cobertura foi objeto de questionamento pelo TCU em 2015, por meio do item 9.2.3 do Acórdão 596/2015-TCU-Plenário (...).

(...)

319. **Além de se constatar que a Anatel não realizou estudos para definir o critério de cobertura, verifica-se que o rito processual original apresentado pela agência como justificativa para a decisão do requisito ocorreu em meados do ano 2000, ou seja, a Anatel utiliza o mesmo critério há quinze anos, definido em edital de licitação e não em regulamento de serviço, sem que haja uma revisão e análise se o critério definido no passado ainda atende à demanda existente atualmente tanto com relação ao próprio mercado quanto à expectativa criada pelos consumidores.** (grifos nossos)

214. A fragilidade que acompanha a escolha do critério de 80% de cobertura já havia sido destacada pela própria Anatel ao elaborar o Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações (PERT) (peça 30, p. 33 e 58):

A totalidade dos distritos sedes dos municípios brasileiros está coberta com rede móvel, sendo predominante a cobertura com tecnologia de terceira geração (3G), que já permite acesso à banda larga com níveis aceitáveis de usabilidade.

Tal situação é oriunda de compromissos de abrangência impostos nos editais de venda de radiofrequência, sob a coordenação da Anatel, que determinou que a tecnologia 3G deverá ser implantada em todas as sedes municipais até 2019 e os municípios acima de 30.000 habitantes deverão ter tecnologia 4G, até 2017.

(...)

Em que pese a capilaridade do SMP e o expressivo quantitativo de acessos, não é demais relembrar que, em termos de compromissos de abrangência estabelecidos nos editais de licitação de radiofrequência a obrigatoriedade de cobertura se limita a 80% da área urbana do distrito sede do município. (...) (grifos nossos)

215. Assim, embora não consista em irregularidade e muito menos inviabilize os compromissos adicionais do TAC da TIM, identifica-se que o critério adotado pela Anatel mantém a fragilidade quanto à incerteza da compatibilidade do critério com o que é demandado pelos usuários e com o que poderia ser exigido da operadora.

216. Soma-se a isso o fato de que se perde a oportunidade de se utilizar o TAC como instrumento de mitigação da quinta lacuna listada na tabela 6, referente à permissão regulatória para que 20% da área de todos os distritos brasileiros, independentemente se são sede ou não do município em que se encontram, não tenham cobertura alguma de telefonia móvel.

217. A partir dos dados dos anexos do Informe Anatel 809/2019/COGE/SCO, faz-se a seguinte análise sobre a situação atual das localidades do TAC da TIM (peça 23, mídia anexa, arquivo '[5]-4587088_Anexo_II___Compromissos_Adicionais.xlsx'):

Tabela 7 - Situação da disponibilidade do SMP nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais do TAC da TIM

Disponibilidade do serviço SMP	Quantidade de localidades atendidas	a serem	de serem %
--------------------------------	-------------------------------------	---------	------------

Não possuem atendimento de banda larga	0	0,0%
Atendimento de banda larga em tecnologia 2G	11	3,1%
Atendimento de banda larga em tecnologia 3G	345	96,9%
Total	356	100,0%

Fonte: elaboração própria a partir dos dados da peça 23, mídia anexa, arquivo '[5]-4587088_Anexo_II___Compromissos_Adicionais.xlsx'

218. Com relação às localidades em distritos não sede, ressalta-se que elas não foram incluídas na tabela acima dado que, nos documentos encaminhados pela Anatel, não foram encontradas análises da agência que tenham discriminado o tipo de atendimento de SMP existente nessas 18 localidades, sendo apenas identificado que elas não possuíam banda larga móvel em tecnologia 4G.

219. Além disso, as 356 localidades que integram os dados da tabela 7 correspondem à vasta maioria dos compromissos do TAC da TIM, visto que esse quantitativo de regiões representa 95,1% do total de pontos atendidos pelo acordo.

220. Rememora-se que, no PERT, a Anatel afirma que a cobertura com a tecnologia de terceira geração (3G) 'já permite acesso à banda larga com níveis aceitáveis de usabilidade' (peça 30, p. 33).

221. A partir dessa informação e dos dados apresentados na tabela, identifica-se uma relevante fragilidade na escolha da Anatel sobre os projetos a serem executados com os recursos do TAC: em, no mínimo, aproximadamente 97% dos compromissos da TIM nos distritos sede está previsto o atendimento de localidades que já possuem serviços de banda larga móvel disponível, ou seja, 345 localidades a serem atendidas pelo TAC já possuem conectividade do SMP por, pelo menos, uma operadora em tecnologia 3G.

222. Destaca-se ainda que a ausência de dados sobre a disponibilidade do SMP nos distritos não sede impede que seja avaliado o restante das localidades, de modo que pode ser possível que estejam incluídos no TAC um número de localidade que já tenham 3G ainda maior.

223. Embora o projeto previsto traga benefícios às localidades atendidas (como será visto mais adiante), a escolha da Anatel em melhorar a tecnologia das regiões que já possuem banda larga resulta em um não atendimento ao art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018 e, novamente, em uma perda de oportunidade de se utilizar, de forma mais efetiva, o TAC como instrumento de redução de desigualdades regionais e sociais.

224. Com a decisão da Anatel, deixam de ser atendidas localidades isoladas e remotas sem atendimento algum, que são justamente as que mais necessitam de uma intervenção regulatória dado que há menor (ou até mesmo nenhum) interesse comercial das operadoras em atendê-las, o que prejudica o desenvolvimento da região e deixa a sua população ainda mais excluída digitalmente.

225. Recordar-se que, dentre todas as localidades incluídas no TAC da TIM, somente 3,1% pode ser enquadrada como localidade, vila ou rodovia não atendida, uma vez que todas as demais já dispõem de tecnologia 3G da TIM ou de outras operadoras, claramente em desacordo com o art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018.

226. Se considerado o atendimento das dezoito localidades dos distritos não sede, verifica-se que o TAC da TIM teria o potencial de mitigar o impacto das lacunas 1, 3 e 4 apontadas na tabela 6, algo que, em uma análise sumária, é positivo no acordo em discussão. No entanto, se avaliados os compromissos adicionais do acordo como um todo, vê-se que o atendimento de localidades com esse perfil possui baixa representatividade com relação ao demais. Explica-se.

227. Das seis lacunas regulatórias listadas na tabela 6, três se referem a ausência de previsão de fornecimento de serviços em banda larga para os distritos não sede brasileiros. Ou seja, são regiões

que não estão inseridas no escopo de nenhum instrumento de política pública ou de incentivos regulatórios voltados à expansão do SMP.

228. Assim, embora o TAC da TIM preveja o atendimento de dezoito distritos não sede, observa-se que é um número com ordem de grandeza reduzida se comparado com a previsão de atendimento de 356 distritos sede do mesmo acordo, correspondendo a somente 4,8% do total. Em termos de volume de recursos, o VPL atrelado aos projetos dos distritos não sede corresponde a - R\$ 13,6 milhões, sendo que os dispêndios com os distritos sede têm o VPL de aproximadamente - R\$ 378,5 milhões, ou seja, o atendimento das dezoito localidades corresponde a somente 3,48% do valor total dos compromissos adicionais.

229. Assim, ainda que parte do TAC da TIM promova ações para mitigar as lacunas 1,3 e 4 da tabela 6, por prever o atendimento de distritos não sede, constata-se que são ações de volume irrisório se considerado que a vasta maioria dos projetos (95,1%) e recursos (96,52%) previstos nos compromissos adicionais do acordo são destinados a distritos sedes, nos quais já existe a oferta de banda larga móvel na tecnologia 3G por pelo menos uma operadora.

230. Por um lado, sabe-se que não existe nenhuma previsão regulatória que obriga o setor a atender, em tecnologia 4G, os 356 distritos sede listadas no TAC da TIM, por serem municípios com menos de 30 mil habitantes, de modo que há benefícios na escolha dessas cidades. Por outro lado, há a previsão regulatória de que todas essas 356 localidades já teriam acesso à banda larga móvel em tecnologia 3G até o final de 2019, conforme Editais de Licitação 2/2007/SPV-Anatel, 2/2010/PVCP/SPV-Anatel e 4/2012/PVCP/SPV-Anatel.

231. Isso significa que, ainda que possuam acesso a um serviço mais limitado do que o 4G, são regiões que já estão conectadas e dispõem do SMP, diferentemente de outras localidades no país que não possuem acesso algum a banda larga móvel.

232. Diante do exposto, desconsiderando-se a discussão do atendimento ou não do Decreto 9.612/2018 promovida na seção a seguir e focando apenas na escolha dos projetos e localidades em si, identifica-se mais uma vez uma perda de oportunidade no uso do TAC da TIM como instrumento de redução de desigualdades regionais e sociais. Isso porque a decisão da Anatel prioriza de maneira significativa o atendimento de distritos sede de municípios que já deveriam ter acesso à banda larga em tecnologia 3G até 2019, deixando de atender em maior volume distritos não sede, que não foram incluídos em nenhuma política de expansão de banda larga até então, e deixando de atender as localidades brasileira que não possuem sequer acesso à banda larga móvel.

233. Soma-se a isso o fato de que, principalmente com relação às 356 localidades em distritos sede, nos autos não foram apresentados documentos que evidenciassem que se tratam de regiões rurais, estradas, rodovias ou outras estratégica que pudessem resultar na mitigação da lacuna 6 da tabela 6 da presente instrução, novamente resultando em uma perda de oportunidade de melhoria do TAC quanto à busca do interesse público.

234. Ambas as situações indesejadas acima já haviam sido inclusive mapeadas pela própria Anatel no PERT (peça 30, p. 34, 58 e 74 a 77):

Apesar da tecnologia 4G estar presente em 4.155 municípios brasileiros (74,6% do total dos municípios), essa cobertura significa o alcance de aproximadamente 95% da população total. A concentração da população em centros urbanos propicia que a cobertura de 99,6% das pessoas com a tecnologia 3G seja possível com a cobertura de cerca de 27% da área, otimizando os esforços em termos de implantação da rede. **Esse percentual de cobertura demonstra o nível do desafio para se atender às áreas rurais e as urbanizadas mais afastadas dos grandes centros.**

Em relação aos distritos não sede, cuja obrigação de cobertura com a tecnologia 3G não está prevista para as prestadoras, dos 4.717 distritos não sedes, restariam desatendidos 2.012 que não possuem uma antena (ERB) instalada. Há, contudo, que se ressaltar que, **do total de habitantes presentes nesses distritos, que representam 18,13% do total da população, 11% estão localizados nos distritos sem ERB instalada, conforme tabela abaixo.**

Tabela 10: Distritos com e sem ERB SMP

Descrição		%
Total de Distritos IBGE	10.282	
Total de Distritos sede	5.565	54,12%
Total de Distritos Não sede	4.717	45,88%
Total de Distritos Não sede com 1 ERB	2.705	26,31%
Total de Distritos Não sede sem 1 ERB	2.012	19,57%
População Total	190.755.799	
População Total Não sede	34.575.402	18,13%
População Total Não sede com 1 ERB	30.734.349	88,89%
População Total Não sede sem ERB	3.841.053	11,11%

Fonte: Censo IBGE 2010 - dados de ERB STEL dez/2016

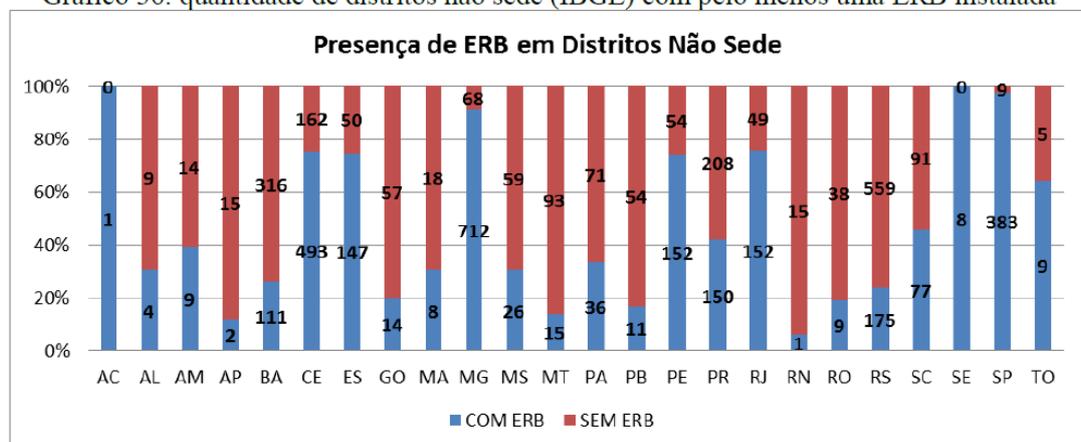
Tais dados visam subsidiar a formulação de propostas de novas políticas públicas voltadas a preencher as lacunas verificadas por região, estado e até mesmo município em relação aos serviços que possibilitem o acesso à banda larga (fixa e móvel). De modo a se atingir os objetivos estabelecidos nos decretos vigentes, principalmente o Decreto do Programa Brasil Inteligente, o diagnóstico leva o foco do órgão regulador para os seguintes itens: (i) construção de infraestrutura de rede de transporte em alta velocidade como forma de elevar a densidade e a velocidade média dos acessos existentes; (ii) **ampliação da cobertura das redes móveis por meio das tecnologias 3G ou 4G para atendimento de áreas rurais e remotas.** (...)

(...)

Conforme mapeamento realizado pela Anatel, atualmente o país possui **2.012 distritos não sede que não possuem uma antena (ERB) instalada, o que representa 42,7% dos distritos não sede. Em termos de atendimento populacional, estima-se em 3,8 milhões de habitantes que podem ser beneficiados.**

Abaixo, segue a distribuição dos distritos não sede com e sem ERB por Unidade da Federação:

Gráfico 36: quantidade de distritos não sede (IBGE) com pelo menos uma ERB instalada



Fonte: Anatel.

(...) (grifos nossos)

235. Assim, segundo dados da Anatel de 2016, há uma quantidade grande de regiões (eram quase 20% do total ou 2.012 distritos à época) e uma significativa parcela da população (aproximadamente 3,8 milhões de pessoas em 2016) que não possui acesso algum ao serviço de telefonia móvel. São dados que enfatizam a fragilidade da escolha da Anatel em atender por meio do TAC localidades em que já há o fornecimento de SMP, em especial aqueles que já dispõem de tecnologia 3G.

236. O próprio PERT estabeleceu como ações e público alvo de projetos de investimentos a serem priorizados pelo poder público a 'expansão do Serviço Móvel Pessoal (SMP) com tecnologia 3G ou superior em distritos não sedes, ainda sem atendimento' (peça 30, p. 77), o que não foi considerado

no TAC da TIM.

237. Analisando-se os dados dos documentos encaminhados pela Anatel (peça 5, mídia anexa, arquivo 'Municípios atendidos com SMP e tecnologias.ods'), constata-se outra fragilidade na escolha das localidades no TAC da TIM. Há o atendimento de banda larga móvel por mais de uma operadora na maioria dessas cidades. Isso demonstra que há certo interesse comercial do setor em prestar telefonia móvel nessas áreas, o que naturalmente levanta questionamentos sobre a necessidade da intervenção regulatória e de realização de investimentos públicos na expansão da rede nessas localidades.

238. Afinal, por serem localidades já atendidas por alguma operadora e nas quais serão implementados apenas projetos de atualização tecnológica, há um risco maior de que tais localidades constem do planejamento comercial de curto prazo desta ou de outra operadora.

239. Conforme tratado no âmbito do processo que resultou nos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário, de forma geral, o interesse privado não é antagônico ao interesse público. No entanto, por estarem sendo despendidos recursos do Estado para a execução de políticas públicas, entende-se que o processo de negociação do TAC deve buscar mecanismos que garantam investimentos que não seriam realizados pelo mercado em um curto intervalo de tempo. Essa premissa se torna ainda mais importante dado que o poder público está renunciando recursos da União, não sendo eficiente permitir que as prestadoras apliquem esse montante somente em projetos que já fariam parte do seu planejamento de investimentos em um curto prazo.

240. O Voto condutor do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário destacou esse aspecto:

271. De fato, a **Anatel não poderia assinar um TAC sem conhecer, previamente, o plano de investimentos da operadora** para a **correção das condutas** constantes do acordo, bem como para a **execução dos compromissos adicionais**. Sem essa informação, há o **risco** de a **compromissória inserir no termo**, como ação de ajuste de conduta ou, especialmente, como compromisso adicional, **iniciativas que já seriam por ela executados no curto ou médio prazos mesmo sem a existência do TAC**.

272. Nesse caso, a interpretação do art. 128 da LGT deve pesar **em favor do interesse público, a ser resguardado pela Anatel**, que terá a prerrogativa de **solicitar à operadora** que pretende assinar um TAC o seu **planejamento estratégico e financeiro relacionado a projetos que tiverem alguma conexão com as ações a serem desenvolvidas** pela compromissária **no âmbito do TAC**. (grifos nossos)

241. Esse contexto novamente demanda a reflexão sobre a possibilidade de se destinar esses recursos a regiões mais dependentes da atuação governamental, como aquelas que ainda sequer possuem telefonia móvel, ou pelo menos banda larga móvel em tecnologia 3G, expandindo efetivamente a cobertura desse serviço, ao invés de promover o aumento de velocidade e qualidade dos usuários que já detém acesso ao SMP.

242. As fragilidades apontadas acima se tornam ainda mais relevantes se considerada a dimensão da TIM, uma empresa de grande porte e que atua no Brasil todo. Essas condições permitem que, se devidamente aplicados os recursos do TAC, a efetividade do acordo poderá trazer benefícios de âmbito nacional, de modo que é essencial que a Anatel busque mecanismos que mitiguem fragilidades (como as apontadas anteriormente) nos TACs que envolvam empresas com escala de operação maior.

243. Nos parágrafos anteriores, foram feitas análise que buscavam comparar os projetos e localidades escolhidos no TAC da TIM com as possibilidades existentes no setor e no Brasil, tendo em vista as demandas do país e as medidas regulatórias já impostas pela Anatel às operadoras.

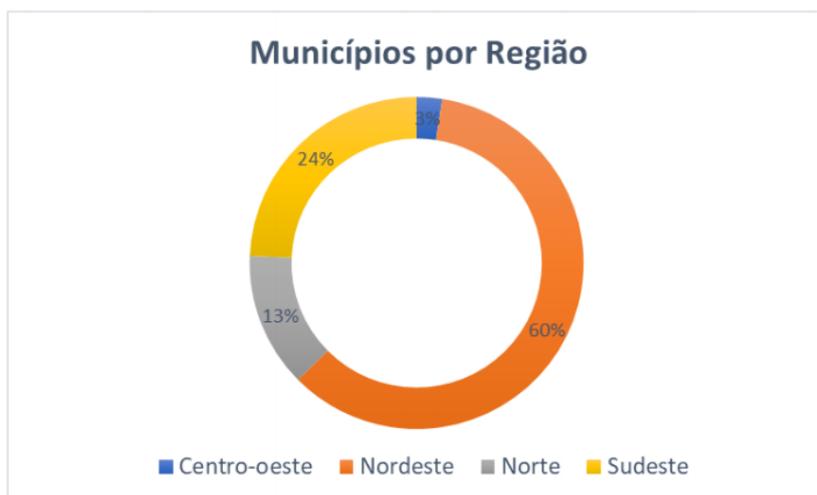
244. Também é importante fazer uma análise estritamente sob a óptica do TAC da TIM, em que se pondera o perfil das localidades a serem atendidas pelo acordo e quais os impactos que essas ações podem implicar.

245. A Análise Anatel 203/2019/EC apresenta as atuais condições de disponibilidade do SMP nas localidades a serem atendidas pelo TAC da TIM (peça 19, p. 44 a 47):

5.445. Conforme consta da proposta de compromissos adicionais apresentada pela Compromissária (SEI 4493988), esta se compromete a atender com SMP, com tecnologia 4G ou superior, 366 (trezentos e sessenta e seis) municípios, **todos classificados quanto ao nível de competição nas categorias 3 e 4 do PGMC.**

5.446. No total, **estima-se que poderão ser beneficiados com a expansão da rede do SMP aproximadamente 3 milhões de habitantes**, de acordo com dados de população constantes dos estudos realizados pela área técnica (SEI 4485116).

5.447. **Mais de 73% dos municípios objeto dos compromissos encontram-se nas regiões norte e nordeste**, o que reforça a expectativa de externalidades positivas da proposta, **decorrentes da ampliação de capilaridade e cobertura do serviço de telecomunicações em áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, e seu potencial impacto na redução de diferenças regionais.**

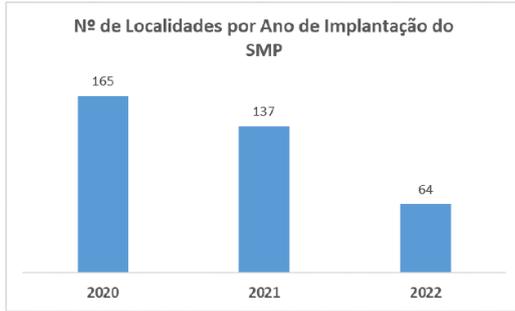


5.448. **A média do IDH-M para esses municípios é de 0,58848, inferior à média do país**, ainda que se tenha observado que 4 municípios possuem IDH-M classificado como alto (entre 0,700 e 0,799). A despeito disso, **vale mencionar que o município com o maior IDH-M (0,723) dentre as localidades alcançadas pelo TAC, Pirajuba - MG, ocupa a 1217ª colocação no ranking nacional.**

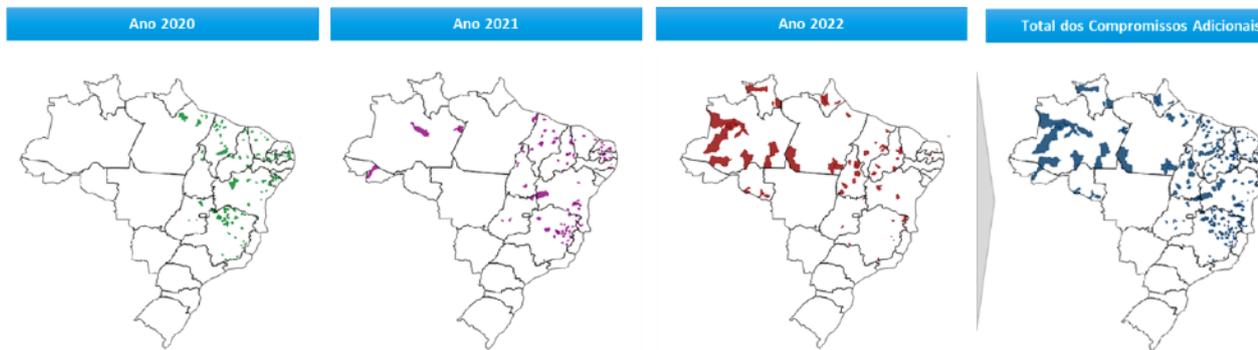
5.449. Ressalta-se que **60% dos municípios são classificados como tendo um IDH-M baixo ou muito baixo**. Ademais, os municípios classificados como tendo IDH-M muito baixo ocupam as últimas posições no ranking nacional, conforme tabela a seguir:

Município	Posição no Ranking
PI - Cocal dos Alves	5535º
MA - Satubinha	5539º
BA - Itapicuru	5548º
MA - Jenipapo dos Vieiras	5541º
AM - Maraã	5535º
AM - Pauini	5538º
PI - Assunção do Piauí	5534º

5.450. De acordo com a proposta apresentada, o primeiro ano contará com o maior quantitativo de localidades a serem atendidas, 165, que corresponde a 45% do total. No segundo ano serão atendidos 137 (37%) e no último ano 64 (17%), conforme gráfico abaixo:



5.451. Os mapas a seguir ilustram as localidades que receberão a infraestrutura do TAC, em cada um dos anos de implantação do projeto, bem como o resultado da expansão do SMP após a vigência do TAC:



5.452. Ademais, verifica-se que a presente proposta se mostra aderente às iniciativas indicadas no escopo do Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações - PERT, que realizou um diagnóstico completo da situação da banda larga no país e apontou projetos e possíveis fontes de financiamento para a eliminação das lacunas de atendimento dos serviços de suporte à banda larga fixa e móvel.

5.453. **A análise das características do projeto de compromisso adicional ora proposto, permite concluir que se encontram alinhadas ao objetivo do TAC, bem como ao disposto na regulamentação, e visam atender ao interesse público proveniente das políticas estabelecidas pelo Poder Executivo.** (grifos nossos)

246. A primeira característica trazida pela transcrição acima se refere ao nível de competição do mercado de telecomunicações existente nas localidades do TAC da TIM. Sobre o tema, o estudo da Anatel que apresenta o plano de negócios considerado na análise das condições econômicas do TAC da TIM traz a seguintes informações (peça 31, p.11):

Obtida a projeção de demanda de acessos SMP para cada um dos municípios incluídos na proposta de TAC, estratificou-se a demanda correspondente à Prestadora com base em um market share projetado pelas categorias de competição, em que a Categoria 1 representa os mercados de SMP competitivos, Categoria 2 os potencialmente competitivos, Categoria 3 os pouco competitivos e Categoria 4 os não competitivos.

Ainda assim, mesmo considerando-se tais premissas de categorização de municípios por nível de competição no mercado de SMP, os municípios incluídos no TAC pertencem em sua maioria às categorias 3 e 4 do PGMC. (...)

CAT SMP - PGMC	Qtde	%
Categoria 1	0	0%
Categoria 2	0	0%
Categoria 3	322	87%
Categoria 4	47	13%
Total	369	100%

Figura 1 - Proporção de municípios por categoria do SMP-PGMC

247. Resta claro que são dados que apresentam um aspecto bastante positivo do acordo da TIM, visto que não estão sendo atendidas regiões em que haja mercados competitivos, segundo a classificação da Anatel no Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), sendo priorizadas somente regiões com baixa ou nenhuma competitividade com relação ao mercado de SMP como um todo.

248. O segundo ponto abordado no informe acima é a distribuição, entre as cinco regiões brasileiras, das localidades previstas no acordo em discussão nos autos. Os dados apontam que mais de 73% dos municípios objeto dos compromissos encontram-se nas regiões norte e nordeste.

249. Segundo a Anatel, isso ‘reforça a expectativa de externalidades positivas da proposta, decorrentes da ampliação de capilaridade e cobertura do serviço de telecomunicações em áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, e seu potencial impacto na redução de diferenças regionais’.

250. Ressalta-se que a redução das desigualdades regionais do país foi objeto de preocupação do TCU nos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário e se trata de uma diretriz também prevista no RTAC:

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**; (...)

251. Assim, diante da priorização do atendimento das regiões norte e nordeste, que historicamente possuem infraestrutura de telecomunicações mais precárias quando comparadas com as demais regiões, novamente identifica-se um aspecto positivo do acordo da TIM e que o aproxima das diretrizes que regem o acordo especificamente sobre a redução de desigualdades regionais.

252. Os dados apontam que 60% dos municípios do TAC da TIM são classificados como tendo um IDH-M baixo ou muito baixo. Assim, verifica-se que há uma preocupação da agência também com a redução de desigualdades sociais, outro ponto positivo do acordo em discussão, embora não na mesma escala que a redução de desigualdades regionais.

253. Conhecidas, de forma mais detalhada, as especificações e características do acordo em discussão nos autos, passa-se a analisar a aderência dos compromissos adicionais do TAC da TIM ao interesse público e às diretrizes contidas nos normativos e decisões administrativas que os regem, conforme relacionado no início da presente seção.

IV.1.1.3. Análise da escolha do projeto de implementação de tecnologia 4G nas localidades elencadas no TAC da TIM

254. A segunda questão a ser avaliada trata da escolha, em si, da Anatel em celebrar TAC cujo objeto dos compromissos adicionais seja voltado para a expansão do SMP em tecnologia 4G, ou seja, se há aderência ao interesse público a opção por investir recursos públicos nesse tipo de projeto.

255. Conforme visto anteriormente, o Decreto 9.612/2018 define que os recursos oriundos dos TACs da Anatel serão preferencialmente destinados à realização de três tipos de projetos ou iniciativas. No entanto, o normativo não define uma prioridade entre as três iniciativas, de forma que não resta previamente estabelecido pelo formulador da política pública setorial o critério para a ordem de escolha dos projetos a serem considerados nos TACs. Essa ausência de definição representa um risco que já foi mapeado pelo TCU no Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes, cujo relatório apontou:

329. O cenário de escassez e contenção de recursos orçamentários para a implementação de uma política pública de banda larga, torna ainda mais necessária a correta definição de critérios para ordenar a prioridade dos investimentos com recursos públicos e para induzir os investimentos privados, com o objetivo de mitigar a desigualdade digital.

(...)

362. Nas entrevistas realizadas, o MCTIC afirmou que a ordem de prioridade dos compromissos de investimentos previstos na minuta de decreto segue a ordem dos incisos do art. 8º [dessa minuta que deu origem ao Decreto 9.612/2018] - isto é, primeiro, redes de transporte de alta velocidade, depois, redes de acesso de banda larga móvel e, por último, redes de acesso em banda larga fixa.

363. Entretanto, não há no dispositivo uma ordem de priorização entre os tipos de projetos elencados nas iniciativas. Sem essa priorização, seria possível utilizar a totalidade dos recursos disponíveis em iniciativas que não seriam a maior prioridade do governo, reduzindo os potenciais benefícios previstos para a política pública e aumentando o risco de ineficiência dos investimentos em banda larga.

364. Conforme os entrevistados neste trabalho e exemplos encontrados na literatura, **os investimentos públicos em redes de transporte devem ser prioritários devido ao seu efeito multiplicador, que possibilita a expansão da banda larga, principalmente em localidades onde projetos de expansão dessa infraestrutura não são rentáveis.**

365. Assim sendo, **propõe-se recomendar ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação e Comunicações que estabeleça em normativo a ordem de prioridade dos compromissos de investimentos a serem realizados na infraestrutura de banda larga. (...)** (grifos nossos)

256. Cabe apontar que, além da referida ausência de critérios que estabeleçam a ordem de prioridade dos compromissos de investimentos, também não foram efetivamente estabelecidas pelo MCTIC as metas previstas no art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, que diz:

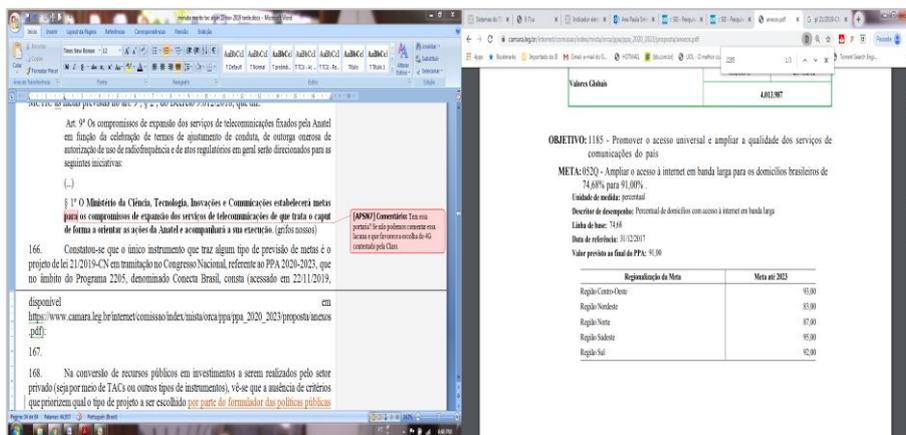
Art. 9º Os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações fixados pela Anatel em função da celebração de termos de ajustamento de conduta, de outorga onerosa de autorização de uso de radiofrequência e de atos regulatórios em geral serão direcionados para as seguintes iniciativas:

(...)

§ 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. (grifos nossos)

257. Constatou-se que o único instrumento que traz algum tipo de previsão de metas é o PPA 2020-2023, Lei 13.971/2019, que, no âmbito do Programa 2205, denominado Conecta Brasil, consta (acessado em 10/2/2020, disponível em http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/ppa/PPA_2020_2023/lei/Anl13971.pdf):

Figura 3 - Detalhamento do Programa 2205 do PPA 2020-2023



Fonte:

http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/ppa/PPA_2020_2023/lei/Anl13971.p

df, acessado em 10/2/2020

258. Além de não ser um instrumento ainda oficialmente aprovado na época de elaboração e aprovação dos TACs, ele apresenta de metas genéricas, que não detalham: a segregação entre os tipos de serviços possíveis, as tecnologias prioritárias, a previsão de atendimento por área geográfica que tenha maior granularidade do que as cinco regiões brasileiras, entre outras especificações relevantes e objetivas. Considerando-se que o processo de negociação de TACs demanda orientações bem detalhadas sobre as ações da Anatel quanto à política pública, entende-se que o projeto de lei não atenderia o previsto no art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018.

259. Assim, há uma lacuna no cumprimento das competências do MCTIC, dada a ausência de estabelecimento, pelo ministério, das metas objetivas e claras para os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações, conforme previsto no Decreto 9.612/2018.

260. Ressalte-se que, apesar do decreto ter sido editado em 17/12/2018, ou seja, há mais de um ano, o MCTIC ainda não estabeleceu as metas para orientar a atuação da Anatel. Nesse período, a agência já aprovou dois TACs durante o ano de 2019 e está em andamento, com conclusão prevista para 2020, tanto a elaboração do edital de radiofrequências para serem usadas com a tecnologia 5G, que fixará novos compromissos de investimento, como os regulamentos e definições para o processo de adaptação das concessões de STFC para autorizações autorizado pela Lei 13.879/2019, que também deve implicar a fixação de novas obrigações de investimento para as prestadoras (peça 37, p. 1-2). Registre-se que, em 3/2/2020, o MCTIC publicou no Diário Oficial da União a Portaria MCTIC 418/2020, que ‘estabelece diretrizes’ para a licitação do 5G, nos termos da sua ementa.

261. Na conversão de recursos públicos em investimentos a serem realizados pelo setor privado (seja por meio de TACs ou outros tipos de instrumentos), vê-se que a referida ausência de metas e falta de priorização de projetos, por parte do formulador das políticas públicas, resulta em um aumento da responsabilidade da Anatel ao realizar esse tipo de transações. Isso porque passa a recair sobre a agência a preocupação em evitar que haja uma concentração excessiva de compromissos de investimentos que executem o mesmo projeto, como expansão da rede em tecnologia 4G, por exemplo.

262. Conforme afirmação da agência (peça 29, p. 3), no TAC da TIM a Anatel optou por escolher a segunda iniciativa listada no decreto, que consiste no projeto que se refere a serviços de telefonia móvel e prevê o ‘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’.

263. Não adentrando na escolha das localidades, o que foi avaliado na seção anterior, vê-se que, diferentemente do que expôs a Anatel, resta dúvida quanto à aderência da escolha dos compromissos adicionais do TAC em discussão ao Decreto. Explica-se.

264. O acordo da TIM prevê a expansão da tecnologia 4G em localidades já atendidas pela operadora por outras tecnologias de SMP, como o 3G e o 2G, por exemplo. Segundo consta no PERT, elaborado pela própria Anatel, a tecnologia 3G é considerada banda larga e permite acesso móvel ‘com níveis aceitáveis de usabilidade’ (peça 30, p. 33).

265. Esse entendimento está em consonância com a definição de banda larga móvel atualmente considerada por diversas entidades que são referências no setor de telecomunicações tanto no Brasil quanto internacionalmente.

266. Conforme divulgado pelo MCTIC em seu site institucional, cita-se que a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD), conduzida pelo IBGE, resultou em relatório específico com dados de 2017 sobre acesso à internet e que nesse documento foram considerados como banda larga tanto a tecnologia 3G quanto a 4G (acessado em 27/11/2019 e disponível em https://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/indicadores/detalhe/dados_setor_comunicacoes/TIC-2017-Informativo.pdf).

267. A mesma definição foi utilizada pelo Escritório Regional de Ciências da UNESCO para

América Latina e o Caribe em artigo divulgado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI) no documento ‘Banda Larga no Brasil: um estudo sobre a evolução do acesso e da qualidade das conexões à Internet’, elaborado pelo referido comitê (acessado em 27/11/2019 e disponível em <https://cetic.br/media/docs/publicacoes/1/Estudo%20Banda%20Larga%20no%20Brasil.pdf>).

268. A União Internacional de Telecomunicações (UIT), agência da ONU especializada em tecnologias de informação e comunicação, considera banda larga móvel como sendo o acesso com tecnologia 3G ou superior, conforme explicação feita pela entidade em 2019 sobre a metodologia que mede o índice *ICT Development Index* (IDI) responsável por medir a evolução da internet nos países (acessado em 27/1/2019 e disponível em https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/statistics/ITU_ICT%20Development%20Index.pdf).

269. Ocorre que o decreto prevê o aumento da cobertura de banda larga móvel, e não aumento da tecnologia 4G em locais onde já existe cobertura 3G, de modo que o propósito do normativo é justamente estimular que localidades que não tenham acesso algum ao serviço de banda larga móvel passem a ser prioridade da política pública, junto com os demais projetos previstos no decreto sobre banda larga fixa.

270. Isso significa que a ampliação da rede 4G em regiões já atendidas por 3G, como é o caso dos compromissos adicionais do TAC da TIM, não implica propriamente o aumento da cobertura da banda larga, sendo somente uma atualização tecnológica, visto que aquelas localidades já tinham o serviço de banda larga disponível em 3G e em qualidade ‘aceitável’, segundo a Anatel e outras referências como o CGI, o IBGE e a UIT. Assim, em uma primeira interpretação, no TAC da TIM não estaria atendido o critério estabelecido pelo art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018.

271. Por outro lado, recorda-se que o art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018 prevê:

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:

(...)

§ 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. (grifos nossos)

272. Diante dessa conclusão preliminar e dado que os documentos nos autos fizeram análises com base apenas no Decreto 8.776/2016, posteriormente revogado pelo Decreto 9.612/2018, que estabeleceu novas condições para a política pública setorial, foi feita diligência à Anatel solicitando (peça 11):

a) **os fundamentos técnicos e jurídicos capazes de demonstrar que os projetos previstos nos compromissos adicionais do TAC da empresa TIM atendem efetivamente ao disposto no art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018;**

b) no caso de projetos definidos com base na exceção prevista no § 5º do mesmo artigo, apresente as justificativas técnicas que motivaram as suas escolhas no acordo, **demonstrando a conveniência e a relevância para a expansão do acesso à internet em banda larga móvel em localidades que já dispõem desse tipo de infraestrutura em detrimento de localidades desassistidas.** (grifos nossos)

273. Ademais, no âmbito do processo TC 038.355/2019-1, que trata do TAC da Algar, também foi feita diligência à Casa Civil/PR para que encaminhasse os pareceres e as análises técnicas do MCTIC e da própria Casa Civil que embasaram a edição do referido decreto (TC 038.355/2019-1, peças 30, p. 3-4; 33, p. 1). Os documentos enviados em resposta também foram juntados ao presente processo (peças 38-39)

274. Em sua resposta, a Anatel defendeu que ‘tanto do ponto de vista da percepção dos usuários e das aplicações possíveis quanto da infraestrutura necessária para cada uma destas gerações

tecnológicas, as redes 3G e 4G são substancialmente distintas’, o que justificaria, no ponto de vista da Anatel, o enquadramento da ‘evolução para redes 4G’ na ‘situação prevista no inciso II do art. 9º do Decreto 9.612/2018 mesmo nos municípios onde já exista rede 3G’ (peça 34, p. 4).

275. A agência também relatou o histórico de tramitação da proposta do Decreto 9.612/2018, esclarecendo que o texto elaborado pelo MCTIC tinha a seguinte redação (peça 34, p. 4-5):

Art. 8º. Os **compromissos de investimento fixados pela Anatel** em função da celebração de termos de ajustamento de conduta, de outorga onerosa de autorização de uso de radiofrequência, bem como de atos regulatórios em geral, serão direcionados para as seguintes iniciativas:

(...)

II - **umentar a cobertura** de redes de acesso em banda larga móvel priorizando o atendimento de:

a) vilas, aglomerados rurais e rodovias federais que **não disponham de, no mínimo, tecnologia 3G**; e

b) cidades que **não disponham de, no mínimo, tecnologia 4G**. (grifos nossos)

276. Durante a consulta pública que o ministério realizou com a participação da sociedade e de diversos órgãos e entidades públicos, a Anatel sugeriu que fossem retiradas as remissões às tecnologias 3G e 4G, sob a justificativa de ‘tornar o Decreto mais perene ao tempo, podendo ser aplicado no futuro para a implantação de redes de outras gerações mais avançadas, como por exemplo o 5G’ (peça 34, p. 5). A agência ainda completa afirmando que, ‘se assim não o fosse, não estariam comportados no referido inciso, por exemplo, compromissos de abrangência focados em 5G no Edital de Licitação que já se avizinhava àquela época’ (peça 34, p. 5). Contudo, a agência afirma que o MCTIC preferiu manter as referências ao 3G e ao 4G no texto encaminhado à Casa Civil em 15/6/2018 (peça 34, p. 5).

277. De fato, os pareceres enviados em anexo à exposição de motivos da minuta do Decreto 9.612/2018, encaminhados pelo MCTIC para a Casa Civil (peça 38), comprovam esse relato. Na nota técnica que analisou as contribuições da consulta pública, o MCTIC justificou a manutenção do texto do então art. 8º, II, da minuta de decreto (peça 38, p. 64):

191. No que se refere ao inciso II do art. 8 do Decreto, entendemos que as **contribuições não devem ser acolhidas** por: (i) **não contribuir com o objetivo delineado** para o dispositivo, qual seja, de **expandir a rede de acesso móvel**; (ii) **não estar alinhadas**, conforme já esclarecido anteriormente, ao **objetivo da política de expandir o acesso para regiões que ainda não possuem disponibilidade de rede**; e (iii) não haver qualquer prejuízo ao entendimento do público em geral relativamente à terminologia usada.

(...)

192. Na **alínea ‘a’** são citados os locais prioritários para **umentar a cobertura de redes móveis**: ‘vilas, aglomerados rurais e rodovias federais que não disponham de, no mínimo, tecnologia 3G’. A respeito desse dispositivo foram realizadas contribuições para sua exclusão e para substituir a conjunção coordenativa aditiva ‘e’ pela conjunção coordenativa alternativa ‘ou’.

193. Novamente, cabe destacar que **outro objetivo relevante do art. 8º do decreto é o aumento da cobertura móvel para regiões que ainda não disponham de, no mínimo, tecnologia 3G**. O caráter da conjunção coordenativa alternativa ‘ou’ prejudicaria o sentido desejado, uma vez que se busca o atendimento dos diferentes locais de forma conjunta e não de maneira alternativa. Diante disso, as contribuições realizadas no presente item não devem ser recepcionadas. **Acrescentou-se menção às áreas urbanas isoladas**, conforme já justificado acima. (grifos nossos)

278. Em outra nota técnica, o MCTIC descreve que um dos objetivos do decreto a ser editado era suprir a ausência de ‘compromissos especificamente direcionados ao atendimento de vilas e aglomerados rurais com banda larga móvel’, onde ‘há um relevante contingente populacional’ de habitantes, que também são responsáveis pelo ‘maior volume de solicitações de cobertura, conforme uma miríade de documentos rotineiramente recebidos pelo Ministério e pela Anatel, diretamente advindos dessas comunidades’ (peça 38, p. 100). Outro objetivo seria a ‘disseminação

das tecnologias que propiciam maior velocidade de acesso (4G e 4,5G, por exemplo), inclusive para as cidades ainda não atendidas' (peça 38, p. 100).

279. Ainda na sua resposta, a Anatel continua relatando que, 'ao longo das discussões que ocorreram na Casa Civil desde então até dezembro daquele ano, das quais a Anatel fez parte, o texto evoluiu chegando à versão final trazida no Decreto 9.612/2018', com o objetivo de tornar 'perene o Decreto para situações futuras que a acelerada evolução tecnológica do setor de telecomunicações certamente imporá' (peça 34, p. 5-6).

280. Realmente, a fusão do então art. 8º, inciso II, com o texto das suas respectivas alíneas 'a' e 'b', dando origem ao art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018, ocorreu durante a tramitação na Casa Civil, sem que haja justificativa explícita sobre essa alteração nas notas técnicas produzidas. Não obstante, a Casa Civil destaca em suas análises que os objetivos das políticas públicas de telecomunicações incluem 'a expansão do acesso à banda larga fixa e móvel, em especial naquelas áreas em que a oferta seja inadequada' e a 'promoção da inclusão digital como uma forma de redução de desigualdades sociais e regionais', como preconiza o art. 2º, inciso I, alínea 'a', itens 1 e 2, do Decreto 9.612/2018 (peça 39, p. 4-5).

281. A Anatel destaca que, em sua interpretação do art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018, a expressão 'aumento de cobertura de redes' abrange tanto a 'dimensão horizontal (de expansão de área de cobertura de uma determinada tecnologia)', quanto a dimensão 'vertical (de expansão do serviço em capacidade e em novas possibilidades de aplicações)' (peça 34, p. 7).

282. A agência ainda assinala que, devido ao MCTIC não ter definido as metas para os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações, como determina o art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, cabe à agência interpretar a legislação de telecomunicações, nos termos do art. 19, inciso XVI, da LGT, e que, 'no momento de definição dessas metas, teríamos um cenário mais claro sobre a intenção do Poder Executivo entre os caminhos possíveis para expansão das redes ou aumento de cobertura' (peça 34, p. 9).

283. Com relação especificamente ao TAC da Tim, a Anatel alega que o compromisso adicional 'está alinhado ao inciso II do art. 9º do Decreto 9.612/2018 porque 'promove a expansão dos serviços móveis, em banda larga (4G), em cidades, vilas e aglomerados rurais' onde essa infraestrutura não estaria disponível atualmente (peça 34, p. 7).

284. Além disso, restaria demonstrada a conveniência e a relevância desse compromisso para a expansão da internet banda larga, conforme o art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018, uma vez que (peça 34, p. 9):

3.54. Nesses termos, é **entendimento da Anatel** que os **compromissos adicionais** aprovados no **TAC da TIM atendem ao disposto no inciso II do art. 9º do Decreto 9.612/2018**, por se tratar: i) de **atualização tecnológica, conforme inciso V, art. 2º do Decreto**; ii) da **implantação de uma nova infraestrutura de banda larga móvel (4G)**, mais moderna e aderente às demandas atuais por novos serviços, **em locais onde esta infraestrutura ainda não está disponível**; iii) de **aderência ao diagnóstico de banda larga no Brasil**, constante do Plano Estratégico de Redes de Telecomunicações - **PERT**, o qual pontuou os *gaps* de banda larga no Brasil e estabeleceu projetos prioritários para expansão de banda larga no país, iv) a **interpretação sistemática do Decreto, a cargo da Anatel, conforme determina o inciso XVI do art. 19 da LGT**. Dito isso, e considerando o exposto até aqui, entende-se que **está demonstrada a conveniência e a relevância dos projetos da TIM no TAC, conforme §5º do art. 9º do Decreto**.

(...)

3.58 Atualmente o **Brasil possui 949 municípios sem infraestrutura móvel** capaz de suportar a tecnologia **4G**, e os **compromissos adicionais aos TAC da Algar e da TIM** poderão **viabilizar a implantação do 4G em 343 desses municípios** beneficiando **mais de 2,5 milhões de habitantes, principalmente na região Norte** do País, além de **grande quantidade de localidades não sede que não possuem nenhum atendimento de banda larga móvel**'.

(...)

3.60. O **compromisso adicional aprovado é fruto** desse **processo negocial**, que como bem demonstra o breve histórico apresentado neste Informe, foi longo e **envolveu alterações** nos compromissos adicionais, **por mais de uma vez**, com o objetivo de **melhor refletir o interesse público**. (grifos nossos)

285. A Procuradoria Federal Especializada (PFE) junto à Anatel também exarou parecer específico para responder aos questionamentos dessa diligência, opinando no mesmo sentido da área técnica da agência, ao defender uma ‘interpretação do dispositivo que possibilite que o Decreto 9.612/2018 seja aplicado de forma coerente’ e sem que seja inviabilizado ‘o cumprimento de diversos outros dispositivos do mesmo ato normativo e, tampouco, crie incongruências com outras políticas públicas de mesma envergadura’ (peça 35, p. 4).

286. Ademais, a PFE junto à Anatel ressaltou que, ao longo de toda a tramitação da proposta do TAC da TIM, foram expostos diversos fundamentos que ‘demonstram a existência de interesse público na expansão da rede SMP com tecnologia 4G do grupo TIM nos municípios e distritos não sede indicados no projeto’, o que configuraria o enquadramento do compromisso adicional do TAC da TIM na exceção prevista no art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018 (peça 35, p. 7). Como exemplo disso, a PFE/Anatel cita trecho da manifestação do conselheiro relator da proposta de TAC no âmbito do Conselho Diretor da Anatel (peças 19, p. 25-28; 35, p. 7-8):

5.271. Os **projetos** a serem executados **devem observar as diretrizes** estabelecidas **no art. 22 do RTAC**:

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.

§ 1º Os **projetos compreenderão metas e condições que ultrapassem as obrigações já impostas à Compromissária** por meio dos contratos de concessão, dos atos de designação ou dos atos e termos de permissão, de autorização de serviço, de autorização de uso de radiofrequência, de direito de exploração de satélite, ou ainda dos demais atos administrativos de efeitos concretos expedidos pela Agência, segundo cronograma não excedente à vigência do TAC.

§ 2º Para fins de acompanhamento da execução do cronograma, devem constar dos projetos pontos de controle estabelecidos mediante critérios objetivos e passíveis de fiscalização pela Agência.

5.272. A **área técnica apontou o atendimento às citadas diretrizes**, em seu Informe 213/2018/SEI/COGE/SCO (SEI 2659070), nos seguintes termos:

4.343. Já em relação ao art. 22, pode-se considerar que o **projeto apresentado atende aos incisos I e II deste artigo, de ampliação da capilaridade e cobertura** do serviço de telecomunicações em **áreas de baixo desenvolvimento econômico e social** e de **redução das diferenças regionais**, na medida em que **atende** a localidades e municípios que se localizam, em sua **quase totalidade, nas regiões norte e nordeste do país**, além de **não estarem incluídos nas obrigações de cobertura já impostas** às empresas do serviço móvel.

4.344. A **implantação da tecnologia 4G atende** ao disposto no **inciso III** quanto à **modernização das redes** de telecomunicações e no **inciso IV** quanto à **elevação dos padrões de qualidade**, já que substitui a rede existente por uma mais moderna. Por fim, atende ao inciso V, já que **massifica o acesso à rede 4G**, que suporta o acesso à rede móvel de alta velocidade.

4.345. Neste caso, a proposta de **projeto não contempla obrigações já impostas** por meio dos contratos de concessão, dos atos de designação ou dos atos e termos de permissão, de autorização

de serviço, de autorização de uso de radiofrequência, de direito de exploração de satélite ou qualquer outro ato administrativo de efeitos concretos expedidos pela Agência. O **Edital de licitação 4/2012/PVCP/SPV-Anatel** estabeleceu compromisso de abrangência com **tecnologia 4G apenas para municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes.**

(...)

5.278. Neste ponto importa mencionar que, embora o objeto dos compromissos adicionais considerasse também a implantação do SMP com oferta de 3G em localidades onde esta tecnologia ainda não está disponível, conforme descrito acima, **optou-se por adequar o compromisso à implantação do 4G em todos os municípios e distritos não sede** a serem atendidos como compromissos adicionais, tendo em vista que a tecnologia 3G vem se tornando obsoleta. **Tal ajuste no objeto dos compromissos torna-o mais aderente ao interesse público**, e foi **devidamente considerada nas atualizações realizadas pela Comissão de Negociação.**

(...)

5.287. Com base nas informações trazidas pela TIM, tem-se que esta se obriga a disponibilizar **cobertura SMP com tecnologia 4G ou superior em 366 municípios**, sendo **353 distritos sede** de municípios com população **inferior a 30 (trinta) mil habitantes** que **não possuem cobertura** com essa tecnologia e 18 distritos não sede, onde essa tecnologia ainda não estiver disponível, sendo assim distribuídas:

(...)

5.293. Com base no exposto, percebe-se que os **projetos propostos em sede de compromissos adicionais** encontram-se **aderentes à regulamentação do TAC** e ao **interesse público emanado pelas políticas públicas estabelecidas pelo poder executivo**, em linha com **entendimento manifestado pela Comissão de Negociação** no Informe 701/2019/COGE/SCO (SEI 4485281). (grifos nossos)

287. Em face do histórico de elaboração desse decreto e do que foi exposto pela Anatel, constata-se que as diferentes interpretações da redação final do art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018 podem ser consequência da fusão entre dispositivos que tinham objetivos e abrangência diferentes. Não obstante, tanto uma interpretação sistemática quanto uma teleológica da redação atual do inciso aponta para a necessidade de se priorizar localidades desatendidas, consoante expresso em outros dispositivos do decreto, como o art. 2º, inciso I, alíneas 'a', item 2, e 'b', e o art. 5º, inciso I, ambos do Decreto 9.612/2018.

288. De todo modo, se o MCTIC já tivesse estabelecido as metas para os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações em cumprimento ao comando exarado pelo art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, certamente haveria menor espaço para dúvidas e questionamentos. Inclusive, a própria Anatel destaca isso na sua resposta (peça 34, p. 9).

289. Como dito anteriormente, esse artigo do decreto foi editado visando orientar a seleção de compromissos de investimento por parte da Anatel não só para TACs, mas também para vários outros instrumentos, como a adaptação das concessões de STFC autorizada pela Lei 13.879/2019 e os editais de licitação de radiofrequência, que historicamente envolvem valores da ordem de bilhões de reais. Recordar-se que a Anatel pretende estabelecer tais compromissos ainda durante o ano de 2020, conforme divulgado na imprensa e previsto na sua Agenda Regulatória para o biênio 2019-2020 (peça 37).

290. Passado mais de um ano da edição do decreto, verifica-se que a mora do MCTIC em estabelecer essas metas pode ter impedido que a política pública de telecomunicações fosse plenamente implementada nos dois TACs que a Anatel já aprovou. Isso porque, na ausência de metas definidas pelo MCTIC, há o risco da Anatel atuar com base na sua interpretação do decreto, o que lhe permitiria utilizar sempre o critério vertical, ou seja, a evolução de tecnologias nas localidades que já são atendidas, preterindo as regiões não atendidas. Tal conduta resultaria na falta de efetividade e eficácia no atingimento dos objetivos da política pública de redução da desigualdade regional e social, e do atendimento a vilas e localidades não atendidas, bem como

dificultaria a promoção da inclusão digital dos habitantes dessas localidades, violando o art. 2º, inciso I, alíneas 'a', item 2, e 'b', do Decreto 9.612/2018.

291. Além disso, na ausência de metas que priorizem e orientem os compromissos a serem fixados pela Anatel, tais problemas podem se repetir em outros instrumentos utilizados pela agência ainda no ano de 2020, resultando no esvaziamento da política pública de telecomunicações. Cabe destacar que o próprio decreto de políticas públicas de telecomunicações dispõe que o Ministério deve estabelecer as metas para orientar a atuação da Anatel na fixação desses compromissos, o que é mais efetivo se tais metas forem definidas pelo MCTIC com antecedência razoável para que a agência possa analisar e fixar os respectivos compromissos.

292. Deste modo, propõe-se recomendar ao MCTIC, 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 dar celeridade ao estabelecimento de metas para outorgas e atos regulatórios que estejam previstos na Agenda Regulatória da Anatel, de forma a orientar a fixação pela agência reguladora de compromissos de expansão de serviços de telecomunicações 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, consoante preconizado pelo art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, com vistas contribuir com a eficácia e a efetividade da implementação dos objetivos da política pública de telecomunicações.

293. Com respeito aos TACs, impende registrar que, desde 23/9/2019, tramita na agência nova solicitação da prestadora Telefônica para firmar TAC, no âmbito do processo administrativo Anatel 53500.038174/2019-99. A depender do andamento dessas negociações, há o risco de que os compromissos adicionais desse TAC sejam pactuados antes que o MCTIC tenha estabelecido as metas devidas, nos termos do art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, repetindo o que já ocorreu com o TAC da TIM, conforme detalhado nos presentes autos.

294. Neste contexto, tendo em vista que há outro TAC em tramitação além dos TACs da Algar e da TIM que a Anatel já aprovou sem que tais metas tivessem sido previamente estabelecidas pelo Ministério, propõe-se determinar ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), 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 adote, no prazo de 180 dias, providências com vistas a estabelecer as metas a serem adotadas na definição de compromissos de expansão de serviços de telecomunicações nos próximos termos de ajustamento de conduta a serem celebrados pela Anatel, haja vista que sua ausência infringe o art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, os arts. 1º e 7º, incisos I e II, também do Decreto 9.612/2018, e os arts. 1º e 2º, incisos I e VI, da Lei 9.472/1997, bem como prejudica a eficácia e a efetividade da implementação dos objetivos da política pública de telecomunicações definidos pelos art. 2º, inciso I, alíneas 'a', item 2, e 'b', art. 5º, inciso I, e art. 9º, incisos I a III, do Decreto 9.612/2018.

295. No que se refere especificamente ao TAC da TIM, cabe ressaltar que os normativos internos da Anatel possuem dispositivos que claramente incluíam esse tipo de projeto elencado no TAC da TIM como prioridade de investimentos, assim como foi argumentado pela Anatel, conforme pareceres da agência apresentados no início da presente subseção do relatório.

296. O inciso I do art. 22 do RTAC prevê o atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social por meio de ampliação da capacidade das redes de telecomunicações e o inciso IV prevê a elevação dos padrões de qualidade propiciados aos usuários. Ambas as condições seriam atendidas com a migração da tecnologia 2G e 3G para a 4G.

297. Também está no Ato Anatel 50.004/2016 o incentivo financeiro à escolha de compromissos adicionais em TACs que resultem na implantação do SMP em 4G em localidades ou municípios com menos de 30 mil habitantes onde esta tecnologia ainda não está disponível e implantação do SMP com oferta do 3G em localidades onde esta tecnologia ainda não está disponível, sendo ambos os projetos compatíveis com o acordo da TIM.

298. O PERT da Anatel também mapeou como projeto estratégico a expansão da rede em tecnologia 4G, assim como previsto no TAC da TIM, enfatizando (peça 31, p. 78):

Sob o ponto de vista da melhor oferta tecnológica disponível para serviços móveis (atualmente quarta geração) para municípios de menor atratividade, **verifica-se que este projeto é uma excelente oportunidade para incentivar a modernização das redes. Além de ser a tecnologia mais atual, capaz de oferecer aos usuários a melhor experiência no uso dos serviços, viabiliza uma solução simultânea para as questões de voz e dados.** Baseada em *Internet Protocol* (IP), o 4G facilitará a convergência entre as redes cabeadas e sem fio e a oferta de variados conteúdos e aplicações com qualidade superior.

Além de permitir o acesso com qualidade a uma grande variedade de serviços, até então acessíveis somente por meio da banda larga fixa, a redução de custos para a ampliação da banda larga também é um grande atrativo do 4G, com otimização do uso de espectro, grande capacidade de usuários simultâneos, banda larga com velocidades que podem atingir 100 Mbps para usuários móveis, além da interoperabilidade entre os diversos padrões de redes sem fio. (grifos nossos)

299. No entanto, embora o projeto em discussão esteja compatível com os instrumentos regulatórios da Anatel, é evidente que cabe ao MCTIC, em seu papel primário de formulador de política pública do setor de telecomunicações, definir e esclarecer quais são as prioridades de investimentos de recursos públicos no setor, como é o caso do TAC.

300. O art. 2º, inciso I, alínea a, do Decreto 9.612/2018 traz como um dos objetivos gerais das políticas públicas de telecomunicações a expansão do acesso à internet em banda larga móvel com qualidade e velocidade adequadas, objetivo esse relacionado ao projeto proposto no TAC da TIM. No entanto, resta claro que o dispositivo apresenta somente diretrizes gerais do setor para os atores atrelados a ele, de modo que, quando se trata de investimentos públicos como TACs e outros instrumentos similares, o art. 9º do decreto dá diretrizes à Anatel sobre as condições específicas e imprescindíveis a serem seguidas no estabelecimento de compromissos de investimentos.

301. Assim, o Decreto 9.612/2018 estabelece quais os tipos de projetos e localidades a serem priorizados nos investimentos oriundos dos TACs e deixa claro que, em caráter de exceção, a Anatel poderá fixar compromissos em outras localidades desde que se demonstre a conveniência e a relevância dessa escolha para a expansão do acesso à internet em banda larga.

302. Por outro lado, consoante dito anteriormente, o mesmo decreto prevê que, excepcionalmente, há a possibilidade da Anatel fixar compromissos que não atendam a essas prioridades desde que seja demonstrada 'a conveniência e a relevância para a expansão do acesso à internet em banda larga', nos termos do art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018.

303. Nesse cenário, em face da constatação de que os compromissos adicionais pactuados no TAC da TIM não atendem à priorização disposta no art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018, impende analisar se tais compromissos estariam enquadrados nessa exceção trazida pelo mesmo decreto, de modo a afastar a ocorrência de irregularidade quanto a este aspecto no TAC da TIM.

304. Como destacado pela área técnica da agência e pela PFE junto à Anatel, ao longo de todo o processo administrativo de negociação do TAC da TIM há diversos elementos que demonstram a conveniência e a relevância dos compromissos adicionais pactuados para a expansão do acesso à internet em banda larga, o que enquadraria tal caso à exceção prevista no art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018, que autoriza a definição de outros investimentos não alinhados com as prioridades expressas do art. 9º, incisos I a III, do Decreto 9.612/2018.

305. Por exemplo, isso pode ser evidenciado tanto no alto percentual de cidades escolhidas nas regiões Norte e Nordeste dentre todos os municípios abrangidos no TAC da TIM, quanto na escolha de diversos distritos não-sede e municípios com menos de 30 mil habitantes para implantar 4G. Recordar-se que tais aspectos positivos das localidades escolhidas para o projeto de compromissos adicionais do TAC da TIM foram analisados detalhadamente na seção anterior.

306. Ainda impende lembrar que a publicação do Decreto 9.612/2018 ocorreu quando o processo de negociação do TAC da TIM no âmbito da agência já estava em estágio avançado de negociação. Inclusive, a versão da minuta do decreto que o MCTIC colocou em consulta pública previa expressamente que os TACs em andamento não precisariam ser adaptados aos dispositivos do novo

decreto, o que acabou sendo excluído no âmbito da análise posterior do Ministério, antes do envio à Casa Civil (peça 38, p. 81, 111):

Art. 8º. Os compromissos de investimento fixados pela Anatel em função da celebração de termos de ajustamento de conduta, de outorga onerosa de autorização de uso de radiofrequência, bem como de atos regulatórios em geral, serão direcionados para as seguintes iniciativas:

(...)

Art. 16. As diretrizes fixadas no art. 8º aplicam-se aos termos de ajustamento de conduta cuja negociação iniciar-se após a data de entrada em vigor deste Decreto.

Parágrafo único. Os **termos de ajustamento de conduta cuja negociação tenha-se iniciado**, no âmbito da Anatel, **anteriormente à data de entrada em vigor deste Decreto** seguem **regidos pelas diretrizes então vigentes**, em especial as previstas nos arts. 1º e 6º do Decreto 7.175, de 12 de maio de 2010, e no art. 2º do Decreto 8.776, de 11 de maio de 2016. (grifos nossos)

307. Diante do exposto, conclui-se que, ainda que os compromissos adicionais do TAC da TIM não estejam de acordo com o art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018, tais compromissos estão enquadrados no art. 9º, § 5º, do mesmo decreto, não restando configurada nenhuma irregularidade neste aspecto no caso específico deste TAC da TIM.

308. Não obstante, tal exceção prevista no decreto não deve ser usada reiteradamente, para todo e qualquer compromisso de investimento em qualquer instrumento, sob pena de esvaziar a política pública de telecomunicações ao ignorar sistematicamente as prioridades expressamente previstas no art. 9º, incisos I a III, do Decreto 9.612/2018.

309. Deste modo, propõe-se 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, ao fixar compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações 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, evitar o uso reiterado da exceção prevista no art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018, em detrimento da priorização estabelecida pelo art. 9º, incisos I a III, do Decreto 9.612/2018, com vistas a contribuir com a efetividade e eficácia da política pública de telecomunicações.

IV.1.1.4. Conclusão da seção IV.1.1.

310. Ao longo da presente seção IV.1.1 e suas subseções foram analisados aspectos relacionados à capacidade dos projetos do TAC da TIM em reduzir desigualdades sociais e regionais.

311. Antes de qualquer conclusão, deve-se ponderar que a discussão do referido acordo vem ocorrendo desde 2014, ou seja, antes da publicação de instrumentos normativos como o Decreto 9.612/2018 e o PERT da agência, de modo que, desde o início da negociação até o momento atual, se passou muito tempo e houve mudanças nos normativos e diretrizes das políticas públicas setoriais.

312. Sobre as análises apresentadas, cabe destacar que o escopo de avaliação foi definido com base nos normativos vigentes à época da negociação do TAC e nos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário, que delineiam a abrangência das medidas a serem impostas à Anatel quanto aos seus atos de decisão sobre os compromissos adicionais dos TACs. Neste contexto, é possível chegar a algumas conclusões sobre o processo de celebração do TAC da TIM conduzido pela Anatel.

313. Viu-se que há diversas fragilidades nas escolhas feitas pela Anatel quanto aos projetos e localidades a serem incluídos no TAC da TIM, tomando como base principalmente o art. 9º do Decreto 9.612/2018, além do inciso V do art. 22 do RTAC, o art. 2º, inciso II, da Portaria MC 1.455/2016 e o conteúdo previsto no plano estabelecido pela Portaria MCTIC 1.556/2018.

314. Especificamente com relação a essas fragilidades e às oportunidades de melhorias apontadas anteriormente, identificou-se que são pontos que fragilizam o acordo e podem reduzir os potenciais benefícios que poderiam advir dele.

315. Além de apontar fragilidades no acordo, a presente seção do relatório constatou que a escolha das localidades a serem atendidas pelo acordo não atende ao disposto no art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018, dado que, em mais de 90% das localidades a serem atendidas pelo acordo não há propriamente o aumento da cobertura de redes de acesso móvel em banda larga.

316. A situação apontada demonstra que deixaram de ser priorizadas ou incluídas no TAC localidades que não possuem sequer acesso à telefonia móvel e que, por isso, dependem de uma atuação maior do poder público, conforme prevê a política pública setorial estabelecida pelo Decreto 9.612/2018.

317. No entanto, tendo em vista que a Anatel demonstrou a conveniência e a relevância desses compromissos para a expansão do acesso à internet em banda larga, entende-se que o caso se enquadra na exceção prevista no art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018, não restando configurada nenhuma irregularidade neste aspecto no caso específico deste TAC do TIM. Não obstante, propõe-se recomendar à agência de que evite o uso reiterado dessa possibilidade de exceção, sob pena do enfraquecimento da política pública de telecomunicações ao ignorar sistematicamente as prioridades expressamente previstas no art. 9º, incisos I a III, do Decreto 9.612/2018.

318. Por último, cabe ressaltar que os fundamentos das análises e decisões realizadas no âmbito do processo TC 022.280/2016-2, sobre o processo de celebração de TACs na Anatel, foram bastante enriquecidos com as contribuições e estudos apresentados por representantes do setor ao TCU, como outras operadoras de telecomunicações, associações de pequenos provedores, representantes da sociedade civil, entre outros.

319. O mesmo benefício e aprimoramento de decisões poderiam ocorrer com a própria Anatel, caso existisse um maior nível de transparência das condições aprovadas nos acordos de todas as operadoras com a sociedade e o setor de telecomunicações.

320. O RTAC prevê:

Art. 12. O TAC será firmado pelo Presidente da Agência, juntamente com outro Conselheiro, e pelo representante legal da Compromissária, com poderes específicos para transacionar.

Parágrafo único. **O TAC deverá ser publicado, na íntegra, nas páginas na internet da Agência e da Compromissária**, em local específico e de fácil acesso e pesquisa, bem como, sob a forma de Extrato, no Diário Oficial da União.

321. Assim, já há a previsão normativa de publicação integral do acordo assinado, incluindo seus anexos e a lista das cidades a serem atendidas por ele. Ocorre que essa transparência só está prevista após a assinatura do TAC, momento em que não é possível revisitar as condições da negociação caso sejam identificadas oportunidades de melhorias a partir das contribuições da sociedade e do setor.

322. Durante a tramitação de um TAC, embora a maior parte da documentação esteja classificada como pública no sistema eletrônico da Anatel, é natural que parte dela esteja classificada como restrita por conter informações de sigilo comercial das operadoras. No entanto, deve ser avaliado se há a possibilidade de que seja dada maior transparência dos acordos e compromissos de todas as operadoras no sistema da agência. Inclusive foi com esse intuito que o Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário recomendou que fosse feita uma consulta pública sobre a revisão do Ato Anatel 50.004/2016.

323. A preocupação aqui exposta também está em consonância com o entendimento do relatório do Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes:

391. Como a minuta de decreto afirma que os investimentos em rede deverão ser direcionados para locais onde ainda não têm aquela infraestrutura, priorizando-se preferencialmente localidades com maior população potencialmente beneficiada, **a precisão e a atualidade desses dados é crucial para a definição correta de onde os recursos devem ser aplicados, sob pena de se financiar a expansão de redes privadas com recursos públicos onde já existam redes de banda larga, em detrimento de outras localidades que não possuem a infraestrutura necessária para prestação de banda larga, ampliando-se, assim, o risco de ineficiência dos investimentos.** (grifos nossos)

324. Considerando que a consulta pública do Ato Anatel 50.004/2016 já foi realizada pela agência e os respectivos benefícios poderão ser obtidos nos próximos acordos, que devem considerar o ato já revisado, entende-se que não é necessário fazer novas propostas de encaminhamento para esse tema.

IV.1.2. Avaliação das questões relacionadas à necessidade de compartilhamento da infraestrutura construída com recursos do TAC e aos impactos dos investimentos na competição local

325. Desde o início do acompanhamento realizado pelo TCU, foi objeto de preocupação o tratamento dado à possibilidade de compartilhamento da infraestrutura construída com recursos do TAC e aos impactos dos investimentos na competição local. Tal preocupação surgiu dado que, com esses acordos, as operadoras construirão redes utilizando benefícios financeiros obtidos por meio de isenções de cobrança de recursos públicos, o que pode representar uma vantagem competitiva com relação aos demais provedores de serviços de telecomunicações nas localidades atendidas pelos compromissos do TAC.

326. Assim, com vistas a buscar o interesse público e não prejudicar, e até mesmo estimular, a competição do setor de telecomunicações nas localidades atendidas, há a necessidade de a Anatel criar mecanismos que garantam a possibilidade de compartilhamento com as demais prestadoras da infraestrutura construída, quando possível.

327. Como um dos critérios que permitem avaliar a atuação da agência sobre o tema, utiliza-se, como principal normativo, o Decreto 9.612/2018 que prevê:

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. (grifos nossos)

328. Assim, para as redes oriundas de compromissos de TAC, o decreto ressalta a obrigatoriedade de se compartilhar as redes de transporte e metropolitana a partir da sua entrada em operação nas condições dispostas na regulamentação da Anatel. Isso significa que o normativo estabeleceu (ou reforçou) uma clara obrigação da agência em estabelecer os critérios que orientarão as condições e situações em que o compartilhamento da infraestrutura dos TACs será obrigatório. Impôs ainda que estes critérios estejam definidos antes mesmo do início da operação da rede.

329. Embora o normativo não tenha imposto a mesma a obrigatoriedade para as redes de acesso fixas ou móveis, ele não proibiu o compartilhamento dessas redes de acesso, tendência atual do setor de telecomunicações quando realiza investimentos com recursos privados, como evidenciam os exemplos citados a seguir.

330. O *RAN Sharing* é um recurso técnico utilizado por duas ou mais operadoras que permite o compartilhamento da infraestrutura de redes móveis e o crescimento dessa arquitetura tem atraído muitas operadoras para a esse tipo de investimento preocupado objetivamente em reduzir custos de operações e aumentar a lucratividade (acessado em 24/11/2019 e disponível em

https://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialransharing/pagina_1.asp).

331. No Brasil e com o aval da Anatel, esse tipo de recurso de compartilhamento e outros similares vêm sendo cada vez mais adotados pelas operadoras, conforme noticiado em mídia especializada do setor (acessado em 24/11/2019 e disponível em <https://teletime.com.br/12/07/2018/anatel-permite-que-oi-e-tim-ampliem-compartilhamento-de-infraestrutura/> e em <https://teletime.com.br/11/10/2018/tim-e-vivo-anunciam-compartilhamento-de-rede-3g/>).

332. Embora não relacionado diretamente com o projeto previsto no TAC da TIM, constata-se que o crescente movimento de se compartilhar a infraestrutura de telecomunicações em redes de acesso vem ocorrendo não apenas em redes móveis, como no uso do *ran sharing*, mas também em redes de acesso fixas, como aquelas com a tecnologia FTTH, por exemplo (acessado em 24/11/2019 e disponível em <https://teletime.com.br/11/11/2019/american-tower-apresenta-modelo-de-rede-ftth-compartilhada/>).

333. A possibilidade de compartilhamento de redes móveis em 4G foi considerada inclusive pelo poder público no Decreto 9.619/2018, referente ao Plano Geral de Metas de Universalização (PGMU) da telefonia fixa, que estabeleceu:

Art. 20. As concessionárias do STFC na modalidade local devem implantar sistemas de acesso fixo sem fio com suporte para conexão em banda larga nas localidades indicadas no Anexo IV .

Parágrafo único. **Os sistemas de acesso fixo sem fio deverão viabilizar tecnicamente, em regime de exploração industrial, a oferta de conexão à internet por meio de tecnologia de quarta geração - 4G ou superior.** (grifos nossos)

334. Segundo o art. 2º, inciso II, do Anexo à Resolução Anatel 590/2012 e o art. 3º, inciso I, do Anexo IV da Resolução Anatel 600/2012, o regime de exploração industrial citado acima consiste na situação na qual uma prestadora de serviços de telecomunicações de interesse coletivo contrata a utilização de recursos integrantes da rede de outra prestadora para constituição de sua rede de serviço, ou seja, estas compartilham infraestruturas de rede entre elas.

335. A importância de haver o compartilhamento das redes construídas com recursos públicos, como é o caso dos TACs, já foi objeto de fiscalização do TCU, conforme Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, de relatoria da Min. Ana Arraes.

336. Retomando o art. 10 do Decreto 9.612/2018, transcrito anteriormente, outro ponto que deve ser ressaltado é que o disposto no § 3º do normativo demonstra a relação direta entre a necessidade de compartilhamento da rede e a competição de mercado existente nas áreas visadas pelos compromissos adicionais dos TACs.

337. Em suas primeiras análises, antes mesmo da publicação do referido decreto, o TCU já havia tido a cautela de avaliar como a Anatel estava tratando a questão da competição de mercado no âmbito dos TACs, de maneira que o Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário decidiu:

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:

(...)

9.6.3. 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); (grifos nossos)

338. Posteriormente e de forma complementar a deliberação transcrita acima, o Acórdão 716/2019-TCU-Plenário se embasou no Decreto 9.612/2018 e deliberou:

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:

(...)

9.3.3. 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; (grifos nossos)

339. Nesse sentido, é importante avaliar as análises e decisões produzidas pela Anatel, seja no caso concreto do TAC da TIM ou nos seus procedimentos gerais, com vistas a verificar se foram atendidos os requisitos previstos no Decreto 9.612/2018 e nos itens 9.3.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário e 9.6.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.

340. A decisão de se exigir o compartilhamento de infraestrutura tem como principal fundamento as análises sobre os impactos concorrenciais e de competição originários do TAC. Assim, para se verificar o cumprimento de todos os requisitos necessários, deve-se partir da análise feita pela agência no TAC da TIM quanto à competição.

341. Por meio do Informe Anatel 837/2018/SEI/COGE/SCO (peça 25), atualizado posteriormente pelo Anexo IV do Informe Anatel 809/2019/COGE/SCO (peça 32), a área técnica da Anatel realizou uma ‘Análise competitiva em sede de termo de ajustamento de conduta’.

342. Antes de se adentrar no conteúdo da referida análise, ressalta-se que o documento (já incluindo a atualização mencionada) traz uma relação de projetos que foi posteriormente alterada pela Anatel em parte, conforme explica o Informe Anatel 809/2019/COGE/SCO (peça 5). No entanto, as localidades da nova (e última) lista de projetos do TAC da TIM já estavam incluídas na análise de competição anterior, de modo que não houve necessidade de readequação do documento (peça 5, p. 4).

343. Em sua avaliação a Anatel afirmou (peças 25 e 32, p. 2-3):

Cuida o presente documento de **análise competitiva nas localidades selecionadas no Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) proposto pela TIM Celular S.A.** (‘TIM’) e o impacto da implantação dos compromissos adicionais nele previstos no cenário atual dos serviços de telecomunicações, no âmbito do Processo 53500.026485/2016-62, **em razão de atendimento à recomendação feita pelo Tribunal de Contas da União - TCU, nos termos do item 9.6.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário (...).**

Preliminarmente, cabe destacar que a análise realizada circunscreveu-se ao tema competição, considerando-se unicamente aspectos diretamente a ela vinculados, a saber: (i) mercados relevantes; (ii) estrutura e poder de mercado; (iii) comportamento dos agentes econômicos atuantes do mercado, entre outros.

Para avaliar os efeitos no mercado afetado, uma análise competitiva busca levantar os aspectos envolvidos na operação, de modo a identificar se poderão de alguma forma prejudicar a dinâmica competitiva daquele local ou se poderão incentivá-la.

Nota-se, por exemplo, que ambientes competitivos **onde se observa a presença de mais de um agente econômico e a existência de rivalidade entre eles, tendem a apresentar melhores condições do ponto de vista da competição, impactando positivamente na qualidade e no preço dos serviços ofertados.**

Por outro lado, verifica-se que **o mercado concentrado é um dos indicativos da existência de posição dominante e os agentes econômicos estão mais susceptíveis ao exercício abusivo dessa posição, tornando o ambiente propício ao cometimento de práticas anticoncorrenciais.**

Importa ter em mente que uma análise competitiva visa identificar os impactos no grau de concorrência em determinado mercado relevante e não nos agentes econômicos individuais desse mercado.

(...)

Nesse sentido, **não é razoável concluir, antes de uma análise do caso concreto, se uma modificação no cenário competitivo causará efeitos positivos ou negativos para a economia, para os consumidores e para a sociedade em geral.** Assim, os diversos cenários competitivos que poderão surgir em razão do TAC devem ser avaliados, **para verificar se a instalação de infraestrutura, conforme proposta apresentada pela TIM, tem potencial de gerar prejuízos à livre, ampla e justa competição** entre as prestadoras de serviços de telecomunicações nas localidades eleitas pela proponente. (grifos nossos)

344. Segundo o documento, a metodologia utilizada para a realização da análise competitiva do TAC em discussão se embasou na referência documental utilizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em que são feitas diversas etapas, como, por exemplo, a definição do mercado relevante e a análise do nível de concentração (peça 32, p. 3).

345. A agência realizou ajustes às referidas etapas, com vistas a tornar o processo de análise mais aderente às especificidades da regulação do setor de telecomunicações. Também foram levados em consideração, como critério de avaliação, os dados e premissas estabelecidos no Plano Geral de Metas de Competição (PGMC), aprovado pela Resolução Anatel 600/2012, com as alterações da Resolução Anatel 694/2018.

346. O estudo traz informações que mostram qual o nível de desconcentração de mercado existente nas Áreas de Registro (AR) do SMP a serem atendidas pelo TAC da TIM e quais operadoras atuam naquelas regiões e possuem poder significativo de mercado (peça 32, p. 15 a 20):

Identificada e delimitada a participação da TIM no mercado varejista de voz e de conexão à Internet em banda larga, prestado por meio de redes móveis, nos municípios, distritos não sede de municípios e ERB às margens das rodovias elencados em sua proposta de TAC, **avança-se a análise para identificar o grau de competição nesse mercado.**

Para tanto, **torna-se importante destacar o número de players nas AR em que se encontram os municípios selecionados** para a implantação da rede móvel com tecnologia 4G, incluindo os municípios em que estão localizados os distritos não sede a serem atendidos. Destarte, a figura abaixo apresenta a quantidade de players por AR:

UF	Área de Registro (AR)	Market Share TIM AR (%)	Nº de Prestadores com MS > 20% (AR)	Prestadores com MS > 20% (AR)
AC	68	2,9	2	Claro, Vivo
AL	82	36,0	3	TIM, Claro, OI
AM	97	12,2	2	Claro, Vivo
AP	96	17,2	1	Vivo
BA	73	13,3	3	Claro, Vivo, OI
	74	17,8	2	Vivo, OI
	75	23,8	3	TIM, Claro, Vivo
	77	19,6	2	Vivo, OI
CE	85	25,8	2	TIM, OI
	88	47,8	2	TIM, Claro
GO	62	15,16	2	Claro, Vivo
	64	10,87	2	Claro, Vivo
MA	98	19,4	2	Claro, OI
	99	26,6	4	TIM, Claro, Vivo, OI
MG	31	23,1	3	TIM, Vivo, OI
	32	12,8	3	Claro, Vivo, OI
	33	12,1	2	Vivo, OI
	34	25,1	2	TIM, Algar
	35	20,9	2	TIM, Vivo
	38	26,0	2	TIM, Vivo
PA	91	37,4	2	TIM, Claro
	93	6,6	1	Vivo
	94	15,9	1	Vivo
PB	83	29,3	3	TIM, Claro, OI
PE	81	27,1	3	TIM, Claro, OI
	87	45,2	2	TIM, Claro
PI	86	30,4	2	TIM, Claro
	89	24,8	3	TIM, Claro, Vivo
RN	84	38,1	3	TIM, Claro, OI
RO	69	7,2	2	Claro, Vivo
RR	95	14,4	1	Vivo
SE	79	8,8	1	Vivo
TO	63	7,3	2	Claro, OI

Fonte: Anatel

(...)

A partir dessas informações, é possível constatar que o mercado varejista de voz e de conexão à Internet em banda larga, prestado por meio de redes móveis, em 3 AR (68, 79 e 93) é classificado como mercados altamente concentrados, em 4 AR (38, 94, 95 e 96) como mercado moderadamente concentrado e em 26 AR (31, 32, 33, 34, 35, 62, 63, 64, 69, 73, 74, 75, 77, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 97, 98 e 99) como mercado desconcentrado.

Nas AR 79 e 93 classificadas como mercados altamente concentrados, há apenas uma prestadora com market share superior a 20%, no caso, a Vivo. Nos municípios de Marechal Thaumaturgo, Porto Walter, Manoel Urbano Jordão e Santa Rosa do Purus, todos no Estado do Acre (AR 68), constata-se a existência de 2 (duas) prestadoras detentoras do referido market share (...).

Dos municípios que se encontram localizados em AR classificadas como mercados altamente concentrados, verifica-se que a TIM se encontra presente em somente um deles, no caso, Telha/SE, entretanto, sem deter market share superior a 20% na AR correlata (AR 79), o que reforça o caráter pró-competitivo dos compromissos adicionais apresentados.

Nas AR classificadas como mercados moderadamente concentrados, constata-se que a TIM não se

encontra presente em nenhum dos municípios elencados em sua proposta (...).

(...)

A partir dos resultados obtidos com o cálculo do HHI e das estruturas de mercado observadas nos municípios e distritos não sede de municípios elencados pela TIM, **não se vislumbra a possibilidade de incremento no poder de mercado ou concentração nas participações por ela detidas, decorrentes da implantação dos compromissos adicionais propostos.**

Some-se a isto, **o fato de a TIM ser considerada entrante na maior parte dos municípios eleitos para compor os compromissos adicionais no âmbito do TAC (578 municípios), o que é positivo para o aumento do rol de escolha de prestadoras, sob o ponto de vista dos usuários do SMP, além de propiciar uma maior contestabilidade no mercado, tendo em vista o ingresso de mais um player com capacidade de competir com as demais prestadoras já estabelecidas nos municípios elencados.**

Logo, **a proposta formulada pela TIM adquire características pró-competitivas**, em razão da possibilidade de acesso a serviços de telecomunicações de maior qualidade, com velocidades de conexão à Internet bem superiores às atualmente disponíveis pelos usuários, bem como do eventual revide competitivo dos demais ofertantes de serviços nos municípios e distritos não sede de municípios previstos, buscando uma resposta à nova tecnologia implantada.

347. Assim como os dados acima, são feitas outras diversas análises a partir do mapeamento do perfil das localidades a serem atendidas pelo TAC. Por fim, o documento consolida as suas conclusões e emite um parecer quanto ao impacto do acordo na competição de mercado (peça 32, p. 27):

Conclui-se, portanto, que, nos mercados considerados desconcentrados (AR 31, 32, 33, 34, 35, 62, 63, 64, 69, 73, 74, 75, 77, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 97, 98 e 99) não há relação de causalidade entre a implantação da infraestrutura proposta pela TIM, em sede de compromissos adicionais, e eventuais prejuízos à competição, para o conjunto de municípios e distritos não sede de municípios constantes do TAC em análise.

Em relação aos mercados considerados moderadamente concentrados (AR 38, 94, 95 e 96), constata-se um baixo risco de exercício abusivo de poder de mercado por parte da TIM. Isso porque onde a TIM detém market share inferior a 20% (AR 94, 95 e 96), a implantação da infraestrutura por ela proposta pode aumentar a sua contestabilidade; e onde ela detém Market share superior a 20% (AR 38), existe outra prestadora que detém mais de 20% de market share, no caso a Vivo, o que pode estimular a competição entre elas. Repise-se que na AR 38, a TIM não está presente em nenhum município e distrito não sede de município constante de sua proposta.

Nos mercados altamente concentrados (AR 68, 79 e 93), a entrada da TIM na oferta de serviços tecnologicamente mais avançados tende a ser pró-competitiva, uma vez que o grau de contestabilidade atualmente observado nestes mercados é baixo.

Em face de todo o exposto, verifica-se que os compromissos adicionais propostos pela TIM no presente TAC apresentam-se como pró-competitivos, representando ganhos efetivos ao conjunto de usuários de serviços de telecomunicações nos municípios e distritos não sede de municípios listados, uma vez que terão acesso a serviço com tecnologia mais atualizada. (grifos nossos)

348. Dessa forma, especificamente para o TAC da TIM, verifica-se que a agência analisou o impacto do instrumento no cenário atual de competição dos serviços de telecomunicações nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais e concluiu que não haveria necessidade de alterações no acordo, já que os efeitos concorrenciais esperados seriam positivos. Ressalta-se que a análise realizada pela Anatel se deu a nível de área de registro, não sendo verificada a questão detalhada da competição nos municípios específicos a serem contemplados nos TACs da TIM. Observa-se que em alguns casos concretos pode ser necessária uma análise pela agência em um menor nível de granularidade do que o AR.

349. Diante do exposto, para o caso concreto do TAC da TIM, propõe-se considerar como

implementada a recomendação do item 9.6.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

350. Com base nos dados citados acima, o Conselho Diretor da Anatel realizou a avaliação quanto à necessidade, ou não, de se exigir o compartilhamento da infraestrutura a ser construída com o TAC em discussão nos autos.

351. Ao avaliar o cumprimento da deliberação 9.3.3 do Acórdão 716/2019-TCU- Plenário, a Análise Anatel 203/2019/EC, que resultou na aprovação do acordo da TIM concluiu (peça 19, p. 48):

5.462. Quanto ao disposto no citado item importa mencionar que, quando da revisão do Plano Geral de Metas de Competição - PGMC, aprovada pela Resolução 694/2018, **foi incluído o Art. 2º-A, com a seguinte disposição:**

Art. 2º-A. A assunção de compromissos de implantação de infraestrutura de redes por prestadoras de serviços de telecomunicações no âmbito de políticas públicas ou outras ações regulatórias poderá ensejar a adoção de medidas regulatórias assimétricas com vistas ao incentivo ou promoção da competição.

5.463. A Análise 142/2018/SEI/AD (SEI 2802386) do Conselheiro Relator da matéria *[do PGMC]*, fundamenta a proposta com base no Informe 31/2017/SEI/CPOE/SCP:

4.21 Acolho, semelhantemente, a proposta que vincula a implantação de infraestrutura em razão de compromissos de investimento assumidos frente ao Poder Público à obrigatoriedade de compartilhamento por meio de assimetrias:

Informe 31/2017/SEI/CPOE/SCP:

3.15.1. Foram recebidas contribuições para que o PGMC contemplasse previsão de forma e/ou obrigatoriedade de instalação ou compartilhamento de infraestrutura de telecomunicações, quando tal infraestrutura fosse implantada em razão de compromissos de investimento assumidos frente ao Poder Público.

3.15.2. Entende-se que a previsão dos termos de compartilhamento de infraestrutura de rede ou de produto de atacado que por ventura venha a considerar a utilização de recursos derivados de compromissos de investimento assumidos frente ao Poder Público devem ser discutidos no caso concreto e constar do instrumento específico no qual se defina a instalação dessa infraestrutura.

3.15.3. Mesmo que as condições previstas nesses instrumentos específicos possam ser revistas durante as reavaliações periódicas dos Mercados Relevantes e das Medidas Regulatórias Assimétricas previstos no PGMC, considera-se que incluir previamente no PGMC qualquer definição, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, poderá gerar efeitos diversos dos buscados pelo Regulador, em termos de competição.

3.15.4. Embora não caiba a previsão específica dos termos de compartilhamento, que devem constar dos respectivos instrumentos mostra-se pertinente a inclusão de disposição no PGMC de que a assunção de compromissos de implantação de infraestrutura de redes por prestadoras de serviços de telecomunicações no âmbito de políticas públicas ou outras ações regulatórias poderá ensejar a adoção prévia de medidas regulatórias assimétricas com vistas ao incentivo ou promoção da competição.

5.464. Portanto, **a Regulamentação autoriza a imposição de obrigação de compartilhamento ou outra medida regulatória assimétrica em virtude de compromisso assumido em sede de TAC quando se identificar impacto negativo para a competição.**

5.465. No caso da TIM, considerando a Análise competitiva do compromisso adicional (SEI 4484110), **[a Anatel concluiu que] não se verifica impacto negativo para a competição decorrente do compromisso proposto, razão pela qual [a agência entende que] não se justifica a imposição de medida assimétrica para a correção de qualquer falha de mercado.** É a seguinte conclusão da referida Análise Competitiva:

Em face de todo o exposto, verifica-se que os compromissos adicionais propostos pela TIM no

presente TAC apresentam-se como pró-competitivos, representando ganhos efetivos ao conjunto de usuários de serviços de telecomunicações nos municípios e distritos não sede de municípios listados, uma vez que terão acesso a serviço com tecnologia mais atualizada.

352. Assim, o órgão regulador decidiu que não haverá obrigatoriedade de compartilhamento algum da infraestrutura resultante do caso concreto do TAC da TIM, decisão essa que permite serem feitas algumas ponderações.

353. O art. 10 do Decreto 9.612/2018 prevê como regra o compartilhamento das redes de transporte e das redes metropolitanas implantadas a partir dos compromissos do TAC e considera que tal obrigação pode ser desconsiderada se verificada a existência de competição adequada no respectivo mercado relevante.

354. Assim como ocorre com o TAC da empresa Algar (em análise no TC 038.355/2019-1), no caso concreto do TAC da TIM os compromissos adicionais estão mais relacionados com redes de acesso móveis, as quais não tiveram a obrigação expressa no referido decreto. Assim, por se tratar de projetos com rede de acesso, no acordo em discussão nos autos não houve irregularidades na atuação da Anatel. Além disso, embora não se trate de uma conclusão oriunda especificamente de uma regulamentação, como determina o art. 10 do Decreto 9.612/2018, a análise da agência apontou haver impactos concorrenciais positivos em todas as localidades do acordo da TIM.

355. No entanto, embora não sejam necessárias medidas regulatórias para compensar possíveis falhas de mercado que poderiam resultar da entrada em operação da rede do TAC da TIM, a análise feita pela agência não leva em consideração, em momento algum, quais seriam os benefícios trazidos pelo compartilhamento da infraestrutura construída.

356. Há a possibilidade de que o compartilhamento da rede do TAC permita que mais operadoras passem a atuar naquelas áreas, trazendo ainda mais benefícios concorrenciais e maior efetividade da política pública desejada a partir dos investimentos daqueles recursos públicos transacionados no TAC. Assim, o fato de não serem necessárias medidas regulatórias do ponto de vista competitivo não significa que não poderiam advir resultados mais positivos se elas fossem aplicadas.

357. Especificamente com relação aos projetos do TAC em discussão nos autos, ainda que se trate tanto de um tipo de rede não abordado pelo decreto (redes de acesso), quanto do serviço de telefonia móvel, diversas formas de compartilhamento de infraestrutura poderiam ser feitas, como compartilhamento da rede de transporte que conecta as torres, compartilhamento da própria estrutura da torre, em si, ou até mesmo o compartilhamento de rede de acesso via rádio entre as operadoras.

358. Cabe registrar que, no âmbito do quarto Plano Geral de Metas para a Universalização (PGMU) do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), estabelecido pelo Decreto 9.619/2018, são definidas metas de implantação da tecnologia 4G que são semelhantes ao TAC da TIM e há previsão expressa de compartilhamento de infraestrutura, conforme art. 20, parágrafo único, do Decreto 9.619/2018, sem a necessidade de uma prévia avaliação sobre a necessidade de medidas compensatórias por efeitos nocivos à competição.

359. A própria Anatel reconhece que há tecnicamente a possibilidade de se haver o compartilhamento da infraestrutura desse tipo de projeto ao proibir que os compromissos de ajustamento do TAC da TIM sejam feitos por meio do compartilhamento de redes já existentes de outras operadoras, obrigando a empresa a construir efetivamente uma infraestrutura nova (peça 24, p. 18):

Cláusula 11.1. A COMPROMISSÁRIA se obriga, a contar da data de assinatura deste TAC, a ampliar a rede LTE em xxx (xxxx) municípios que não possuem a tecnologia 4G da TIM, de acordo com o seguinte cronograma (...)

(...)

§ 3º. Não será permitido o compartilhamento da rede de acesso móvel (RAN Sharing) para o cumprimento desta obrigação. (grifos nossos)

360. Assim, resta claro que é possível o compartilhamento de redes de acesso móvel, como prevê o projeto dos compromissos adicionais do TAC da TIM. Especificamente sobre a cláusula acima, sabe-se que ela tem como objetivo garantir que os recursos públicos transacionados no TAC resultem em, de fato, a construção de novas infraestruturas, não sendo possível atender o compromisso por meio de um ‘aluguel’ de uma infraestrutura já existente.

361. No entanto, uma vez construída uma rede com esses recursos públicos, prever a possibilidade de compartilhamento daquela infraestrutura pode trazer benefícios aos usuários e aumentar a eficiência e a efetividade dos projetos previstos no TAC. Por exemplo, o compartilhamento possibilita a redução de custos para o uso de frequências pelos chamados pequenos provedores de serviços de telecomunicações, que são empresas de médio e de pequeno porte com atuação destacada no avanço da implementação da banda larga nas pequenas e médias cidades brasileiras. Segundo o portal especializado em telecomunicações Teleco, esses pequenos provedores já detêm 31,9% do market share das operadoras de banda larga fixa no país, ultrapassando o índice individual de todas as grandes prestadoras do Brasil, conforme dados disponíveis em <https://www.teleco.com.br/blarga.asp>.

362. No caso concreto do acordo da TIM, embora não haja inconformidades da Anatel que justifiquem a atuação direta do TCU, com a ausência de previsão de compartilhamento das redes do TAC novamente observa-se que há uma perda de oportunidade de se aprimorar o uso do instrumento do TAC de modo a ampliar a sua abrangência e permitir maior eficiência no uso da infraestrutura construída a partir do acordo, podendo impactar positivamente na política pública setorial.

363. A fragilidade da escolha da Anatel se torna ainda mais latente quando se observa que a própria TIM juntou documentos no processo eletrônico da Anatel em que afirmava que o compartilhamento da infraestrutura do TAC não apenas é possível como é parte integrante da política e diretrizes da própria operadora:

a) Correspondência TIM RQ/DAR/168/2018 - ML:

Ainda em sede preliminar, o Grupo TIM destaca que a utilização dos recursos disponíveis para implementação de políticas públicas precisa atender a dois requisitos fundamentais de ‘Priorização’ e ‘Coordenação’.

(...)

Já com relação ao quesito ‘Coordenação’, defende-se que tal infraestrutura seja implementada de forma organizada segundo uma lógica de compartilhamento, para que desta maneira os recursos disponíveis sejam aplicados de forma eficiente, evitando sobreposições e, ao mesmo tempo, garantindo um ambiente sem distorções competitivas.

Desta maneira, o Grupo TIM tem convicção de que a Priorização por meio de diagnósticos, **bem como a Coordenação alinhada a uma política de compartilhamento, constituem os dois pilares essenciais para um melhor aproveitamento dos recursos oriundos de evoluções regulatórias voltadas à promoção do interesse público. Neste cenário, os recursos para financiamento de tais políticas públicas são oriundos, não somente de TACs, mas também do saldo remanescente das metas de universalização (PGMU IV); do processo de adaptação concessão-autorização e do ônus de renovação sucessiva de radiofrequência (PLC 79/2016), e; da aplicação/compensação dos fundos setoriais, particularmente FUST e FISTEL, conforme descrito na minuta do PERT 5 , exposta nos autos do Processo 53500.026707/2016-47:**

(...)

Todo o exposto encontra, ainda, consonância com a minuta da proposta de Decreto da Nova Política de Telecomunicações (já submetida à Consulta Pública) que, **além de estabelecer prioridades de investimentos para expansão da infraestrutura de telecomunicações, traz a expressa previsão, em seu Art. 7º6 , sobre o dever da Anatel em implementar e executar a regulação do setor de telecomunicações, orientada pelas políticas e diretrizes estabelecidas pelo MCTIC, como ‘estimular a expansão e compartilhamento de infraestrutura’.** (grifos

nossos)

b) Correspondência TIM RQ/DAR/162/2019 - ML:

Inicialmente, a TIM gostaria de ressaltar que a infraestrutura criada em razão dos Compromissos Adicionais propostos será implementada seguindo uma lógica de compartilhamento (RAN Sharing), sob demanda e mediante reciprocidade, em linha com o seu posicionamento estratégico exposto ao longo de todo o processo de negociação. (grifos nossos)

364. Assim, mesmo sendo tecnicamente viável o compartilhamento da infraestrutura oriunda dos compromissos adicionais do acordo da TIM, mesmo a operadora apoiando essa iniciativa e mesmo com a sinalização do formulador da política pública ao determinar esse compartilhamento para metas semelhantes no PGMU, ainda assim não está previsto no acordo elaborado pela Anatel o compartilhamento da rede construída com os recursos públicos do TAC.

365. Rememora-se que o art. 10 do Decreto 9.612/2018 prevê:

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.

(...)

§ 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. (grifos nossos)

366. Com relação aos compromissos de ajustamento de conduta do acordo da TIM, está previsto como um dos projetos estruturantes a instalação de ‘fibra até o site concentrador de 285 municípios’. Ressalta-se que, nos autos, não foram encontrados documentos que atrelassem esse compromisso a uma análise da Anatel sobre competição do mercado que pudesse desobrigar a TIM a compartilhar tal infraestrutura.

367. O referido projeto consiste em um compromisso de expansão dos serviços de telecomunicações oriundo de TACs, como prevê o caput do art. 10 do Decreto 9.612/2018, de forma que, em análise sumária, entende-se que esta infraestrutura está necessariamente submetida à obrigação de compartilhamento.

368. No entanto, na minuta do TAC da TIM não foi encontrada cláusula que formalizasse tal obrigação. Ainda que a obrigação já seja imposta naturalmente pelo próprio decreto, não sendo estritamente necessário repeti-la na minuta do acordo para que seja válida, entende-se que tal previsão contratual poderia acarretar em uma maior segurança jurídica do acordo celebrado pela Anatel. Nesse sentido, o próprio § 1º do art. 10 do Decreto 9.612/2018 enfatiza a necessidade de estarem previamente e plenamente definidas as condições para o compartilhamento na entrada em operação do segmento de rede.

369. Vê-se que a ausência de uma regulamentação detalhada sobre as diretrizes de quais projetos e segmentos de redes deveriam ser compartilhados, conforme previsto expressamente no art. 10 do Decreto 9.612/2018, resulta no risco de estarem sendo desconsiderados critérios e benefícios relevantes para o processo.

370. Esse risco está relacionado com o apontamento o item 9.3.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário que recomendou à Anatel exercer o dever de regulamentar o compartilhamento de redes de infraestrutura a serem construídas em função da celebração de termos de ajustamento de conduta, como forma de conferir segurança jurídica à matéria e homenagear os princípios elencados na Lei 9.472/1997.

371. Conforme transcrição acima da Análise Anatel 203/2019/EC, como forma de atendimento ao

acórdão do TCU, foi inserida no PGMC pela Anatel uma cláusula que prevê a possibilidade se adotarem medidas regulatórias assimétricas com vistas ao incentivo ou promoção da competição no âmbito de políticas públicas ou outras ações regulatórias.

372. Como motivação da escolha de um dispositivo mais genérico, a agência explica que 'incluir previamente no PGMC qualquer definição, sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, poderá gerar efeitos diversos dos buscados pelo regulador, em termos de competição'.

373. Verifica-se que tal previsão traz certa segurança a futuras intervenções regulatórias que a Anatel possa fazer no âmbito do TAC ou de outros instrumentos semelhantes e que, se considerado apenas os aspectos formais do item 9.3.3 do Acórdão do TCU, a Anatel promoveu alterações regulamentares sobre o compartilhamento das redes do TAC.

374. No entanto, mesmo com a referida alteração regulamentar, entende-se que permanecem fragilidades relacionadas à falta de detalhamento de critérios para se estabelecer o compartilhamento das redes nos TACs, conforme exigido pelo Decreto 9.612/2018, publicado em data posterior à resolução que aprovou o PGMC vigente, que estabelece que somente a regulamentação da Anatel pode tirar a obrigatoriedade do compartilhamento de redes de transporte e redes metropolitanas implantadas a partir de compromissos de investimentos.

375. Por meio das decisões anteriores, o TCU firmou entendimento quanto à abrangência da atuação do Tribunal quanto às decisões da Anatel no âmbito dos processos de celebração de TAC. O voto relator que resultou na aprovação do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário expôs:

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. (...)

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**.

(...)

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 (...).

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)**.

(...)

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.

376. Considerando-se o entendimento exposto acima, as análises de competição apresentadas pela agência e o fato dos compromissos adicionais do TAC não se enquadrarem nos casos previstos no

art. 10 do Decreto 9.612/2018, no caso concreto do TAC da TIM entende-se não serem cabíveis medidas quanto à necessidade de se estabelecer o compartilhamento da infraestrutura resultante dos compromissos adicionais do acordo. Ressalta-se que, no caso concreto, a própria TIM propôs a possibilidade de compartilhamento da infraestrutura, porém tal demanda não foi inserida pela Anatel no texto final do acordo.

377. Com relação aos compromissos de ajustamento, entende-se que há oportunidades de melhoria da minuta do acordo da TIM, de forma a prever explicitamente no termo a obrigação do compartilhamento da rede de transporte resultante de compromissos do TAC, conforme já prevê o art. 10 do Decreto 9.612/2018.

378. Embora com relação a aspectos meramente formais pudesse ser considerada implementada a recomendação do item 9.3.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, já que a Anatel promoveu uma alteração regulamentar, entende-se que a alteração promovida não resultou propriamente na regulamentação do compartilhamento de redes de infraestrutura a serem construídas em função dos TACs, como objetivava a deliberação do TCU e o Decreto 9.612/2018.

379. Foi feita apenas uma alteração de caráter geral que normatiza, por meio de resolução da Anatel quanto ao PGMG, uma competência da agência que já havia sido atribuída a ela nos arts. 9º e 10 do Decreto 9.612/2018.

380. Diante do exposto, propõe-se considerar como não implementada a recomendação 9.3.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.

IV.1.3. Avaliação das questões relacionadas aos descontos sobre o valor dos compromissos adicionais previstos no arts. 19 e 20 do RTAC

381. Dentre os dispositivos da Resolução Anatel 629/2013, que estabeleceu o regulamento de TAC da agência (RTAC), consta:

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.

(...)

Art. 20. Na concessão temporária de benefícios diretos a usuários, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a:

I - no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida;

II - no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos demais casos. (...)

382. Assim, estando diretamente vinculado à questão do interesse público dos acordos, o regulamento permite que, na troca das multas por investimentos no TAC, os valores dos compromissos adicionais a serem executados pelas compromissárias sejam menores que o montante de multas que deveria ser cobrada das operadoras.

383. Essa redução dos valores dos compromissos adicionais já foi objeto de amplas discussões no processo TC 022.280/2016-2, resultando nas seguintes decisões do TCU:

a) Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário:

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;**

b) Acórdão 716/2019-TCU-Plenário

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:

(...)

9.2.4. **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;**

(...)

9.3. **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:

(...)

9.3.2. **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;

384. Dessa forma, para se avaliar o cumprimento das decisões passadas, é necessário avaliar as decisões e motivações da Anatel no caso concreto do TAC da TIM e também analisar se a agência adotou medidas com vistas a aprimorar seus regulamentos.

385. Nos autos constam diversas manifestações da agência e que são relevantes para se compreender o mérito da questão em discussão. A primeira delas consiste no Informe Anatel 837/2018/SEI/COGE/SCO, em que a área técnica avalia (peça 25, p. 11):

3.90. **A leitura efetuada pela PFE-Anatel, acerca do item 9.4.9 do Acórdão 2121/2017/TCU-Plenário, reitera o entendimento do TCU de que a aplicação do artigo 19 do RTAC nos percentuais mínimos estabelecidos pelo texto regulamentar, corresponde a uma espécie de desconto a ser conferido pela Anatel à Compromissária, devendo a Agência avaliar se ‘o nível de desconto a ser concedido sobre o Valor de Referência do TAC terá a capacidade de evitar a prática de novas condutas semelhantes pela Compromissária, bem como para estimular o cumprimento da regulamentação’.** Segundo tal posicionamento, o fato do RTAC estipular uma proporção mínima de compromissos adicionais não elimina a discricionariedade administrativa quanto à definição da proporção a ser aplicada ao caso concreto (nível de desconto a ser concedido no caso concreto).

3.91. **Com a devida vênia, no entendimento dessa Comissão de Negociação, a redação do artigo 19 do RTAC ao estabelecer um valor mínimo de 80% (oitenta por cento) do Valor de Referência (VR) do TAC para os processos com multa aplicada ou decisão de 1ª instância proferida, somados ao valor mínimo de 40% (quarenta por cento) do VR para os demais casos, não tinha outro objetivo se não o de determinar ao administrador que verifique se o projeto de compromisso adicional apresentado pela Compromissária satisfaz ou não esse patamar mínimo exigidos, que será o aplicado em todos os casos, não se estabelecendo que esses patamares seriam elevados dada alguma outra consideração de ordem objetiva.**

3.92. **Ou seja, cabe a Anatel observar se o valor dos compromissos adicionais apresentados pela Compromissária encontra-se ou não conforme a este patamar. Não há qualquer impedimento que o projeto apresentado venha a exceder esse patamar, não podendo, contudo, ficar aquém desse valor mínimo estabelecido. Não cabe a essa Comissão estabelecer patamares superiores que definam um valor de compromisso adicional superior aos percentuais mínimos estabelecidos no RTAC em um caso específico. Para todos os projetos basta observar se o valor mínimo foi alcançado ou não, ou seja, trata-se de uma questão de atendimento aos requisitos legais estabelecidos quanto ao tema.**

3.93. Como já se afirmou anteriormente, o artigo 19 estabelece um patamar de valores que devem ser observados para o atendimento do compromisso adicional. Foi estabelecido dessa maneira, pois

eventualmente um projeto apresentado pela Compromissária pode trazer valores que superem esse patamar, não devendo ser portanto, desconsiderado. Todavia, o caráter subsidiário do compromisso adicional não deve ser jamais desconsiderado. Sobre esse aspecto repisam-se os argumentos já apresentados por essa Comissão em Informes anteriores:

Os investimentos em compromissos adicionais não podem ser tratados como o objetivo principal de um TAC, até porque não são sequer exigíveis por outras entidades estatais - como Ministério Público, outras agências reguladoras, etc. - ao fazerem uso desse instituto. Quando executados na forma de projetos (ao invés da concessão de benefícios diretos aos usuários), os compromissos adicionais representam 80% do valor das multas aplicadas, valor adicional àquele que a empresa terá de dispendar para correção das condutas. Como o valor de um projeto é contabilizado como a parcela dos custos não recuperável com a exploração eficiente do projeto (VPL negativo), o valor total dos investimentos apenas com os compromissos adicionais acaba superando com folga o Valor de Referência do TAC, como se observou nos casos dos TACs da Oi e da Telefônica.

Não há, portanto, como se falar em prejuízo ao interesse público com base na comparação entre o valor total de multas - somando-se inclusive as estimadas, ou seja, valores extraídos de processos em que nem mesmo a infração já estaria plenamente caracterizada - e o valor a ser investido pela prestadora ao longo do TAC, segundo as regras da Anatel.

Assim, deve ser afastada qualquer alegação de aplicação de descontos mínimos.

Deve ser acrescentada, ainda, a essa lógica, os investimentos necessários para ajustamento das condutas negociadas nos TAC com a Anatel, que não tem previsão de mínimo, nem de máximo. Assim, a compromissária deverá fazer os investimentos em montantes suficientes para garantir o ajustamento de todas as condutas. Esses investimentos deverão ser acrescidos aos investimentos que deverão ser realizados para alcançar obrigatoriamente os valores mínimos de VPL exigidos.

3.94. Por todo o exposto, essa Comissão de Negociação considera que os percentuais aplicados, no presente TAC, por incidência do artigo 19 do RTAC na verificação dos compromissos adicionais se encontram dentro dos patamares estabelecidos nesse dispositivo. (grifos nossos)

386. A Análise Anatel 203/2019-EC, do conselheiro relator da matéria na agência, apresentou argumentos semelhantes aos transcritos acima, estando em consonância com os entendimentos da área técnica (peça 19, p. 44 e 45).

387. Em suma, os entendimentos apresentados trazem os argumentos de que:

- a) a previsão dos arts. 19 e 20 do RTAC não deve ser considerada como um ‘desconto’ no valor dos TACs;
- b) os percentuais previstos no normativos se referem a um padrão objetivo, não cabendo à área técnica estabelecer patamares superiores a eles;
- c) a expressão ‘no mínimo’ presente nos dispositivos do regulamento representa somente uma permissão para que sejam admitidos valores de compromissos maiores do que o mínimo exigido nos arts. 19 e 20 do RTAC;
- d) o valor total dos investimentos apenas com os compromissos adicionais acaba superando o Valor de Referência do TAC (VR);
- e) pela lógica do regulamento, não foram estabelecidos critérios objetivos para progressão dos percentuais ali indicados como mínimos a serem observados, servindo-se, portanto, tão somente como limite referencial para admissibilidade dos projetos.

388. Ocorre que as análises acima trazidas pelas diferentes instâncias da Anatel somente replicam argumentos que já foram sucessivamente apresentados no âmbito do processo TC 022.280/2016-2 e que foram tecnicamente refutados pelo TCU, como será demonstrado a seguir.

389. O voto relator que embasou o Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário expôs o seguinte entendimento:

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.

638. Veja-se que, apesar de o último valor atualizado de multas corresponder a (...), o valor de compromissos adicionais poderá ser, considerando o desconto máximo permitido pelo regulamento, de (...). **A diferença de (...) milhões representa desconto carente de motivação por parte da Anatel.**

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

640. Com este cenário, acolho a determinação proposta, com ajustes atinentes ao escopo deste processo, para que a agência apresente a devida motivação e os critérios utilizados para fundamentar o patamar de descontos concedidos com fulcro no art. 19 da Resolução-Anatel 629/2013, em relação ao TAC da Telefônica.

641. Reforço a ciência à Anatel sobre o seu dever legal de tornar pública a motivação para seus atos administrativos de forma fundamentada, inclusive com relação a aplicação de descontos com fulcro no arts. 19 e 20 da Resolução-Anatel 629/2013, em relação a todos os TAC que firmar. (grifos nossos)

390. Em harmonia com o primeiro acórdão, o voto relator que embasou o Acórdão 716/2019-TCU-Plenário afirmou:

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 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. (grifos nossos)

391. As manifestações do TCU firmam o entendimento de que não se está questionando o fato de a norma conceder descontos, mas sim a ausência de motivação com relação a decisões discricionárias tomadas pela Anatel nos casos concretos dos TACs em que concedidos tais benefícios.

392. Observa-se que os entendimentos que embasaram as deliberações do TCU deixam claro que a argumentação sucessivamente, e mais uma vez no TAC da TIM, apresentada pela Anatel não esclarece e nem motiva suficientemente as suas decisões de se considerar apenas parcela do VR como valor dos compromissos adicionais.

393. No entanto, a forma de atuação da Anatel no TAC da TIM (e também no da Algar) e os argumentos presentes nos autos tornam notável a existência de um hiato entre o que a agência entende como motivação técnica para a redução dos valores dos compromissos adicionais e o que já decidiu o TCU sobre o tema.

394. Foi com vistas a esclarecer essa situação e mitigar riscos de haver inconformidades no processo, de forma geral, de celebração de TAC conduzido pela Anatel é que o Tribunal adotou medidas que visam induzir melhorias ao processo previsto no RTAC, conforme item 9.3.2. do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário:

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:

(...)

9.3.2. **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; (grifos nossos)

395. Sobre o cumprimento dessa medida, a Anatel expôs (peça 19, p. 42):

5.426. A Agenda Regulatória da Anatel para o biênio 2019-2020, aprovada por meio da Portaria 542, de 26/03/2019, do Conselho Diretor, contém projeto específico para a reavaliação do regulamento aprovado por meio da Resolução 629/2013: (...)

(...)

5.434. Dito isso, percebe-se que as questões colocadas nos itens 9.2.3. e 9.3.2. já se encontram devidamente endereçadas no sentido que serão discutidas no supracitado projeto de regulamentação constante na Agenda Regulatória da Anatel, iniciando-se no biênio 2019-2020 e continuando, em virtude do rito acima detalhado, no biênio 2021-2022.

396. Assim, propõe-se considerar que a recomendação 9.3.2 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário está em implementação na agência.

397. Quando o RTAC for objeto de revisão pela Anatel, o tema referente aos percentuais de desconto previstos nos arts. 19 e 22 contará não apenas com os subsídios oriundos dos processos de controle do TCU mas também com novos pareceres da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE) e os subsídios advindos da sociedade, como entidades representantes da sociedade civil, operadoras de telecomunicações, entre outros atores do setor. Isso significa que as decisões

futuras no âmbito dos processos de TAC tendem a ter maior robustez, mitigando os problemas apontados na presente seção.

398. Dessa forma, com relação aos aspectos regulamentares, entende-se que já foram adotadas medidas pelo TCU que tratam das questões relacionadas às fragilidades normativas e processuais apontadas na interpretação dos arts. 19 e 22 do RTAC, não havendo necessidade propostas de encaminhamento sobre o tema no presente momento. Ressalta-se que o cumprimento da deliberação será objeto de futuro monitoramento a ser realizado em momento oportuno e conforme planejamento estratégico do TCU.

399. Com relação ao caso concreto da TIM, permanece uma lacuna na motivação da escolha de se adotar como referência para o valor dos compromissos adicionais os percentuais de 80% e 40% previstos no art. 19 do RTAC.

400. O voto relator que embasou o Acórdão 716/2019-TCU-Plenário pontuou que cabe à Anatel realizar a ‘calibração da vantajosidade econômica do TAC para a Administração Pública e para o particular’. Em linha com o disposto na decisão, não há irregularidades ou ilegalidade que permitam o TCU concluir que os percentuais adotados no TAC da TIM estão equivocados ou exigem a adoção de medidas resultantes do controle externo.

401. Há, entretanto, uma insuficiência de motivação para as decisões discricionárias da Anatel, o que representa uma inconformidade no atendimento dos princípios que regem a Administração Pública e que pode demandar uma atuação mais direta do TCU sobre o mérito do acordo.

402. Buscando avaliar com razoabilidade os elementos dos autos, pondera-se que:

a) já há deliberação do TCU no sentido de induzir a agência a normatizar critérios objetivos para regulamentar a concessão dos descontos previstos no art. 19 do RTAC, iniciativa essa relacionada com a revisão do normativo que se encontra na Agenda Regulatória da Anatel para o biênio 2019-2020 e, portanto, está em andamento internamente na agência;

b) por nunca terem sido assinados acordos do tipo, a celebração de TACs na agência e a aplicação do RTAC, juntamente com a identificação das lacunas normativas, é um processo em construção na Anatel, que vem sendo aprimorado à cada etapa, seja no âmbito do próprio órgão regulador ou no TCU;

c) por decisões próprias dos processos de negociação na Anatel, somente restam da primeira rodada de TACs negociados com todas as operadoras de grande porte somente o TAC da TIM, em discussão nos autos, e o da empresa Algar, que também é objeto de acompanhamento pelo TCU (TC 038.355/2019-1);

d) o processo de negociação desses TACs foi iniciado em 2014, de modo que a fase de definição dos percentuais de desconto e premissas do acordo ocorreu em anos anteriores às decisões de mérito do TCU, ocorridas a partir de 2017, e com base no entendimento da agência à época;

e) o processo administrativo do TAC da TIM já estava no âmbito do Conselho Diretor da Anatel, em fase final de tramitação, quando foi exarado o Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, de modo que o atendimento da determinação poderia implicar no reinício da fase de negociação do TAC, com o prolongamento da duração do processo por mais alguns meses ou anos.

403. Assim, tendo em vista as ponderações acima e o tempo transcorrido entre a deliberação do item 9.2.4 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário e a aprovação do TAC da TIM, entende-se razoável propor considerar que, no caso concreto desse TAC da TIM, não é aplicável a determinação 9.2.4 do referido acórdão. Não obstante, a mencionada determinação permanece válida e aplicável aos demais TACs que a Anatel aprovar.

404. Deste modo, com vistas a resguardar os princípios da motivação e interesse público previstos no art. 2º da Lei 9.784/1999, bem como o dever de motivação previsto no art. 50 da Lei 9.784/1999, propõe-se também dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, sobre a ausência, na decisão regulatória quanto ao termo de ajustamento de conduta da prestadora TIM S.A., de motivação clara e embasada em elementos e dados técnicos

para a fixação dos percentuais de redução previstos nos arts. 19 e 20 do RTAC para o cálculo do valor mínimo de compromissos adicionais, o que está em desacordo com os art. 2º e 50, inciso I, da Lei 9.784/1999 e com a determinação constante do item 9.2.4 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrências de outras falhas semelhantes.

405. Ao longo da presente seção IV.1 da instrução foram avaliados aspectos que visavam identificar a predominância do interesse público na escolha dos projetos e localidades dos compromissos adicionais com base nas diretrizes dos normativos e atos que regem os TACs.

406. Foram objeto de análise as questões relacionadas à capacidade dos projetos do TAC da TIM em reduzir desigualdades sociais e regionais, à necessidade de compartilhamento da infraestrutura construída com recursos do TAC, aos impactos dos investimentos na competição local e aos descontos sobre o valor dos compromissos adicionais previstos no arts. 19 e 20 do RTAC.

407. Identificaram-se fragilidades e oportunidades de melhoria nos processos conduzidos pela Anatel tanto no caso concreto do acordo da TIM quanto nos procedimentos e decisões da agência de forma geral.

408. Ressalta-se que foram feitas propostas que visam corrigir as falhas apontadas na presente seção e aprimorar o processo de negociação e elaboração de futuros TACs que, porventura, a Anatel venha a celebrar.

IV.2 Avaliação dos estudos de viabilidade técnica e financeira que determinam o valor presente líquido (VPL) dos compromissos adicionais do TAC da TIM

409. Conforme art. 19 do RTAC serão admitidos acordos em que o valor presente líquido (VPL) a ser investido nos compromissos adicionais seja negativo. A partir dessa exigência, o Acórdão 716/2019-TCU-Plenário decidiu:

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**; (grifos nossos)

410. Dessa forma, passa-se a relatar, de forma sumária, as premissas adotadas pela Anatel no âmbito do TAC da TIM e a avaliar os cálculos realizados.

411. Segundo o estudo do Plano de Negócios do acordo (peça 31, p. 6), o VPL foi estimado pelo método do fluxo de caixa descontado para um período de cinco anos de exploração da rede, sendo que há blocos de municípios e distritos com início do período escalonado entre 2020 e 2022. Além disso, foram adotadas premissas como (peça 31, p. 7):

a) Construção e ativação, conforme cronograma de municípios, das ERBs 4G novas, a serem instaladas pela TIM, e/ou compartilhadas, já existentes e de propriedade de outras empresas, necessárias ao atendimento de cada município conforme a proposta da Prestadora;

b) Demanda dos distritos adicionada à dos municípios de acordo com a proporção populacional do distrito dentro do respectivo município;

c) Uso de backhaul de micro-ondas, satélite ou wireless local loop para interligação das ERBs, de acordo com o projeto apresentado pela Prestadora;

d) Consideração de torres preexistentes nos municípios/distritos conforme dados apresentados pela Prestadora;

e) Consideração de recursos para garantir a compatibilidade reversa da rede 4G para 3G, para permitir o funcionamento de aparelhos somente em 3G;

f) Exploração do SMP na rede implantada;

g) Outras premissas.

412. A primeira questão a ser analisada trata da premissa de se elaborar um fluxo de caixa que considere um horizonte de apenas cinco anos.

413. A escolha do período do fluxo de caixa dos TACs já foi objeto de questionamentos do TCU no TC 022.208/2016-2, em que foi solicitada à Anatel a justificativa para a escolha de um período de dez anos no fluxo do acordo analisado naquele processo. Ressalta-se que, embora se tratasse de um projeto de investimento distinto, o período considerado no TAC da TIM é significativamente menor, correspondendo à metade do tempo considerado no outro acordo avaliado pelo Tribunal.

414. A definição do período a ser considerado no fluxo de caixa impacta diretamente no VPL do projeto e, se estabelecido de forma imprópria, pode distorcer o cenário financeiro estimado de modo que a realidade pode não corresponder ao que foi previsto matematicamente pela agência reguladora.

415. O estudo do TAC da TIM, assim como ocorreu no da Algar (em análise no TC 038.355/2019-1), apresentou os seguintes fundamentos para a escolha de cinco anos (peça 31, p. 8):

Com relação à escolha do período de 5 (cinco) anos para o fluxo de caixa da exploração da infraestrutura a ser implantada em atendimento ao TAC, esclarecemos que a escolha do período foi baseada na premissa de estimar o VPL decorrente da exploração do serviço por meio da infraestrutura implantada em atendimento ao compromisso.

Dessa forma, considerando a necessidade de definir um período de remuneração do capital investido que representasse um trade-off entre os diferentes tempos de vida útil dos diversos equipamentos da rede 4G, **optou-se por utilizar como proxy o tempo de depreciação contábil dos ativos definido no Anexo III - Taxas Anuais de Depreciação da Instrução Normativa RFB 1700/2017, como 5 (cinco) anos. Este prazo tem sido utilizado pela Agência em outros processos que envolvem valoração de serviços de rede móvel, aprovados pelo Conselho Diretor, tais como na valoração de radiofrequências associadas ao Serviço Móvel Pessoal e nos cálculos dos TAC's analisados no último ano.**

416. Em que pese a escolha da Anatel ter sido tecnicamente motivada nos autos, sendo que o critério utilizado pela agência tem como base a depreciação contábil estabelecida pela Receita Federal para os equipamentos da rede, ocorre que nem todos os equipamentos têm prazo de depreciação de cinco anos. Além disso, pode haver uma significativa diferença entre o prazo de depreciação contábil daquele bem e o prazo real em que o equipamento passa a ser obsoleto e deva ser substituído pela operadora. Não por outro motivo, a prática usual no setor de infraestrutura, incluindo o de telecomunicações, é que o prazo do fluxo de caixa guarde relação com o período do negócio avaliado e não com o prazo de depreciação de eventuais investimentos em equipamentos. Aliás, essa é a lógica adotada em todos os fluxos de caixa elaborados pela agência nas suas licitações de radiofrequência.

417. Assim, caso o equipamento tenha um tempo de duração de uso maior do que o considerado no fluxo de caixa do TAC, poderá estar sendo considerado um VPL mais negativo do que a realidade, beneficiando indevidamente a compromissária do TAC, já que no caso real a empresa receberá mais receitas e benefícios com aquele bem por mais tempo, sem que isso esteja contabilizado no estudo da Anatel.

418. Isso é ainda mais relevante no caso do TAC da TIM, pois o valor do VPL é muito próximo do valor mínimo exigido pelo regulamento de TACs da Anatel, de modo que pequenas alterações no fluxo de caixa, como o acréscimo de dois anos, poderiam resultar em um valor de VPL abaixo desse mínimo exigido, implicando a inadmissibilidade do TAC da TIM.

419. Cabe registrar que a TIM havia proposto implementar o compromisso adicional em 543 sedes municipais e em dezoito localidades de quatorze municípios, totalizando um VPL negativo de R\$ 539,9 milhões (peça 29, p. 4), porém, após o encaminhamento do processo administrativo para apreciação do Conselho Diretor, a TIM solicitou a exclusão de cerca de 170 municípios, aumentando o VPL dos compromissos adicionais para o valor negativo de R\$ 376,1 milhões

(peça 19, p. 27-28), que representava cerca de R\$ 293,7 mil acima do valor mínimo exigido à época.

420. Diante do exposto, propõe-se recomendar à Anatel que avalie a conveniência e oportunidade de, ao analisar a viabilidade técnica e financeira dos projetos de compromisso adicionais previstos nos TACs e em instrumentos similares, estabelecer, no fluxo de caixa dos projetos, um intervalo de tempo compatível com a exploração do serviço modelado.

421. O estudo explica que o modelo de projeção de demanda do SMP foi elaborado a partir das previsões do número de acessos de SMP 4G contidas no Modelo de Custos *Bottom-up* da Anatel e das localidades (municípios e distritos) não atendidas com a tecnologia 4G fornecidas pela prestadora. Como o modelo da agência traz a projeção de demanda desagregada por setor do Plano Geral de Outorgas (PGO), foi necessário aplicar um ponderador de acessos por município para se obter as informações em nível mais desagregado, ou seja, por município (peça 25, p. 10).

422. O custo de capital utilizado pela Anatel foi o geral do setor e referente ao ano de 2017, seguindo a Resolução Anatel 630/2014 e resultando em um custo nominal de 7,68% a.a. (peça 31, p. 12).

423. Para aferir os investimentos necessários à construção da rede SMP em tecnologia 4G a agência usou os quantitativos de sites apresentados na proposta de TAC da TIM e a composição da infraestrutura de suporte nas localidades em que já há presença da prestadora, considerando-se os componentes de rede básica como rádios 4G e transmissão que interliga a ERB com a rede da Prestadora (peça 31, p. 13). Os valores desses investimentos foram obtidos a partir de uma combinação de dados reais extraídos da própria operadora sobre a sua rede existente e dados e custos oriundos do modelo de custos da Anatel.

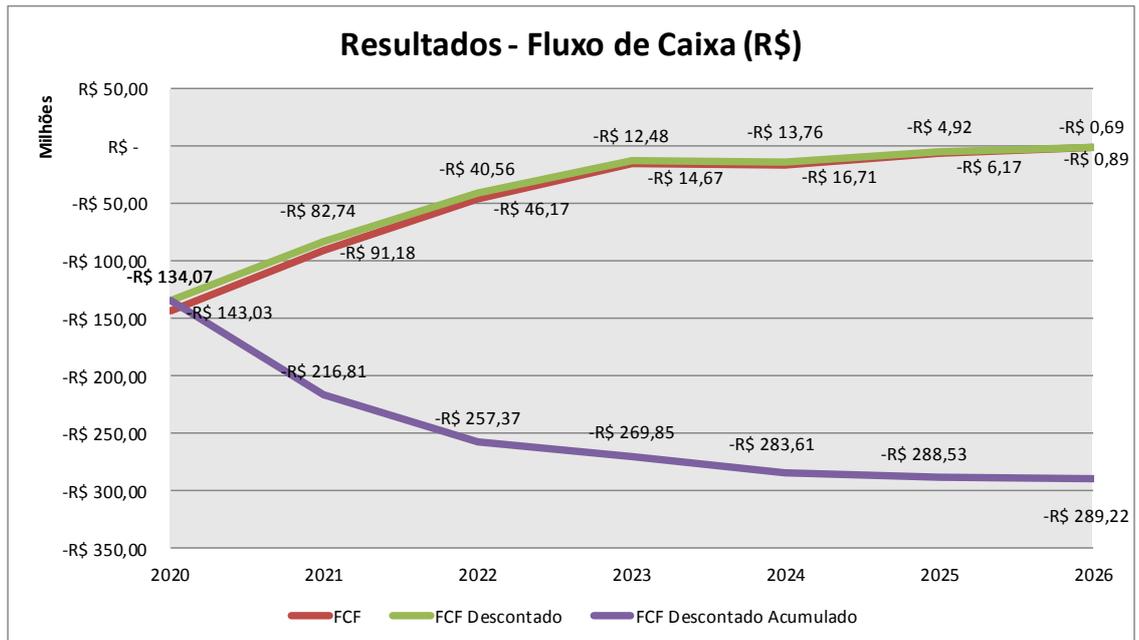
424. Para aferir as receitas, a agência tomou como base a Receita Média Por Usuário (ARPU) do SMP apurada em todas as unidades da federação, estabelecida a partir dos dados do Sistema e Acompanhamento Econômico Financeiro da Anatel e fez ajustes com vistas a estimar a tendência das futuras receitas a partir do histórico de evolução das receitas das prestadoras do SMP entre 2015 e 2018, descontada a inflação do período, e a estimar o ARPU com uma granularidade maior, passando a ser estimado por município.

425. As despesas foram estimadas a partir das informações apresentadas no Documento de Separação e Alocação de Contas (DSAC) do exercício de 2018, relativas ao Modelo de Custos da Anatel, nos termos da Resolução Anatel 396/2005, em que o custo total de um produto ofertado pela prestadora é composto por todos os custos contábeis incorridos pela empresa - inclusive os custos de capital - os quais são distribuídos entre os produtos segundo princípios de causalidade (peça 31, p. 16).

426. Segundo a Anatel (peça 31, p. 21), também foi necessário estimar a parcela das despesas relativa à operação e manutenção do serviço (OPEX), que não estavam incluídas no levantamento de custos citado anteriormente, por serem dependentes intrinsecamente do investimento (CAPEX) do projeto. Para a estimação dos referidos custos do projeto foram utilizadas informações de OPEX unitário anual obtidas a partir do Modelo de Custos *Bottom-Up* da Anatel para cada um dos elementos de rede dimensionados para a construção da rede 4G modelada.

427. Por meio da projeção do fluxo de caixa do projeto dos compromissos adicionais, foi obtido o VPL do acordo da TIM a partir das informações obtidas no mapeamento da demanda, dos custos de capital, dos investimentos necessários, das receitas auferidas e das despesas correntes. A figura a seguir representa o resultado final do cálculo (peça 31, p. 23):

Figura 4 - Resultado do fluxo de caixa dos compromissos adicionais do TAC da TIM



Fonte: peça 31, p. 23

428. Assim, conforme apontado nas primeiras seções do presente relatório, o valor total do VPL dos compromissos adicionais propostos foi estimado em aproximadamente R\$ 289 milhões negativos, que passa a ser considerado como algo em torno de R\$ 378 milhões negativos quando aplicado o fator de desigualdades previsto nos arts. 18 e 19 do RTAC.

429. Além do estudo que explica o plano de negócios do projeto em discussão, foram analisadas pelo TCU todas as planilhas de cálculo e os documentos que embasaram o fluxo de caixa do acordo.

430. Nesse processo, surgiram dúvidas e questionamentos quanto às premissas utilizadas e à forma de cálculo adotada pela Anatel, de modo que foi necessária a realização de reuniões presenciais entre representantes da agência e a SeinfraCOM. Ressalta-se que a maior parte das dúvidas foi resolvida nos encontros presenciais, sendo que o restante foi questionado e respondido por meio de diligência.

431. Nos cálculos, observou-se que a Anatel optou por calcular separadamente o VPL para cada tipo de localidade do TAC, sendo calculados individualmente os valores para cada um dos 356 distritos sede de municípios com menos de 30 mil habitantes e para cada um dos 18 distritos não sede (peça 5, mídia anexa, '[5]-4587088_Anexo_II___Compromissos_Adicionais.xlsx').

432. O último aspecto relevante que foi analisado no VPL do TAC da TIM está relacionado com o disposto no item 9.2.1 do Acórdão 716/2019-TCU- Plenário, que estabeleceu:

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;

433. Assim, com vistas a aproximar o modelo econômico à realidade esperada, a determinação do

TCU ressaltou a obrigação da Anatel de considerar, nos cálculos dos compromissos adicionais dos TACs, a possibilidade e os impactos de haver sinergia entre serviços da prestadora que possa gerar receitas alternativas e compartilhamento de custos.

434. Sobre esse ponto, a área técnica da agência expôs (peça 31, p. 33):

Na análise do projeto proposto para o TAC avaliou-se oportunidades de sinergias entre os serviços da Prestadora e a proposta de atendimento de compromissos adicionais. Foram consideradas no VPL possíveis sinergias entre serviços (áreas de negócio), seja nas receitas auferidas pela prestação do serviço, nas despesas incorridas e/ou nos investimentos realizados.

Do ponto de vista de receita auferida com a prestação de serviço, como o plano foi feito para a prestação do SMP como um todo, todas as receitas associadas à prestação do SMP estão incluídas no cálculo e **não se vislumbrou nenhuma sinergia adicional de receita associada a um outro serviço.**

Quanto ao investimento, a sinergia considerada foi com relação aos sites já existentes. Nos municípios em que a Prestadora já estava presente não se contabilizou investimento com infraestrutura civil (grifos nossos)

435. Das análises acima, verifica-se que, em consonância com a determinação do TCU, no VPL foram consideradas sinergias quanto ao compartilhamento de custos, dado que os investimentos (CAPEX) a serem realizados pela empresa foram ponderados de acordo com a infraestrutura existente naquelas localidades.

436. Como evidência da afirmação da Anatel, constatou-se que, no cálculo dos compromissos adicionais, a agência mapeou quais sites eram pré-existentes na rede da empresa ou a serem construídos e seus respectivos custos (peça 5, mídia anexa, arquivo '[5]-4587088_Anexo_II__Compromissos_Adicionais.xlsx'). Assim, considera-se que, especificamente para a estimativa de custos de investimentos, houve a consideração de sinergias nos cálculos do VPL do TAC da TIM, cumprindo parcialmente a determinação 9.2.1 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.

437. No entanto, conforme apontado pela área técnica da agência, não foram consideradas sinergias quanto à aferição de receitas oriundas de outros produtos ou serviços que a empresa possa fornecer a partir daquela infraestrutura. Sobre o tema, a análise que resultou na aprovação do TAC pontuou (peça 19, p. 41):

5.412. Na análise realizada à luz da infraestrutura para prestação de cada serviço, a avaliação de potenciais sinergias acontece quando se verificam as possibilidades de prestação de outros serviços de telecomunicações - e até mesmo o atendimento de outros mercados - com a mesma infraestrutura.

5.413. Nos **projetos de infraestrutura para prestação do SMP contidos nas propostas apresentadas até o momento, as análises não vislumbraram a possibilidade de que um outro serviço seja passível de exploração pela mesma infraestrutura que não o próprio SMP, ou seja, não se vislumbra sinergias entre serviços da prestadora.** Dessa forma, consta do Estudo Para Valoração Dos Compromissos Adicionais Incluídos no TAC (SEI 4485116) que, como o plano foi feito para a prestação do SMP como um todo, todas as receitas associadas à prestação do SMP estão incluídas no cálculo e **não se vislumbrou nenhuma sinergia adicional de receita associada a um outro serviço.**

5.414. No **caso do TAC da TIM, uma das propostas é de expansão da cobertura 4G, o que, em tese, não gera qualquer possibilidade de interação entre serviços, visto que a operadora não tem presença em parte dos municípios contidos na proposta e que passarão a ser cobertos.** Soma-se a isso o outro objetivo da proposta, que se refere à atualização da rede de acesso, o que implica no incremento de oferta das facilidades inerentes do SMP, bem como a melhoria da qualidade e da experiência dos usuários com o serviço. **Os dois reforçam a avaliação de que o projeto não produz externalidades que gerem sinergias com outros serviços, uma vez que as operadoras do SMP não exploram outros mercados ou serviços de telecomunicações pelo uso**

da rede de acesso do SMP.

5.415. Esse fato se deve, em princípio, à **não existência de interesse econômico no uso da rede de acesso do SMP para a execução de outros serviços. Deve-se ter em vista que a infraestrutura de acesso para a prestação do SMP consiste na utilização de limitado espectro de radiofrequência e possui capacidade limitada de volume agregado de tráfego para o provimento de múltiplos serviços.** Ainda, essa infraestrutura já oferta serviço de varejo com característica multifacetada - que fornece voz e dados com capacidade suficiente para múltiplas aplicações -, **fazendo com que as sinergias permitidas pelas redes de acesso do SMP sejam limitadas, e geralmente não ocorram.** Esse cenário poderá ser diferente, por exemplo, no caso das redes de acesso do 5G, que tem maior capacidade e permitem a entrega de serviços personalizados, dentre outras facilidades.

5.416. A título ilustrativo, projetos de rede móvel geralmente só derivam novas variáveis a serem consideradas no cálculo do VPL devido a sinergias geradas por imposições regulatórias, como no caso de compromissos adicionais de lançamento de fibras ópticas para backhaul da rede acesso. Nesse exemplo, tal condicionamento demandaria a análise da possibilidade de exploração do STFC ou outros serviços utilizando-se da rede do backhaul.

5.417. No caso da TIM, não há obrigação imposta pela Agência com o fim de implantar novos enlaces de fibra óptica ou substituir enlaces de microondas por fibras ópticas para suporte às estações rádio base com uso dos valores referentes ao TAC, o que torna desnecessária tal análise. (grifos nossos)

438. Primeiramente, deve-se registrar que, ao contrário do que foi afirmado, pode haver diversas formas de as operadoras de SMP explorarem outros serviços por meio da rede de acesso da rede móvel, não devendo prosperar o argumento apresentado acima.

439. Conforme já mencionado da seção IV.1.2. da presente instrução, a operadora pode aferir receitas alternativas de outras operadoras por meio do compartilhamento de sua infraestrutura, seja ela referente à rede de transporte que conecta as torres, à própria estrutura da torre, em si, ou até mesmo à própria rede de acesso via rádio entre as operadoras (como *ran sharing*, por exemplo). Assim, são questões que devem, sim, ser consideradas pela agência ao estimar o VPL de projetos como os previstos nos compromissos adicionais dos TACs.

440. Uma evidência disso é que, conforme seção IV.1.2 do relatório, no próprio processo de negociação entre a Anatel e a TIM a empresa defendeu o compartilhamento da rede de acesso móvel entre as empresas. Isso evidencia que, além da prestação do SMP, em si, a empresa também pode auferir receitas por meio da venda de produtos no atacado para outras prestadoras, alugando parte da sua rede construída a partir do TAC para outros possíveis interessados, como pequenos provedores, por exemplo.

441. Essa situação se torna ainda mais viável se forem feitos no TAC investimentos que expandem as redes de transporte da compromissária, o que foi exatamente o que ocorreu no presente acordo, já que o plano de negócio aponta que 'na modelagem foram considerados (...) investimentos em *backhaul* do tipo micro-ondas, satélite ou *wireless local loop* para o escoamento do tráfego da rede 4G dos municípios atendidos de acordo com os dados apresentados pela prestadora' (peça 31, p. 8).

442. Dessa forma, em uma análise sumária, vê-se que há a possibilidade de que a Anatel tenha deixado de considerar relevantes receitas no VPL do TAC da TIM. A mesma fragilidade foi observada no âmbito do TC 038.355/2019-1, sobre o TAC da Algar, visto que o tipo de projeto dos compromissos adicionais de ambos os TACs são equivalentes (implantação de tecnologia em 4G em regiões que não tenham acesso a essa tecnologia).

443. No referido processo, com base em argumentos de cunho técnico, a área técnica da agência expôs entender que a rede construída para atender esse tipo de compromisso adicional não suportaria sinergias com outros serviços já que foi dimensionada para atender somente uma demanda com reduzido volume de tráfego, sem que haja margem de folga suficiente para uma exploração comercial adicional.

444. Embora a arguição da área técnica da Anatel pareça estruturada e bem fundamentada, não foi apresentada uma motivação clara sobre as premissas adotadas pela agência. Paira uma dúvida quanto à desconsideração de outras receitas alternativas, como o aluguel de torres, por exemplo, principalmente se considerado que a maioria significativa das localidades a serem atendidas por esse TAC possuem fornecimento de serviços de telefonia móvel de mais de uma empresa, de modo a demonstrar que há certo interesse comercial na região, conforme apontado na subseção IV.1.1. da presente instrução. Além disso, como dito anteriormente, o valor do VPL no TAC da TIM é muito próximo do valor mínimo exigido pelo regulamento de TACs da Anatel, de modo que pequenas alterações no fluxo de caixa, como o acréscimo de outras receitas, poderiam resultar em um valor de VPL abaixo desse mínimo exigido, implicando na inadmissibilidade do TAC da TIM ou na necessidade de inclusão do atendimento de novas localidades.

445. Novamente depara-se com uma situação em que se identificam oportunidades de melhorias na atuação da Anatel visto que foram apontadas fragilidades nas premissas escolhidas pela agência no âmbito do TAC da TIM. No entanto, não foram constatadas irregularidades que justificassem uma atuação direta do TCU.

446. Considerando-se que se trata de um dos primeiros TACs aprovados no âmbito da agência, entende-se que, à medida que tais acordos forem sendo executados e fiscalizados pela Anatel, a agência terá a oportunidade de aprimorar suas bases de dados e conhecimentos, de modo a reduzir assimetrias de informações e aproximar as suas premissas à realidade encontrada, incluindo o nível de compartilhamento de rede e a obtenção de receitas alternativas pela compromissária.

447. Diante do exposto, tendo em vista que foram consideradas sinergias quanto ao compartilhamento de custos e investimentos no TAC da TIM, propõe-se considerar parcialmente cumprida a determinação 9.2.1 do Acórdão 716/2019-TCU- Plenário.

448. Diante da análise realizada na presente seção, propõe-se também considerar cumprida a determinação 9.5.1 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.

IV.3 Avaliação da proporcionalidade entre o valor de referência das metas do termo e a relevância do compromisso juntamente com suas sanções no TAC da TIM

449. 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.

450. 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.

451. Para o TAC da TIM, a distribuição de tais valores foi feita conforme a tabela abaixo, elaborada a partir das informações do anexo III do Informe Anatel 809/2019/COGE/SCO (peça 5, mídia anexa, arquivo '[4]-4593039_Anexo_III__Valores_de_Multa_por_Descumprimento.xlsx'):

Tabela 8 - Multas por descumprimento dos itens de cronograma de compromissos

Tema	Espécie	Serviço	Compromisso	Total				
				%VR	% VR Item	VR Valor		
Ajustamento de Condutas	Metas-meio	Transporte	Fibra até o site concentrador do Município	40,0%	10,0%	R\$ 63.044.803,60		
		Acesso	Ampliação do LTE 700Mhz		10,0%	R\$ 63.044.803,60		
			Implantação de 4G em cidades ainda não		10,0%	R\$ 63.044.803,60		
		Atendimento	Relacionamento digital "Aplicativo Meu Tim"		3,3%	R\$ 21.014.913,52		
			Atendimento presencial		3,3%	R\$ 21.014.934,32		
			Portal colaborativo		3,3%	R\$ 21.014.934,32		
	Correção da conduta	Indicadores Qualidade	IGQ	10,0%	10,0%	R\$ 63.044.803,60		
			Ações de Ajuste nos controles internos	9,0%	2,0%	R\$ 12.608.960,72		
			Atendimento dos requisitos regulatórios de		5,0%	R\$ 31.522.401,80		
			Ressarcimento aos usuários		2,0%	R\$ 12.608.960,72		
		Universalização	Compromissos de abrangência	10,0%	10,0%	R\$ 63.044.803,60		
		Fiscalização	Ajuste do Passivo de Licenciamento	4,0%	1,0%	R\$ 6.304.480,36		
			Garantir o licenciamento de novas ativações de		2,0%	R\$ 12.608.960,72		
			Óbice à fiscalização		1,0%	R\$ 6.304.480,36		
		Outros	Recursos de numeração	2,0%	1,0%	R\$ 6.304.480,36		
			Digitalização de interconexão		1,0%	R\$ 6.304.480,36		
	Compromissos Adicionais	Execução de Projetos	Acesso e Transporte	Cobertura do SMP em 305 municípios	18 Distritos não sede com tecnologia 3G ou superior 356 Distritos sede com tecnologia 4G/LTE	25,0%	25,0%	R\$ 157.612.009,00
	TOTAL				100,0%	100,00%	R\$ 630.448.014,56	

Fonte: peça 5, mídia anexa, arquivo '[4]-4593039_Anexo_III_Valores_de_Multa_por_Descumprimento.xlsx'

452. Por fins de clareza da presente instrução, suprimiu-se parte dos dados contidos na planilha parcialmente transcrita acima. O documento original possui diversas colunas em que são apresentadas as multas diárias por atrasos para cada um dos compromissos, segregadas por período de fiscalização, ou seja, por pontos de controle estabelecidos pela Anatel, de modo a aprimorar os mecanismos de acompanhamento da agência. Registre-se que a versão da planilha enviada pela Anatel ao TCU, Sei 4593039, contém possível erro material, uma vez que não há menção ao índice de reclamações, que foi recusado em negociações na área técnica, mas reincluído pelo Conselheiro Relator. Destaca-se que no próprio sistema de processo eletrônico da agência uma versão anterior da planilha, Sei 4587044, foi excluída pela área técnica sob a justificativa de erro material.

453. Tendo em vista que são incluídas nos TACs multas oriundas de condutas irregulares ainda não corrigidas pelas operadoras, é relevante garantir de que haja estímulos ao cumprimento dos compromissos de ajustamento de condutas e que as multas do TAC associadas ao descumprimento dessas metas possuam efetividade.

454. A preocupação com esse tema já foi objeto de análise do TCU e resultou nas seguintes deliberações:

a) 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);

b) Acórdão 716/2019-TCU-Plenário:

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:

(...)

9.3.4. 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; (grifos nossos)

455. Assim, é necessário avaliar se, nos seus procedimentos, de maneira geral, ou no caso concreto da TIM, a Anatel buscou atuar em consonância com a recomendação.

456. Sobre o tema, a Análise Anatel 203/2019/EC, que resultou na aprovação do acordo da TIM pelo Conselho Diretor da Anatel, resgatou argumentos da Anatel que já haviam sido apresentados ao TCU em caráter de resposta à oitiva do item 9.5.7 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário e complementou sua análise afirmando (peça 19, p. 36 a 39):

5.386. Sobre os pontos assinalados pela Procuradoria, a Comissão esclareceu, no Informe 126/2017/SEI/COGE/SCO (SEI 1772531), que:

(...)

Importa registrar que a distribuição do Valor de Referência entre os diferentes compromissos ajustados observou parâmetro discricionário admitido pelo RTAC, pautado no caráter prioritário dos compromissos de ajustamento em relação aos compromissos adicionais assumidos no Termo, de sorte a assegurar que o foco central da atuação da Compromissária, no caso concreto, seja o ajustamento e prevenção da conduta irregular e a adoção das providências de reparação de eventuais consumidores prejudicados.

Adicionalmente, utilizou-se também ponderação diretamente relacionada à complexidade dos projetos e propostas considerados, associando-se um maior fator àqueles que, por sua própria natureza, possuem uma maior dificuldade para sua realização e alcance no que concerne o ajustamento de condutas. Dessa forma, os valores de multa previstos refletem, ao mesmo tempo, a ofensividade das condutas tratadas e a complexidade dos compromissos assumidos para sua regularização.

(...)

5.387. Por tudo que foi posto pela Comissão, entendo que as ponderações feitas pela PFE foram devidamente endereçadas. Manifesto minha concordância com a metodologia adotada pela Comissão no sentido de que a distribuição do Valor de Referência seja pautada no caráter prioritário dos compromissos de ajustamento em relação aos compromissos adicionais assumidos no Termo, de sorte a assegurar que o foco central da atuação da Compromissária, no caso concreto, seja o ajustamento e prevenção da conduta irregular e a adoção das providências de reparação de eventuais consumidores prejudicados.

5.388. Ademais, entendo que o interesse público é preservado quando a ponderação feita pela Comissão está diretamente relacionada à complexidade dos projetos e propostas considerados, associando-se um maior fator àqueles que, por sua própria natureza, possuem uma maior dificuldade para sua realização e alcance no que concerne o ajustamento de condutas, de modo que os valores de multa possam refletir a ofensividade das condutas e a complexidade dos compromissos assumidos para a regularização das condutas. (grifos nossos)

457. Em interpretação contrária à do TCU, resta claro que a agência expressa o entendimento de que a melhor forma de se estabelecer e acompanhar o cumprimento e as sanções das metas de

ajustamento de conduta não seria garantindo a proporcionalidade entre os dispêndios ou investimentos a serem feitos pela operadora e as multas por descumprimento da meta do TAC.

458. Segundo a agência, seria mais adequado considerar ‘ofensividade das condutas e a complexidade dos compromissos assumidos para a regularização das condutas’, associando ‘um maior fator àqueles que, por sua própria natureza, possuem uma maior dificuldade para sua realização e alcance (peça 19, p. 38).

459. Observa-se que não foram apresentados novos argumentos que permitissem elucidar a questão pontuada pela Anatel e alterar o entendimento do TCU. Também não foram apresentadas evidências de que a agência solicitou à operadora o seu plano de investimento dos compromissos referentes ao ajustamento de condutas (item 9.6.2 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário) e nem buscou desenvolver os mecanismos citados no item 9.3.4. do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário. Assim, a princípio, entende-se que as referidas recomendações não teriam sido implementadas.

460. No entanto, o voto relator que embasou o Acórdão 716/2019-TCU-Plenário estabeleceu o seguinte entendimento:

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 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.** (grifos nossos)

461. Assim, segundo o Ministro Relator do TCU, deparou-se com uma situação em que, por se tratar dos primeiros processos de TAC na Anatel, não há elementos suficientes para concluir se o interesse público prevalece na forma de gestão defendida pela Anatel ou pela área técnica do Tribunal.

462. Diante do exposto, conclui-se que o monitoramento das recomendações 9.6.2 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário e 9.3.4 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário só poderá ser realizado futuramente, quando o processo de execução e fiscalização das metas do TAC estiver mais maduro e próximo à sua conclusão.

IV.4. Avaliação dos mecanismos voltados à mitigação de riscos associados ao prazo de apuração de eventual descumprimento do TAC

463. Ao longo do processo de acompanhamento dos TACs da Anatel, um fator de preocupação foi a possível morosidade no processo de apuração e sanção do descumprimento das obrigações do

TAC.

464. Isso porque uma tramitação excessivamente demorada resulta na postergação da cobrança de multas milionárias já aplicadas há tempos, situação essa que não traria nenhuma vantagem para o Erário ou a sociedade, mas traria benefícios indevidos para as empresas, uma vez que elas não pagariam as multas originais, que, por sua vez, são arquivadas no momento da assinatura do TAC pela Anatel, postergariam os investimentos prometidos e ainda retardariam o pagamento das multas, de valor igual ou inferior, relativas ao descumprimento do TAC.

465. Nesse contexto, o item 9.3.1 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário estabeleceu a seguinte recomendação:

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; (grifos nossos)

466. Trata-se de uma recomendação que não está relacionada diretamente com as condições do TAC da TIM especificamente, e sim com os procedimentos regulatórios a serem realizados na agência sobre os TACs, como um todo.

467. Ao tratar da questão, a Análise Anatel 203/2019/EC, que resultou na aprovação do acordo em discussão nos autos, afirmou que as medidas adotadas para mitigação dos riscos da demora do trâmite processual foram devidamente abordadas no item que trata da tramitação prioritária (peça 19, p. 47).

468. O referido item se encontra no MAF e explica as seguintes características da tramitação prioritária (peça 22, p. 7):

TRAMITAÇÃO PRIORITÁRIA

Todos os processos administrativos em trâmite na ANATEL, referentes ao TAC, **deverão seguir rito prioritário de instrução e urgência sobre os demais processos que não gozem do benefício**, salvo casos excepcionais devidamente avaliados pela área técnica.

A prioridade será dada na tramitação, prolação de despachos, decisões, análises, designação de reuniões, expedição de documentos, bem como no encaminhamento dos autos à apreciação do Conselho Diretor e na remessa dos autos à Procuradoria Federal Especializada junto à ANATEL.

As intimações serão efetuadas por meio de comunicação eletrônica, nos termos do art. 19 e seguintes do Regulamento do Processo Eletrônico da ANATEL (RPE) aprovado pela Resolução 682, de 31 de agosto de 2017, para fins de alegações, ciência de decisão ou a efetivação de diligências pela COMPROMISSÁRIA no processo administrativo.

A COMPROMISSÁRIA declina irretratável e expressamente ao prazo de consulta eletrônica de que trata o art. 20, § 2º, do RPE, que, neste caso, será de até 3 (três) dias corridos contados do envio da intimação e, esgotado esse prazo, será considerada automaticamente realizada a consulta. (grifos nossos)

469. O MAF elaborado pela área técnica da Anatel já tinha proposto a criação de ritos mais céleres para o descumprimento de itens (PADIC e PADTAC) (peça 22, p. 17 e 18). Posteriormente foi incluída a 'tramitação prioritária', transcrita acima, que estabelece que para determinados processos, todos os atos e diligências terão prioridade na tramitação em todas as instâncias.

470. A princípio a medida apresentada pela Anatel não estabeleceu propriamente prazos, como consta no texto da recomendação do TCU. No entanto, observa-se que a solução proposta mitigou

o risco de possíveis paralisações e mora do processo de apuração de descumprimentos oriundos do TAC nas instâncias decisórias da agência.

471. Até que, futuramente, passe a ser possível analisar como serão conduzidos esse tipo de processos na Anatel, não há como garantir que não haverá demora indevida na apuração de descumprimento dos acordos. No entanto, entende-se que as medidas apresentadas pela Anatel podem trazer ganhos de efetividade e celeridade processual.

472. Diante do exposto, propõe-se considerar implementada a recomendação 9.3.1 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.

473. No entanto, ressalta-se que novas recomendações e determinações podem ser feitas posteriormente pelo TCU quanto ao tema, se verificada que a medida implementada pela Anatel não foi efetiva diante de indícios de morosidade do processo administrativo de apuração de descumprimento de TACs na agência ao longo da execução e fiscalização desses acordos.

IV.5 Monitoramento do cumprimento dos demais itens dos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário

474. Na seção anterior foram analisados aspectos do TAC da TIM e de procedimentos realizados pela Anatel com vistas a verificar o cumprimento das deliberações do TCU quanto à existência ou não de interesse público nos compromissos adicionais do acordo, entre outras.

475. No entanto, diversos outros encaminhamentos foram feitos à agência e também à SeinfraCOM. Tratam-se de decisões sobre aspectos procedimentais que também devem ser objeto de monitoramento pelo TCU, mas não resultam em impacto significativo a ponto de demandar uma análise em seção exclusiva da instrução. Nesse contexto, a análise detalhada do cumprimento das demais deliberações dos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário se encontra no Anexo I do presente relatório.

476. Ressalta-se que o relatório se atém à avaliação somente dos itens que poderiam ser monitoráveis no presente momento, dado que algumas recomendações e determinações foram destinadas a avaliar futuras ações da Anatel, como o processo de fiscalização, em si, dos TACs à medida que estes forem sendo executados e questões que envolvem novos regulamentos, de modo que não serão abordadas essas deliberações.

477. Na tabela abaixo, está representada uma consolidação da análise contida no Anexo I juntamente com as análises já apresentadas no presente relatório, permitindo se ter uma visão global das conclusões obtidas sobre o cumprimento das decisões do TCU pela Anatel no âmbito do TAC da TIM e também dos seus procedimentos, de maneira geral.

478. Deve-se esclarecer que os itens de ambos os acórdãos que não foram relacionados na tabela abaixo correspondem a deliberações não monitoráveis nos autos visto que: em parte significativa deles houve a perda de objeto, como ocorreu com diversas deliberações específicas para o TAC da empresa Telefônica (discutido no âmbito do TC 022.280/2016-2); em outros casos foram feitas determinações e recomendações não aplicáveis ao TAC da TIM por suas características específicas; e em outros itens estão previstas medidas para ações a serem realizadas após a assinatura e execução dos acordos, não sendo passíveis de monitoramento no presente momento.

Tabela 10 - Resumo do monitoramento dos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário

ACÓRDÃO	DELIBERAÇÃO	TIPO DE DELIBERAÇÃO	ANÁLISE DO MONITORAMENTO	ONDE FOI ANALISADA NA PRESENTE INSTRUÇÃO
Acórdão 2.121/2	9.4.1.	Determinação	Parcialmente cumprida	Seção III

017-TCU- Plenário	9.4.2	Determinação	Cumprida	Anexo I
	9.4.3.	Determinação	Cumprida	Anexo I
	9.4.4.	Determinação	Cumprida	Seção III
	9.4.5.	Determinação	Cumprida	Anexo I
	9.4.6.	Determinação	Cumprida	Seção III.2
	9.4.10.	Determinação	Não monitorável	Anexo I
	9.6.1.	Recomendação	Em implementação	Anexo I
	9.6.2.	Recomendação	Não monitorável agora	Seção IV.3
	9.6.3.	Recomendação	Implementada	Seção IV.1.2.
	9.6.4.	Recomendação	Não implementada por decisão da Anatel	Anexo I
	9.6.6.	Recomendação	Parcialmente implementada	Seção IV.1.1.1
	9.9.	Determinação	Não monitorável, mas a deliberação necessita de ajustes	Anexo I
Acórdão 716/20 19-TCU- Plenário	9.2.1.	Determinação	Parcialmente cumprida	Seção IV.2.
	9.2.2.	Determinação	Não monitorável agora	Anexo I
	9.2.3.	Determinação	Em implementação	Anexo I
	9.2.4.	Determinação	Não aplicável	Seção IV.1.3
	9.2.5.	Determinação	Cumprida	Anexo I
	9.3.1.	Recomendação	Implementada	Seção IV.4
	9.3.2.	Recomendação	Em implementação	Seção IV.1.3
	9.3.3.	Recomendação	Não implementada	Seção IV.1.2
	9.3.4.	Recomendação	Não monitorável agora	Seção VI.3
	9.5.1.	Determinação	Cumprida	Seção IV.2.
	9.5.2.	Determinação	Cumprida	Anexo I
	9.5.3.	Determinação	Cumprida	Anexo I
	Acórdão 1.186/2 019-TCU- Plenário	9.1.1.	Determinação	Cumprida

Fonte: elaboração própria.

479. A partir da análise e fundamentos apresentados no presente relatório, consolidando as propostas apresentadas nas seções anteriores e aquelas presentes no Anexo I, propõe-se considerar:

- a) cumpridas as determinações do 9.4.2, 9.4.5 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário; 9.2.5, 9.5.1, 9.5.2 e 9.5.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário; e 9.1.1 do Acórdão 1.186/2019-TCU-Plenário;
- b) parcialmente cumprida a determinação 9.2.1 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário;
- c) implementadas a recomendação 9.3.1 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário;
- d) parcialmente implementada a recomendação 9.6.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;
- e) não implementadas as recomendações 9.6.4 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário e 9.3.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário;
- f) em implementação as recomendações 9.6.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário; 9.2.3 e 9.3.2

do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.

480. Com relação especificamente ao TAC da TIM, propõe-se considerar:

- a) cumpridas as determinações 9.4.3, 9.4.4 e 9.4.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;
- b) parcialmente cumprida a determinação 9.4.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;
- c) implementada a recomendação 9.6.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;
- d) não aplicável a determinação 9.2.4 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.

481. Ressalta-se que na presente seção do relatório não estão sendo propostas ações quanto aos itens listados acima que não foram cumpridos ou atendidos pela Anatel, visto que tais medidas já foram propostas nas seções específicas em que foram analisados.

482. Além disso, conforme fundamentação no Anexo I, propõe-se a alterar o texto do item 9.9 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário para que passe a ter a seguinte redação:

a) ‘determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que, em 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 a implementação dos termos de ajustamento de conduta a serem celebrados’.

CONCLUSÃO

483. Cuidam os autos de acompanhamento do processo de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e o Grupo TIM (também denominado de empresa TIM) quanto aos temas: Direitos e Garantias dos Usuários, Qualidade, Ampliação do Acesso e Fiscalização. Também foi realizado monitoramento de deliberações do TCU acerca dos TACs que ainda estavam pendentes.

484. A negociação de TAC na Anatel já foi objeto de avaliação do TCU por meio dos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário, ambos de relatoria do Ministro Bruno Dantas. As decisões tiveram como objetivo contribuir para o aprimoramento da tramitação de todos os TACs que a agência vier a analisar e a aprovar, além do aperfeiçoamento de outros processos futuros da Anatel que envolvam a transação de recursos públicos ou de compromissos financeiros por investimentos das prestadoras.

485. Os referidos acórdãos estabeleceram diversas medidas e condições a serem observadas pela Anatel no seu processo de celebração de TACs, de forma que o monitoramento dessas ações foi objeto de análise nos autos juntamente com os demais aspectos do TAC da empresa TIM.

486. Em uma visão geral, até o dia 6/9/2019, considerando uma atualização dos valores das multas aplicadas nos processos admitidos no acordo em função da taxa Selic, o valor de referência (VR) do TAC da TIM era de aproximadamente R\$ 630 milhões. Com isso, o valor mínimo dos compromissos adicionais era em torno de - R\$ 378,2 milhões e, a partir dele, foi acordado valor final presente líquido acordado com a TIM seria de - R\$ 289 milhões aproximadamente, montante esse que passaria a ser - R\$ 378,5 milhões ao ser aplicado o fator previsto no art. 19 do RTAC (seção III).

487. Avaliou-se o atendimento dos critérios de admissibilidade do TAC em discussão, em que foram identificadas inconsistências que vão de encontro com o que o Tribunal havia determinado, dado que novamente o conselho da agência aprovou o TAC aceitando de ofício a inclusão de diversos processos que sequer foram avaliados previamente e para os quais não foram definidos compromissos adicionais. No entanto, embora formalmente não tenha cumprido a determinação 9.4.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, visto que novamente o Conselho Diretor da agência aprovou indevidamente a inclusão de pados ainda não analisados no TAC da TIM, vê-se que, neste mesmo caso concreto, a agência garantiu que não fossem feitas alterações desse gênero justamente com o intuito de preservar as negociações anteriores e atender à deliberação do órgão de controle externo (seção III).

488. Sobre o ajustamento de conduta, viu-se que foram estabelecidos compromissos referentes à

qualidade, ampliação do acesso, fiscalização e direitos e garantias dos usuários. De maneira geral, se considerados os entendimentos dos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário, na minuta do acordo e no manual de fiscalização (MAF) não foram identificadas irregularidades ou riscos significativos que justificassem uma atuação específica do TCU. No entanto, no processo de negociação do TAC foram identificadas oportunidades de melhoria da atuação da Anatel, como, por exemplo, aprimoramento da análise realizada pela agência de modo a considerar elementos relacionados com o planejamento comercial da empresa (seção III.1).

489. Sobre os compromissos adicionais, foi estabelecida a implantação de telefonia móvel (SMP) em 4G em 369 municípios que atualmente possuem banda larga móvel em tecnologia 2G ou 3G (não sendo selecionadas localidades em que não haja a prestação desse serviço por alguma operadora do setor). Sendo possível o atendimento de mais de uma localidade dentro de um mesmo município, os perfis das localidades a serem atendidas são: 356 distritos sede de municípios com população inferior a trinta mil habitantes que não possuem cobertura com a tecnologia 4G; e 18 distritos não sede que não possuem cobertura com essa tecnologia que não possuem cobertura com a tecnologia 4G (seção III.2).

490. A partir dos dados analisados, foi possível identificar que a Anatel realizou diversos tipos de procedimentos de consulta a fontes de informações diferentes e diversas formas de fiscalização prévia à assinatura do TAC da TIM de modo a evitar que fossem admitidas, como compromissos adicionais, ações, atividades e investimentos que já tivessem sido realizados pelas operadoras ou que estivessem em andamento no momento da assinatura do instrumento (seção III.2).

491. Sobre as metas de compromissos e condições de fiscalização do TAC da TIM, verificou-se que há dispositivos contratuais que aumentam a segurança jurídica do acordo ao assegurar que a compromissária esteja comprometida com os critérios estabelecidos no Manual de Fiscalização do acordo (MAF). Também foi observado que não foram estabelecidos compromissos cujas metas de cumprimento estejam unicamente concentradas no último ano de vigência do termo e que sejam somente fiscalizadas pela Anatel no final do acordo, o que está de acordo com o que determinou o TCU (seção III.3).

492. Foi feita a análise e monitoramento do cumprimento das questões de maior relevância apontadas nos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário (seção IV).

493. Seguindo as diretrizes das decisões passadas, foi avaliado se havia a predominância do interesse público na escolha dos projetos e localidades dos compromissos adicionais com base nas diretrizes dos normativos e atos que regem os TACs (seção IV.1).

494. Nesse contexto, o primeiro ponto avaliado foi sobre as questões relacionadas à capacidade dos projetos do TAC da TIM em reduzir desigualdades sociais e regionais. Foram identificadas diversas fragilidades nas decisões da agência, resultando na perda de oportunidade de se utilizar, de forma mais efetiva, o TAC como instrumento de redução de desigualdades regionais e sociais (seção IV.1.1).

495. Verificou-se, na redução do valor mínimo de compromissos adicionais exigidos, o uso do Ato Anatel 50.004/2016, que não foi submetido a escrutínio da sociedade e que pode estar possivelmente desatualizado com relação aos normativos vigentes, razão pela qual foi proposta recomendação à Anatel para que dê celeridade à conclusão da revisão do Ato Anatel 50.004/2016, abstendo-se de aplicar a norma vigente a futuros termos de ajustamento de conduta ou em outros procedimentos similares, de acordo com o previsto no art. 2º, § 3º, do próprio Ato Anatel 50.004/2016, que prevê a necessidade de revisão do ato a partir de 2017, o que não foi concluído até o momento (seção IV.1.1.1).

496. Na análise do perfil das localidades escolhidas pela Anatel no TAC da TIM, viu-se que houve evolução nas escolhas da agência em comparação com os TACs anteriores negociados pela agência. Como exemplo, citam-se que foram incluídas no acordo somente localidades das categorias 3 e 4 do PGMC, ou seja, aquelas que possuem baixo ou nenhum nível de competição no mercado, e que a maioria das cidades escolhidas pertencem às regiões Norte e Nordeste (seção IV.1.1.2).

497. Por sua vez, na análise da escolha do projeto de implementação de tecnologia 4G nas localidades elencadas no TAC da TIM, foi constatado o não atendimento das iniciativas previstas no Decreto 9.612/2018, que prevê projetos que garantam o aumento da cobertura de banda larga, e não, em um primeiro momento, o aumento da tecnologia 4G em locais onde já existe cobertura 3G, como consta no projeto do TAC da TIM. Todavia, no caso concreto, verificou-se que esse projeto estava enquadrado na exceção do art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018 (seção IV.1.1.3).

498. Não obstante, tal exceção prevista no decreto não deve ser usada reiteradamente, para todo e qualquer compromisso de investimento em qualquer instrumento, sob pena de esvaziar a política pública de telecomunicações ao ignorar sistematicamente as prioridades expressamente previstas no art. 9º, incisos I a III, do Decreto 9.612/2018. Por isso, foi proposta recomendação à Anatel para que, ao fixar compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações 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, evite o uso reiterado da exceção prevista no art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018, em detrimento da priorização estabelecida pelo art. 9º, incisos I a III, do Decreto 9.612/2018, com vistas a contribuir com a efetividade e eficácia das políticas públicas de telecomunicações (seção IV.1.1.3).

499. A referida medida tem como objetivo assegurar que os investimentos dos compromissos adicionais do TAC priorizem o aumento de cobertura da rede de acesso móvel em localidades que não possuem acesso algum à banda larga móvel, conforme estabelecido no disposto no art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018. Assim, conforme previsto na política pública setorial, deixa-se de priorizar regiões que já possuam banda larga móvel em condições aceitáveis, como a tecnologia 3G (conforme PERT da Anatel), ou seja, fazer atualizações tecnológicas da tecnologia de banda larga móvel, em detrimento de localidades sem acesso a qualquer tipo de banda larga móvel (seção IV.1.1.3).

500. Também foi constatado que o MCTIC ainda não estabeleceu as metas para os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações, conforme determina o art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, apesar de já ter passado mais de um ano da publicação do referido decreto. A mora em definir essas metas prejudica a implementação da política pública de telecomunicações, como já foi observado nos TACs aprovados pela Anatel em 2019. Visando evitar que esse problema se repita com a adaptação das concessões de STFC prevista para ocorrer em um prazo próximo, foi proposta determinação para que o Ministério adote as medidas necessárias para estabelecer essas metas para os TACs e recomendação para que dê celeridade ao estabelecimento das metas para os demais instrumentos e atos regulatórios previstos na Agenda Regulatória da Anatel (seção IV.1.1.3).

501. O segundo ponto avaliado foi com relação às questões relacionadas à necessidade de compartilhamento da infraestrutura construída com recursos do TAC e aos impactos dos investimentos na competição local.

502. No caso concreto do acordo da TIM, embora não tenham sido constatadas inconformidades na atuação da Anatel que justificassem a atuação direta do TCU, com a ausência de compartilhamento das redes do TAC novamente observou-se que há uma perda de oportunidade de se aprimorar o uso do instrumento do TAC, ampliando a sua abrangência e aumentando a efetividade das políticas públicas setoriais. A Anatel optou por não exigir o compartilhamento da infraestrutura oriunda dos compromissos adicionais do acordo da TIM mesmo ele sendo tecnicamente viável e mesmo a operadora apoiando essa iniciativa (seção IV.1.2).

503. O último ponto avaliado com relação ao interesse público do acordo estava ligado às questões relacionadas aos descontos sobre o valor dos compromissos adicionais previstos no arts. 19 e 20 do RTAC. Constatou-se que não houve o atendimento à determinação do TCU dado que se identificou uma insuficiência de motivação para as decisões discricionárias da Anatel. Tal situação representa uma inconformidade no atendimento dos princípios que regem a Administração Pública, demandando em medidas mais diretas do TCU sobre o processo de trabalho da Anatel (seção IV.1.3).

504. No caso concreto, embora fossem cabíveis medidas que visassem corrigir a inconformidade

identificada, entendeu-se ser razoável levar em consideração alguns elementos nos autos que permitiram concluir que, excepcionalmente entende-se razoável considerar que, no caso concreto desse TAC da TIM, não é aplicável a determinação 9.2.4 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário. Não obstante, a mencionada determinação permanece válida e aplicável aos demais TACs que a Anatel aprovar, razão pela qual propõe-se dar ciência à agência sobre seu dever legal de motivar seus atos (seção IV.1.3).

505. Sobre outro tema abordado pelas decisões passadas, foi avaliado o estudo de viabilidade técnica e financeira que determina o valor presente líquido (VPL) dos compromissos adicionais do TAC da TIM, incluindo os cálculos considerados pela agência. Novamente deparou-se com uma situação em que se identificam oportunidades de melhorias na atuação da Anatel visto que foram apontadas fragilidades nas premissas escolhidas pela agência no âmbito do acordo avaliado. Um exemplo de possível inconformidade identificada foi a adoção de prazo de fluxo de caixa de cinco anos com base na depreciação contábil dos ativos, o que pode distanciar o modelo matemático do que ocorre na realidade. Tal situação se torna mais relevante no caso concreto do TAC da TIM porque o valor do VPL é muito próximo do valor mínimo exigido pelo regulamento, assim pequenas alterações poderiam tornar o TAC inadmissível. Visando evitar que tal situação se repita em outros TACs ou projetos, foi proposta recomendação para que a Anatel estabeleça intervalos de tempos mais compatíveis com a exploração do serviço modelado (seção IV.2).

506. Dos assuntos tratados pelo TCU anteriormente, foi avaliada a proporcionalidade entre o valor de referência das metas do termo e a relevância do compromisso juntamente com suas sanções no TAC da TIM, em que se conclui que o monitoramento das recomendações do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário e Acórdão 716/2019-TCU-Plenário só poderá ser realizado futuramente, quando o processo de execução e fiscalização das metas do TAC estiver mais maduro e próximo à sua conclusão (seção IV.3).

507. Avaliou-se também se a Anatel adotou mecanismos voltados à mitigação de riscos associados ao prazo de apuração de eventual descumprimento do TAC. A princípio, a medida apresentada pela Anatel não estabeleceu propriamente prazos, como consta no texto da recomendação do TCU. No entanto, observou-se que a solução proposta mitigou o risco de possíveis paralisações e mora do processo de apuração de descumprimentos oriundos do TAC nas instâncias decisórias da agência (seção IV.4).

508. Nos autos constam documentos em que a Anatel afirma que todas as deliberações do TCU foram devidamente atendidas (peça 19). No entanto, o monitoramento realizado na seção IV.5 indicou que tal análise não corresponde ao entendimento do TCU, dado que ainda há pendências a serem resolvidas, resultando em propostas de medidas sobre esses pontos.

509. No presente relatório foram analisados aspectos do TAC da TIM e de procedimentos realizados pela Anatel com vistas a verificar o cumprimento das deliberações do TCU quanto a questões de maior relevância e impacto para o setor e para a sociedade e questões procedimentais. Ressalta-se que, no presente relatório, o monitoramento das determinações e recomendações foi feito com relação ao caso concreto do TAC da TIM, mas os apontamentos feitos devem ser observados pela Anatel em seu processo de celebração de TAC de maneira geral e em futuros acordos.

510. Nesse contexto, no Anexo I foi feita análise detalhada do cumprimento das demais deliberações dos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário, que permitiu o monitoramento de cada uma das deliberações pendentes (seção IV.5).

511. Impende registrar que as conclusões e a proposta de encaminhamento do presente relatório foram objeto de apresentação e discussão com os gestores do MCTIC e da Anatel, em reuniões realizadas em 12/2/2020 (peças 40 e 41), de forma a dar cumprimento ao objetivo preconizado pelo item 93 do Manual de Acompanhamento do TCU sem prejudicar a celeridade requerida pelo caso. Todos os apontamentos trazidos pelos gestores foram analisados e estão refletidos nas considerações feitas ao longo do relatório.

512. Por fim, diante do exposto nos presentes autos, entende-se cabível propor informar à Agência

Nacional de Telecomunicações (Anatel) que, dentro do escopo delimitado para o presente Relatório de Acompanhamento, não foram detectadas irregularidades ou impropriedades que desaconselhem a celebração imediata do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Anatel e a prestadora TIM S.A., objeto destes autos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

513. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com fundamento art. 241 do Regimento Interno do TCU e no item 9.10 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, deliberação que determinou a análise deste Tribunal sobre esse TAC, propondo:

a) informar à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) que, dentro do escopo delimitado para o presente Relatório de Acompanhamento, não foram detectadas irregularidades ou impropriedades que desaconselhem a celebração imediata do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Anatel e a prestadora TIM S.A., objeto destes autos;

b) determinar ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), 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 adote, no prazo de 180 dias, providências com vistas a estabelecer as metas a serem adotadas na definição de compromissos de expansão de serviços de telecomunicações nos próximos termos de ajustamento de conduta a serem celebrados pela Anatel, haja vista que sua ausência infringe o art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, os arts. 1º e 7º, incisos I e II, também do Decreto 9.612/2018, e os arts. 1º e 2º, incisos I e VI, da Lei 9.472/1997, bem como prejudica a eficácia e a efetividade da implementação dos objetivos da política pública de telecomunicações definidos pelos art. 2º, inciso I, alíneas 'a', item 2, e 'b', art. 5º, inciso I, e art. 9º, incisos I a III, do Decreto 9.612/2018;

c) recomendar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU:

c.1) ao MCTIC que avalie a conveniência e oportunidade de dar celeridade ao estabelecimento de metas para outorgas e atos regulatórios que estejam previstos na Agenda Regulatória da Anatel, de forma a orientar a fixação pela agência reguladora de compromissos de expansão de serviços de telecomunicações 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, consoante preconizado pelo art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, com vistas contribuir com a eficácia e a efetividade da implementação dos objetivos da política pública de telecomunicações;

c.2) à Anatel que avalie a conveniência e oportunidade de:

c.2.1) dar celeridade à conclusão da revisão do Ato Anatel 50.004/2016, abstendo-se de aplicar a norma vigente a futuros termos de ajustamento de conduta ou em outros procedimentos que também envolvam a utilização de recursos públicos em compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações fixados pela Anatel, de acordo com o previsto no art. 2º, § 3º, do próprio Ato Anatel 50.004/2016;

c.2.2) ao analisar a viabilidade técnica e financeira dos projetos de compromisso adicionais previstos nos TACs e em instrumentos similares, estabelecer, no fluxo de caixa dos projetos, um intervalo de tempo compatível com a exploração do serviço modelado;

c.2.3) ao fixar compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações 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, evitar o uso reiterado da exceção prevista no art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018, em detrimento da priorização estabelecida pelo art. 9º, incisos I a III, do Decreto 9.612/2018, com vistas a contribuir com a efetividade e eficácia da política pública de telecomunicações;

d) dar ciência à Anatel, com fundamento no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, sobre a ausência, na decisão regulatória quanto ao termo de ajustamento de conduta da prestadora TIM S.A., de motivação clara e embasada em elementos e dados técnicos para a fixação dos percentuais de redução previstos nos arts. 19 e 20 do RTAC para o cálculo do valor mínimo de compromissos

adicionais, o que está em desacordo com os art. 2º e 50, inciso I, da Lei 9.784/1999 e com a determinação constante do item 9.2.4 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, com vistas à adoção de providências internas que previnam a ocorrências de outras falhas semelhantes;

e) considerar:

e.1) especificamente com relação ao TAC da TIM:

e.1.1) cumpridas as determinações 9.4.3, 9.4.4 e 9.4.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;

e.1.2) parcialmente cumprida a determinação 9.4.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;

e.1.3) implementada a recomendação 9.6.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;

e.1.4) não aplicável a determinação 9.2.4 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário;

e.2) em caráter geral, com relação ao Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, como:

e.2.1) cumpridas as determinações 9.4.2, 9.4.5;

e.2.2) parcialmente implementada a recomendação 9.6.6;

e.2.3) em implementação a recomendação 9.6.1;

e.2.4) não implementada a recomendação 9.6.4;

e.3) em caráter geral, com relação ao Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, como:

e.3.1) cumpridas as determinações 9.2.5, 9.5.1, 9.5.2 e 9.5.3;

e.3.2) parcialmente cumprida a determinação 9.2.1;

e.3.3) implementada a recomendação 9.3.1;

e.3.4) em implementação as recomendações 9.2.3 e 9.3.2;

e.3.5) não implementada a recomendação 9.3.3;

e.4) em caráter geral, com relação ao Acórdão 1.186/2019-TCU-Plenário, como cumprida a determinação 9.1.1;

f) alterar o texto do item 9.9 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário para que passe a ter a seguinte redação: ‘determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que, em 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 a implementação dos termos de ajustamento de conduta a serem celebrados’;

g) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida neste processo à Anatel e ao MCTIC;

h) encerrar o presente processo, com fulcro no art. 169, incisos II e V, do Regimento Interno do TCU.

ANEXO I

Detalhamento do Monitoramento do cumprimento dos demais itens dos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e 716/2019-TCU-Plenário

□. Item 9.4.2 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário

1. Sobre o estabelecimento de pontos de controle e multas diárias, no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário o TCU demonstrou a seguinte preocupação:

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); (grifos nossos)

2. A determinação foi resultado da preocupação do Tribunal com a decisão da Anatel de se estabelecer compromissos cujo cumprimento de meta e fiscalização só ocorreriam ao final do TAC, momento em que não haveria mais tempo hábil para a correção do problema, prejudicando o interesse público do acordo. A deliberação também foi resultado da necessidade de se assegurar que os indicadores de SMP que compõem o IGQ fossem atendidos individualmente, de modo a evitar que um indicador geral (IGQ) pudesse mascarar o desempenho ruim de um índice por meio de um desempenho muito elevado de outro.

3. Sobre o tema, a Análise Anatel 203/2019-EC, que resultou na aprovação do TAC da TIM expôs (peça 19, p. 6):

5.49. Vale ressaltar, portanto, que a determinação acima posta possui duas vertentes: i) o estabelecimento de metas parciais, com respectivas multas por descumprimentos; e ii) a previsão de sancionamentos em caso de retrocessos persistentes e não transitórios em relação aos patamares verificados no momento da celebração do TAC.

5.50. Quanto ao segundo ponto supra, vale dizer que a preocupação do TCU é que indicadores específicos venham a sofrer pioras persistentes no curso do TAC, em relação às suas situações iniciais, sendo essas mascaradas pelo simples acompanhamento do IGQ.

Avaliação da PFE

5.51. Inicialmente, a **PFE expôs, em seu Parecer 869/2018/PFE-Anatel/PGF/AGU (SEI 3494644), que ‘o corpo técnico, em atendimento às determinações exaradas pela Corte de Contas da União, estabeleceu metas intermediárias para o ajuste da conduta com base no índice julgado adequado para tanto, prevendo, ainda, sanções para o caso de descumprimento destas metas’.**

5.52. Em relação ao segundo ponto trazido pela Corte de Contas, **ressaltou o órgão jurídico que foi incluída cláusula específica prevendo a incidência de multa para retrocessos persistentes em indicadores específicos, nos seguintes termos (...).**

5.53. Assim, concluiu a PFE que a área técnica atendera às determinações constantes do item 9.4.2 do Acórdão 2.121/2017.

5.54. Não obstante, a Procuradoria reiterou seu entendimento anteriormente apresentado de que o IGQ não é um indicador estabelecido na regulamentação, ressaltando que o adequado seria acompanhar as metas já estipuladas.

(...)

5.67. Quanto aos apontamentos feitos pelo TCU a respeito da inclusão de metas intermediárias e de mecanismos que coíbam retrocessos persistentes em indicadores específicos, entendo, em linha com as considerações da PFE, devidamente atendidos, com as inclusões propostas pela área técnica.

(...)

5.69. Como dito, **o IGQ representa o consolidado de 12 (doze) indicadores, os quais, se exaustivamente descritos no TAC, representariam doze condutas distintas, com condições, tais como acompanhamento e fiscalização, idênticas.**

5.70. **Ademais, ao se incluir mecanismo de coibição de retrocessos em indicadores específicos, conforme determinado pelo TCU, mitiga-se eventuais mascaramentos que o acompanhamento sistêmico pelo IGQ poderia gerar, não se vislumbrando outro efeito na consolidação senão a economicidade.**

5.71. Dessa forma, alinho-me à proposta formulada pela área para a conduta relativa a qualidade, propondo assim aprová-la, com os ajustes aos itens do cronograma mencionados. (grifos nossos)

4. Ao avaliar as respostas da agência juntamente com a tabela de sancionamento elaborada pela Anatel para o TAC da TIM, identifica-se que foram devidamente estabelecidas metas intermediárias e pontos de controle distribuídos ao longo de todo o tempo de vigência do acordo, sendo que há sanções atreladas a cada uma dessas etapas, em caso de descumprimento (peça 5, mídia anexa, arquivo '4593039_Anexo_III__Valores_de_Multa_por_Descumprimento.xlsx').

5. Assim, em consonância com a determinação do TCU, a Anatel adotou mecanismos que prevejam a 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.

6. No entanto, para se assegurar o integral atendimento à deliberação do Tribunal, se faz necessário também verificar também se há a previsão, no TAC da TIM, de cumprimento de metas intermediárias para cada indicador e/ou índice utilizado para mensuração do Índice Geral da Qualidade (IGQ).

7. Sobre o tema, viu-se que o MAF trouxe a seguinte condição:

COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS

Ajustamento das obrigações relativas aos Indicadores de Qualidade

A COMPROMISSÁRIA se obriga, ao término da vigência do presente Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) a atender integralmente as metas dos indicadores de qualidade do Serviço Móvel Pessoal - SMP, vigentes à época, bem como dos serviços que resultarem de eventuais evoluções regulamentares que neles promovam modificações, substituições e incorporações, de modo a atingir os seguintes percentuais do Índice Geral de Qualidade - IGQ, de acordo com o cronograma previsto no TAC.

Para a verificação e Apuração de Cumprimento deste item, serão utilizados os métodos de coleta, cálculo e consolidação previstos na regulamentação vigente. (grifos nossos)

8. Dessa forma, em consonância com a deliberação do TCU, vê-se que há previsão contratual de que, até o final do acordo, sejam cumpridas integralmente as metas dos indicadores do SMP, não limitando o compromisso a apenas o atendimento da meta do Índice Geral da Qualidade (IGQ).

9. Diante de todo o exposto, com relação ao TAC da TIM, propõe-se considerar cumprida a determinação 9.4.2 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

□. Item 9.4.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário

10. Foi estabelecido:

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:

9.4.3. **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); (grifos nossos)

11. Sobre o tema, a Análise Anatel 203/2019-EC, que resultou na aprovação do TAC da TIM expôs

(peça 19, p. 39):

5.393. Nos termos do exposto no Informe 213/2018/SEI/COGE/SCO (SEI 2659070), **para dar tratamento à citada determinação, adotou-se a premissa de que a multa total pelo descumprimento dos compromissos adicionais deve ser maior ou igual ao total de investimento necessário para a execução de tais compromissos (CAPEX) (...).**

(...)

5.394. Para que tal condição fosse verdadeira, buscou-se garantir um percentual mínimo do VR a ser atribuído às multas a serem pagas em caso de descumprimento, bem como o valor da multa diária pelo atraso. **De acordo com os cálculos realizados pela área técnica o percentual do VR associado aos Compromissos Adicionais deve ser de 25% (vinte e cinco por cento) e que o teto da multa diária seja de 2 (duas) vezes o Valor de Referência.**

5.395. Consta do Informe simulação utilizando os valores disponíveis à época, que **demonstra que a sanção máxima estimada pelo descumprimento integral do compromisso nos termos propostos pela área técnica superam os valores previstos de investimento (...).**

(...)

5.397. Importa ressaltar que a referido item determinou ainda que o valor da sanção deveria ser ‘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)’, nesse contexto o Informe 213/2018/SEI/COGE/SCO (SEI 2659070) registrou que:

4.88. Quanto à questão do fator de redução, o projeto do Grupo Tim teve VPL multiplicado pelo fator de redução em função de se enquadrar como projeto estratégico nos termos do Ato 50.004/2016 da Anatel, no entanto, considerou-se no cálculo o CAPEX original, antes da aplicação do fator de redução, conforme determinado pelo TCU na determinação constante do item 9.4.3. do Acórdão 2.121/2017-TCU.

5.398. A PFE entendeu que a determinação feita pelo Tribunal de Contas restou atendida pela proposta apresentada pela área técnica, tendo se manifestado no Parecer 869/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI 3494644)

(...)

5.403. Dado o exposto, **entendo que o disposto pelo TCU, no item 9.4.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU, foi devidamente observado com definição de valores totais de multa superiores aos montantes previstos de investimentos para compromissos adicionais, garantindo os estímulos adequados ao cumprimento dos compromissos a serem assumidos, bem como ao atendimento ao interesse público na utilização de tais instrumentos. (grifos nossos)**

12. A referida análise foi feita com base nas condições do TAC que estavam negociadas no momento da aprovação. Dessa forma, com transcorrer do tempo e posteriores mudanças nos projetos do acordo da TIM, foi necessário verificar se os dados atualizados ainda atenderiam à determinação.

13. Avaliando os cálculos atualizados, presentes no anexo do Informe Anatel 809/2019/COGE/SCO (peça 5, mídia anexa, arquivo ‘[4]-4593039_Anexo_III_Valores_de_Multa_por_Descumprimento.xlsx’), observou-se a seguinte situação:

Tabela 1 - Comparação entre valor total da multa e valor dos investimentos no TAC da TIM

Valor de Referência atribuído ao sancionamento de Compromissos Adicionais (25% do VR)	Multa por descumprimento do item de cronograma	Multa diária total	Total de Multa por descumprimento:
R\$ 157.612.009,00	R\$ 157.612.009,00	R\$ 315.224.018,00	R\$ 472.836.027,00

Total do Capex:
R\$ 236.798.259,40

Fonte: Elaboração própria a partir dos dados presentes na peça 5, mídia anexa, arquivo '[4]-4593039_Anexo_III__Valores_de_Multa_por_Descumprimento.xlsx'

14. Verifica-se que, em valores globais, a multa total por descumprimento supera o valor presente dos investimentos (capex) a serem realizados nos compromissos adicionais do acordo em discussão nos autos.

15. A partir dos dados das planilhas da Anatel, observa-se que o mesmo ocorre se considerados individualmente os investimentos para cada município e também para as rodovias, de modo que o capex a ser investido em cada um deles é inferior ao total previsto de multas em caso de atrasos e descumprimentos (peça 5, mídia anexa, arquivo '[4]-4593039_Anexo_III__Valores_de_Multa_por_Descumprimento.xlsx').

16. Diante do exposto, propõe-se considerar cumprida a determinação 9.4.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário no TAC da TIM.

□. **Item 9.4.5 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário**

17. Foi estabelecido:

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:

9.4.5. **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); (grifos nossos)

18. Sobre o tema, a Análise Anatel 203/2019/EC expôs (peça 19, p. 29 e 30):

5.307. A referida determinação consta do item 9.4.5 do citado Acórdão e dispõe o seguinte: (...).

(...)

5.308. Em atenção ao referido item do Acórdão, com o intuito de garantir clareza e objetividade ao texto quanto aos compromissos adicionais, **a área técnica, conforme exposto no Informe 213/2018/SEI/COGE/SCO (SEI 2659070), adaptou as cláusulas da minuta do termo a fim esclarecer que qualquer alteração de município ou de distrito não sede poderá ser solicitada pela prestadora à Agência, que analisará a viabilidade da substituição**, nos termos da sugestão de redação do §4º da Cláusula 5.1 da minuta do TAC anexa ao referido Informe (SEI 3244059):

§ 4º. A COMPROMISSÁRIA poderá solicitar a substituição de município, ou qualquer conjunto de municípios, integrante(s) do Anexo E por outro município, ou conjunto de municípios, com apresentação de justificativa fundamentada, com antecedência mínima de 90 (noventa) dias à data de início do cumprimento da meta, desde que o VPL (com multiplicador) para tal município ou conjunto de municípios seja igual ou mais negativo do que aquele para o(s) município(s) substituídos, considerados os parâmetros econômicos e metodologia de cálculos dos planos de negócios acordados na data de assinatura do TAC, e constantes do Anexo E, para avaliação e aprovação da Anatel acerca da viabilidade e do interesse público ou não de tal substituição.

5.309. A PFE expressou, no Parecer 869/2018/PFE-ANATEL/PGF/AGU (SEI 3494644), o entendimento de que a determinação do item 9.4.5 restou atendida pelas adaptações feitas pela área

técnica nas cláusulas da minuta do termo do TAC, conforme apontado em item de sua conclusão:

336. A área técnica adaptou as cláusulas do Termo a fim de ficar claro que qualquer alteração de município ou de distrito não será solicitada pela prestadora à Agência, que analisará a viabilidade da substituição. Observa-se, assim, o atendimento pela Agência da determinação constante do item 9.4.5 do Acórdão 2.121/2017/TCU. (grifos nossos)

19. Assim, observa-se que a Anatel promoveu alterações nas cláusulas presentes na minuta do TAC da TIM de forma a esclarecer as condições e possibilidades de alteração na escolha das cidades a serem incluídas nos projetos do acordo. As modificações, de fato, deixam claro que qualquer tipo de alteração deverá ser aprovada pela Anatel, sendo a mudança apenas uma possibilidade e não um direito da compromissária, de maneira que veda-se a alteração unilateral por parte da operadora quanto ao objeto do ajustamento de conduta e dos compromissos adicionais.

20. Diante do exposto, propõe-se considerar cumprida a determinação 9.4.5 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário no TAC da TIM.

□. **Item 9.4.10 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário**

21. A decisão do TCU resultou na seguinte determinação à Anatel com relação ao caso concreto do TAC da empresa Telefônica, avaliado no TC 022.280/2016-2:

9.4.10. abstenha-se de liberar as garantias relativas aos 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);

22. A preocupação do Tribunal estava relacionada com a troca de algo concreto e já executável, como as garantias de editais, por um novo acordo sem que houvesse a devida segurança de que os objetivos do edital seriam cumpridos no âmbito do TAC.

23. Sobre o tema, a Análise Anatel 203/2019/EC expôs (peça 19, p. 10):

5.85. De início, concordo com o entendimento posto pela Procuradoria quanto à aplicabilidade da determinação do TCU a qualquer TAC. Nesse sentido, faz-se necessário o presente Termo de Ajustamento preveja a retenção dos instrumentos de garantia até o devido adimplemento das obrigações.

5.86. A esse respeito, consta da minuta de TAC cláusula no seguinte sentido:

Cláusula 3.9. O descumprimento das obrigações contidas na Cláusula 3.8 não obsta a execução, por parte da Anatel, da garantia dada em razão da obrigação decorrente da licitação, em concomitância com as multas previstas neste TAC.

Parágrafo único. Até a emissão do atesto de cumprimento dos compromissos de abrangência, seus respectivos instrumentos de garantia devem permanecer válidos.

5.87. Há, portanto, previsão expressa não apenas da necessidade de manutenção das garantias, mas também da possibilidade de suas execuções, no caso de inadimplemento das obrigações. Entendo, dessa forma, em linha com a área técnica e com a PFE, que resta atendida a determinação do TCU sobre o assunto. (grifos nossos)

24. Embora a deliberação tenha sido direcionada especificamente ao TAC da Telefônica, cujo cumprimento já foi objeto de avaliação do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, é importante que os mesmos princípios sejam atendidos em outros acordos que tenham envolvido garantias de editais.

25. Ao analisar a inclusão da cláusula transcrita acima e o posicionamento da Anatel, observa-se que, com os ajustes contratuais realizados no TAC da TIM, a agência agiu em consonância com a deliberação do TCU. No entanto, não cabem propostas de encaminhamento sobre o tema dado que não se trata de item monitorável para os demais TACs.

□. **Item 9.6.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário**

26. Foi estabelecido:

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 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); (grifos nossos)

27. Sobre o tema, antes de elaborar análise conclusiva sobre o tema, o relator da matéria, à época, realizou diligência às superintendências envolvidas para que fossem feitos ajustes na minuta, que novamente deveria ser encaminhada para a PFE (peça 19, p. 2). A diligência foi motivada com base nos seguintes fundamentos (peça 20):

Após o encaminhamento do referido Processo de TAC para deliberação do Conselho Diretor (CD), em 12/9/2017, **o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) proferiu o Acórdão 2121/2017**, com base em Voto de relatoria do Ministro Bruno Dantas, apresentado em sua Sessão Ordinária de 27/9/2017. **Constam do referido Acórdão, determinações e recomendações a serem adotadas pela Agência em todos os TAC a serem celebrados, o que inclui, por certo, o presente feito. Em ponderação salutar, o Ministro Relator, destacou a importância de que o Conselho Diretor participe de forma mais tempestiva na negociação, de maneira a evitar sucessivos retornos às áreas técnicas para ajustes.**

28. Verifica-se que, no processo de negociação do TAC da TIM, houve preocupação da Anatel em atuar em consonância com as diretrizes do Tribunal e que houve diversas interações entre a área técnica e o conselheiro relator da matéria previamente à elaboração da proposta final aprovada pela agência.

29. No entanto, a deliberação do TCU é no sentido de aprimorar o regulamento de TAC de modo a abarcar a questão da maior participação do Conselho Diretor, ou seja, trata-se de uma matéria de cunho geral, não estando relacionada especificamente com o TAC da TIM e sim com todos os acordos.

30. Nesse sentido, no âmbito do processo do TCU que trata do TAC da empresa Algar, a Anatel alegou que os ajustes normativos serão considerados no processo de revisão do RTAC, que já consta da proposta de Agenda Regulatória para o período 2019-2020 (TC 038.355/2019-1, peça 17, p. 10).

31. Assim, propõe-se considerar em implementação a recomendação 9.6.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

□. **Item 9.6.4 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário e item 9.2.2 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário**

32. Foi estabelecido:

a) Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário:

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);

b) Acórdão 716/2019-TCU-Plenário:

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;

33. Sobre o tema, a Análise Anatel 203/2019/EC expôs (peça 19, p. 2, 34 e 35):

4.11. Em 18/06/2019, a Superintendência de Controle de Obrigações encaminhou a este Gabinete o Memorando 161/2019/COGE/SCO (SEI 4281349), **por meio do qual sugere que a obrigação de contratação de terceiros por parte TIM para elaboração de relatórios e auxílio à fiscalização da Agência deveria ser suprimida do TAC**, uma vez que, em seu formato atual, esse instrumento não possui um número elevado de compromissos que impeçam a Compromissária pelos seus próprios meios de realizar a prestação de contas, bem como a fiscalização da Anatel de realizar a aferição de seu cumprimento.

(...)

5.362. A possibilidade de contratação de empresa terceirizada para auxiliar as atividades de fiscalização já havia sido avaliada pela Corte de Contas e, no Acórdão 2.121/2017, havia solicitação para que a Anatel se manifestasse sobre o tema.

5.363. Na negociação com o Grupo Telefônica, propôs-se a contratação de uma Empresa Terceirizada visando comprovar a fidedignidade dos dados e informações a serem prestados à Anatel, e também a exclusão da obrigação de implementação de solução tecnológica específica para o acompanhamento dos compromissos, levando-se em consideração a análise feita pelo TCU. A possibilidade de contratação acabou por ser replicada em todos os TACs em andamento à época.

5.364. Ao avaliar a situação, a Comissão de Negociação informou em seu Memorando 161/2019/COGE/SCO (SEI 4281349) que a origem para a exigência de uma empresa terceirizada se deu a partir dos Termos de Ajustamento de Conduta negociados com os grupos Oi e Telefônica, uma vez que naquelas ocasiões, dado o volume e complexidade dos projetos de ajustamento então em discussão, entendeu-se necessária a previsão de contratação de empresa para auxílio na prestação de contas das Compromissárias.

5.365. No entanto, prossegue a Comissão, com relação ao TAC a ser celebrado com o Grupo TIM, não haveria ‘um número elevado de compromissos que impeçam à Compromissária pelos seus próprios meios de realizar a prestação de contas, bem como de a fiscalização da Anatel realizar a aferição de seu cumprimento, além do custo suplementar que tal contratação acarreta à compromissária, sugere-se ao eminente Relator, avaliar a supressão de tal obrigação no presente TAC.’

5.366. De fato, em termos de volume de informações a ser fornecida e fiscalizada pela Anatel, o TAC da TIM é, em boa medida, menor do que os TACs para os quais a contratação de empresa terceirizada foi idealizada o que, na verdade, apenas oneraria ainda mais o instrumento, sendo os custos, por óbvio, repassados aos usuários.

5.367. Não apenas isso, mas os projetos reestruturantes e compromissos adicionais acordados no presente Termo referem-se a hipóteses já amplamente fiscalizadas pela Agência, ou seja, há uma expertise da equipe da SFI com o tema, advinda das inúmeras atividades desenvolvidas para aferir o cumprimento dos compromissos de abrangência de editais, **que pode ser utilizada na fiscalização do presente TAC, dispensando, portanto, a necessidade de contratação de uma terceirizada para isso.** (grifos nossos)

34. Vê-se que, nos termos da proposta de TAC da TIM elaborada pela área técnica da Anatel, originalmente estava prevista a contratação de uma empresa terceirizada para auxiliar no processo de fiscalização daquele acordo. Nessas condições, passaria a ser exigível o atendimento das deliberações do TCU.

35. No entanto, em momento posterior, quando a matéria já estava pendente de decisão do Conselho Diretor da agência, houve uma alteração desse entendimento, de modo que tal contratação não será mais exigida no TAC da TIM.

36. Sabe-se que o item 9.6.4 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário já foi monitorado pelo Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, que concluiu que a deliberação não foi implementada por decisão da Anatel, situação essa que permanece inalterada.

37. Diante da ausência de obrigação de contratação de empresas terceirizadas no TAC da TIM, entende-se não ser cabível o monitoramento da deliberação 9.2.2 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário no TAC da TIM. No entanto, ao observar a negociação do referido acordo, foi possível identificar uma fragilidade no processo decisório da Anatel. Isso porque não estão claros os critérios que definem em quais situações deve ser exigida a contratação de empresas terceirizadas, o que pode implicar em prejuízos ao princípio da isonomia nos processos de TAC da agência.

□. **Item 9.9 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário**

38. Conforme apontado também na avaliação de mérito do TAC da empresa Algar no âmbito do TC 038.355/2019-1, foi estabelecido:

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);

39. O voto relator do TCU que embasou tal deliberação, expôs:

691. **Poucos dias antes de o Tribunal se debruçar sobre este tema, a imprensa noticiou que a Anatel reduziu em 60,3% o número de fiscalizações.** Em 2010, foram realizadas 21.340 operações de fiscalização, mas em 2016 apenas 8.472 operações. **Outras notícias dão conta de que a autarquia não possui mais recursos sequer para abastecer seus veículos para realizar fiscalizações em campo.**

692. **A causa já é conhecida: contingenciamento orçamentário dos recursos de fiscalização da agência e, conforme Acórdão 749/2017-TCU-Plenário, de minha relatoria, a já contumaz não destinação dos recursos dos fundos setoriais para os fins previstos em lei.**

693. **A celebração de TAC bilionário em contexto de fortíssima restrição de sua atividade fiscalizatória coloca a Anatel em situação extremamente delicada.** Se pelas vias ordinárias não tem sido capaz de fiscalizar e sancionar descumprimentos por parte dos entes regulados, que deu causa ao cenário de estoque de multas e contestações infundáveis em sede de Pado, tenho mais dúvidas que certezas da capacidade de, agora, acompanhar estes termos de ajustamento de conduta que concedem grande liberdade à operadora com assimetrias informacionais significativas.

694. Entendo que estão razoavelmente superadas ou encaminhadas as controvérsias técnicas e formais relativas à celebração de TAC, por meio desta deliberação, o que autoriza o Tribunal a focar o acompanhamento da próxima etapa desses ajustes. **Assim, adstrito ao controle de segunda ordem, esta Corte deverá se dedicar a fiscalizar a atuação da agência sobre as operadoras celebrantes de termo de ajustamento de conduta.**

695. O que se tem visto nos últimos tempos em relação à Anatel não retrata o bom histórico da atividade fiscalizatória dessa agência reguladora. Assim, aproveitando o caráter inédito deste TAC, os riscos e responsabilidades assumidos pelos dirigentes da Anatel face à flexibilidade deste instrumento negocial, **cumpra determinar à SeinfraCOM que 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 cuja celebração é possível e provável no âmbito da agência, e em especial o atual cenário de restrição orçamentária e de pessoal.**

40. Assim, destacam-se três principais apontamentos do Ministro Relator:

- a) há um histórico de fragilidades no processo regular de fiscalização da Anatel, que podem ser intensificadas com o acompanhamento da agência sobre a execução dos TACs;
- b) estavam em discussão na agência diversos outros processos de negociação de TACs;
- c) a agência passava, à época, por um cenário de restrição orçamentária e de pessoal.

41. Com relação ao primeiro apontamento, permanecem latentes as preocupações do Tribunal com a forma como a Anatel realizará o acompanhamento e a fiscalização dos TACs que vier a assinar, principalmente se considerados todos os riscos apontados pelo TCU ao longo dos processos que discutiram o uso desse instrumento. Dessa forma, entende-se que a deliberação, sobre esse ponto, permanece atual e estritamente necessária.

42. No entanto, observa-se que houve alterações significativas no contexto que balizou os outros dois apontamentos, a saber.

43. Estavam em discussão na agência um significativo volume de processos de celebração de TAC, cujos valores eram expressivos e poderiam ter impactos rápidos no setor e na atuação da agência. Dessa forma, havia a preocupação de que a fiscalização dos acordos de forma concentrada pudesse onerar a agência de tal maneira que prejudicasse o seu funcionamento e a qualidade da atividade fiscalizatória por ela realizada.

44. No entanto, conforme apontado no Informe Anatel 918/2019/COGE/SCO (TC 038.355/2019-1, peça 27), de todos os processos de negociação de TAC abertos desde 2013 e que estavam em tramitação à época do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, só permaneceu em discussão o acordo da TIM e o da empresa Algar, também em avaliação pelo TCU. Todos os demais foram encerrados sem a assinatura dos TACs. Ressalta-as que ambos os acordos ainda em tramitação possuem dimensão e compromissos significativamente menores do que os dos TACs que estavam sendo discutidos à época da decisão do TCU.

45. Assim, verifica-se que, caso a negociação prospere, da primeira rodada de TACs a Anatel irá fiscalizar somente dois acordos e que possuem menor dimensão, o que reduziria parte da preocupação expressada pelo item 9.9 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

46. Com relação à situação orçamentária da agência, a auditoria sobre o uso dos fundos setoriais de telecomunicações, realizada pelo TCU em 2017 e que resultou no Acórdão 749/2017-TCU-Plenário citado pelo Ministro Relator na transcrição acima, estabeleceu diversas medidas a serem adotadas pela Administração Pública com vistas a mitigar as deficiências orçamentárias e, conseqüentemente, também de pessoal, da Anatel.

47. Atualmente, foi possível constatar que a referida atuação do TCU obteve significativo êxito dado que, após a decisão, os orçamentos previstos e solicitados pela Anatel foram integralmente reconstituídos, de modo que foi preservado e respeitado o dimensionamento orçamentário demandado pela agência.

48. Como evidencia, cita-se a análise do próprio órgão regulador exposta no Relatório Anual da Anatel de 2018 (acessado em: 16/11/2019 e disponível em https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO5qCMSr1EMcIpgzizi6JB11ZfIGUkLQFuv-nQ2rlXU4epBnwl_RtrJMm4TFmg79Z9fViv1qMyG2njP4-8SIBgOO):

O orçamento inicial da Agência, consignado na Lei Orçamentária Anual (LOA - Lei 13.587/2018), foi de R\$ 614,18 milhões. Acrescida dos créditos suplementares autorizados ao longo do exercício, a dotação orçamentária da Anatel atingiu, ao final do ano, R\$ 620,59 milhões, distribuídos conforme apresenta o gráfico seguinte.

Em 2018, a Anatel teve o valor de dotação integralmente liberado para empenho e movimentação. Da dotação autorizada e liberada, foram empenhados R\$ 592,32 milhões, liquidados R\$ 507,16 milhões e pagos R\$ 481,23 milhões. Assim, o valor executado (empenhado/LOA) correspondeu a 95,4% da dotação orçamentária autorizada para

2018. (grifos nosso)

49. Dessa forma, observa-se que foram mitigados de forma significativa os riscos de a agência não ter condições de realizar as fiscalizações dos TACs, preocupação esta expressa no item 9.9 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

50. Ainda assim, entende-se que, pela sua relevância, a ação de controle prevista no referido Acórdão deve permanecer vigente. No entanto, diante das alterações das condições existentes na Anatel quanto à disposição orçamentária e ao volume de acordos a serem fiscalizados, entende-se que foram mitigados os riscos que demandaram a urgência de se haver um controle semestral. Nesse sentido, passa a ser viável que a ação de controle prevista na deliberação seja realizada conforme o planejamento estratégico do TCU quanto às suas ações de controle externo ou antecipada caso haja algum fator relevante que justifique tal atuação.

51. Diante do exposto, propõe-se a alterar o texto do item 9.9 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário para que passe a ter a seguinte redação:

a) ‘determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que, em 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 a implementação dos termos de ajustamento de conduta a serem celebrados’;

□. Item 9.2.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário

52. Foi estabelecido:

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:

9.2.3. **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;** (grifos nossos)

53. No processo do TAC da TIM, a Análise Anatel 203/2019/EC afirmou que a revisão do RTAC está prevista para ter início no biênio 2019-2020 (peça 19, p. 47).

54. Atuando nesse mesmo sentido, no processo de negociação do TAC da Algar a Anatel afirmou que irá promover a revisão do regulamento do TAC em um futuro próximo (TC 038.355/2019-1, peça 20, p. 9):

13.30. **Especificamente sobre a revisão do RTAC, conforme já disposto acima, a iniciativa de reavaliação já consta planejada para ter início no biênio 2019-2020.** A meta disposta para o presente ciclo é a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), com consequente formulação de nova minuta para endereçar as questões apontadas no relatório de AIR, caso a alternativa escolhida envolva alteração regulamentar, é o primeiro semestre de 2020, até final de junho daquele ano.

(...)

13.35. Concluída a Análise de Impacto Regulatório, caso, após a análise de custos e benefícios de todas as opções mapeadas, a alternativa escolhida como preferencial envolva alteração regulamentar, é elaborada minuta, que segue o seguinte rito dentro da Agência: (i) submissão à Consulta Interna para contribuições de todos os servidores que tiverem interesse; (ii) opinativo jurídico da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel; (iii) deliberação do Conselho Diretor à respeito da proposta de Consulta Pública; (iv) se prosperar a proposta de alteração regulamentar, Consulta Pública com prazo não inferior a 10 dias, conforme prevê a LGT; (v) análise das contribuições recebidas durante a Consulta Pública pela área técnica da Agência; (vi) novo opinativo jurídico da Procuradoria, agora sobre a proposta de versão final do regulamento; (vii) nova deliberação do Conselho Diretor, também já sobre a versão final do regulamento.

13.36. Dito isso, **percebe-se que as questões colocadas nos itens 9.2.3. e 9.3.2. já se encontram**

devidamente endereçadas no sentido que serão discutidas no supracitado projeto de regulamentação constante na Agenda Regulatória da Anatel, iniciando-se no biênio 2019-2020 e continuando, em virtude do rito acima detalhado, no biênio 2021-2022. (grifos nossos)

55. Diante do exposto, propõe-se considerar em implementação a determinação 9.2.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.

□. **Itens 9.2.5 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário que passou a ser o item 9.1.1 do Acórdão 1.186-TCU-Plenário**

56. Foi estabelecido pelo Acórdão 716/2019-TCU-Plenário:

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;

57. A deliberação foi posteriormente alterada pelo Acórdão 1.186-TCU-Plenário, que estabeleceu:

9.1. com fundamento nos arts. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, conhecer e acolher os presentes embargos de declaração, atribuindo-lhes efeitos infringentes, para, em substituição ao subitem 9.2.5 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário:

9.1.1. 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 encaminhe a este Tribunal a minuta do próximo TAC cuja proposta final for aprovada por aquele colegiado**, previamente à sua assinatura, acompanhada de elementos de fundamentação técnica que entender pertinentes; e

58. No dia 9/9/2019, também foi encaminhado ao TCU a documentação referente à aprovação, realizada pela agência em 27/8/2019 por meio do Acórdão Anatel 435/2019, da proposta de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta formulada pelo Grupo TIM.

59. Diante do exposto, tendo em vista o envio de documentos pela Anatel referentes à proposta do acordo em discussão nos autos, para o TAC da TIM propõe-se considerar cumprida a determinação 9.1.1 do Acórdão 1.186/2019-TCU-Plenário.

□. **Itens 9.5.2 e 9.5.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário**

60. Foi estabelecido:

9.5. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que:

(...)

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;

(...)

9.5.2. **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;** (grifos nossos)

61. O presente processo teve como objetivo avaliar a conformidade dos atos da Anatel no TAC da empresa TIM e, ao longo desse processo foi feito o monitoramento de ambas as decisões passadas do TCU sobre o tema.

62. Diante do exposto, propõe-se considerar cumpridas as determinações 9.5.2 e 9.5.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.



É o relatório.

VOTO

Trata-se de acompanhamento do processo de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e o Grupo TIM quanto aos temas: Direitos e Garantias dos Usuários, Qualidade, Ampliação do Acesso e Fiscalização.

2. No âmbito do TC 022.280/2016-2, por mim relatado, acerca de representação referente à atuação da Anatel na negociação, celebração e fiscalização de TAC, o Tribunal de Contas da União (TCU) avaliou as condições e os normativos que regem os acordos, oportunizando melhorias que perpassam todos os TACs da agência de forma geral. Além disso, o processo analisou o caso concreto da Telefônica Brasil S/A, que à época se encontrava em adiantado estágio de negociação, vindo a ser aprovado pela Anatel em 17/11/2016, por meio do Acórdão Anatel 422.
3. Referida representação culminou no Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, com uma série de oitivas, determinações e recomendações para que a Anatel pudesse aprimorar os processos e os normativos acerca dos TACs em geral e providências específicas necessárias ao saneamento do instrumento em negociação com a operadora Telefônica.
4. Contudo, apesar das sucessivas reuniões e trocas de correspondências entre a agência e a Telefônica para adequar a minuta do TAC ao disposto na decisão do Tribunal, não houve sucesso na negociação, restando frustrada a celebração do acordo.
5. Em seguida, foi realizado o monitoramento das providências adotadas pela Anatel no cumprimento dos comandos expedidos na mencionada decisão. O monitoramento resultou no Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, do qual sobreveio outras determinações e recomendações à agência. Adicionalmente, após a Anatel informar ao TCU sobre propostas de TACs formuladas pelas empresas TIM e Algar, autorizei mediante despacho, a formação de processos apartados individuais de acompanhamento, de modo a preservar o sigilo e a individualidade das informações relacionadas às empresas envolvidas.
6. Em decorrência, foram autuados os TC 038.359/2019-7 e TC 038.355/2019-1, para avaliar os TACs aprovados pela Anatel com as empresas TIM e Algar, respectivamente. Em cada processo, examinou-se o cumprimento das deliberações contidas nos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário e Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, alterado em sede de embargos de declaração pelo Acórdão 1.186/2019-TCU-Plenário.
7. Considerando a contemporaneidade da aprovação da Anatel sobre os TACs da TIM e da Algar, a SeinfraCOM, responsável pela instrução dos processos, optou em avaliar os acordos sob a mesma óptica, ou seja, com base no cumprimento ou não das deliberações do TCU, considerando, porém, as condições específicas de cada um deles.
8. Nesta oportunidade, aprecia-se o acompanhamento sobre o TAC da TIM. O exame técnico foi realizado pela SeinfraCOM, por meio da

- instrução de peça 42, transcrita no relatório que precede este voto, que contou com a anuência dos dirigentes da unidade (peças 43 e 44).
9. Dentro do escopo delimitado neste trabalho, a secretaria especializada não detectou irregularidades ou impropriedades que desaconselhassem a celebração imediata do TAC entre a Anatel e a empresa TIM.
 10. Quanto ao monitoramento das deliberações desta Corte, a secretaria propôs considerar parcialmente cumprida a determinação 9.2.1 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário; parcialmente implementada a recomendação 9.6.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário; e não implementadas as recomendações 9.6.4 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário e 9.3.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário. Para os demais comandos das referidas decisões, a SeinfraCOM sugere que sejam considerados cumpridos ou implementados.
 11. Além disso, após detectar omissão do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) em relação ao art. 9º, § 2º, do Decreto 9.612/2018, a SeinfraCOM propõe determinação e recomendação ao órgão com vistas a estabelecer as metas previstas no referido normativo de forma a orientar a fixação pela agência reguladora de compromissos de expansão de serviços de telecomunicações em futuros TACs e na sua atuação regulatória como um todo. Propõe, por fim, recomendações à Anatel em relação às fragilidades e às oportunidades de melhorias detectadas no exame técnico.
 12. Ponho-me, de modo geral, de acordo com o pronunciamento da unidade instrutora, 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.

I. Principais aspectos dos TACs da Anatel

13. Antes de adentrar no mérito das questões tratadas neste processo, vale lembrar os principais aspectos dos TACs, embora eu já tenha esmiudado o tema no voto condutor do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário. Naquela oportunidade, apresentei todo o arcabouço normativo, a jurisprudência mais relevante, bem como a concepção da doutrina administrativista acerca dos acordos. Ponderei, na expectativa de delinear o interesse público na celebração dos TACs, a visão do regulador e a visão do controlador. Resgatarei, portanto, apenas os pontos mais relevantes.
14. O TAC está previsto no § 6º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e permite que os órgãos públicos ajustem com o particular um acordo para impedir ou cessar, mediante cominação, a continuidade de uma situação irregular na prestação de determinado serviço. Ou seja, trata-se de acordo excepcional, substitutivo ou suspensivo de um procedimento administrativo sancionador, que visa a tutelar direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.
15. Embora a efetividade de arrecadação das multas aplicadas pela Anatel tenha melhorado a partir de 2013, sobretudo após o cumprimento de determinações e recomendações expedidas por esta Corte, evidencia-se que a morosidade do processo administrativo sancionatório e a posterior

judicialização ainda prejudicam a eficácia das ações de repressão às infrações cometidas pelas operadoras.

16. Contudo, a efetividade da atividade regulatória não deve ser avaliada pela quantidade de multas ou de recursos arrecadados, mas pelo aperfeiçoamento do serviço por meio da correção e não reincidência das desconformidades identificadas. Nesse contexto, o TAC surge como alternativa para superar essa deficiência, objetivando a resolução de pendências regulatórias.
17. O acordo tem natureza jurídica de ato administrativo negocial, de interesse recíproco da administração pública e do administrado. Ao relatar o TAC da Telefônica, ponderei que a presença de interesse público no ajuste não significaria a ausência de interesse privado, e vice-versa, pois pressupõe a manifestação de vontade consensual entre as partes.
18. Seu produto é um documento com caráter de título executivo extrajudicial. Assim, em caso de descumprimento, o poder público deve buscar a execução do título como forma de penalização e sanção das operadoras.
19. Na agência, o TAC foi regulamentado pela Resolução-Anatel 629/2013 (RTAC). O normativo define, nos incisos I e II do art. 13, que os acordos a serem firmados pela agência compõem-se de dois elementos essenciais: o ajuste de conduta irregular propriamente dito e a fixação de compromissos adicionais.
20. O ajuste de conduta corresponde a compromissos da prestadora em corrigir e evitar infrações de igual natureza àquelas em apuração nos procedimentos de apuração de descumprimento de obrigações (pados), bem como em promover a reparação aos usuários atingidos por essas condutas. Trata-se, portanto, de obrigação legal e regulamentar já imposta às operadoras, razão pela qual os investimentos decorrentes de tais compromissos não são relacionados ao valor de referência do TAC, além de serem prioritários sobre os compromissos adicionais e terem multas mais pesadas em caso de descumprimento.
21. Por seu turno, os compromissos adicionais compreendem a execução de projetos de investimentos ou concessão temporária de benefícios diretos aos usuários, nos termos do art. 18 do RTAC.
22. Na execução de projetos, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder, no mínimo, a 80% das multas aplicadas e 40% das multas estimadas. Já na concessão temporária de benefícios diretos a usuários, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder, no mínimo, a 50% das multas aplicadas e 25% das multas estimadas.
23. Assim, o montante de recursos a ser convertido em compromissos adicionais tem como base o valor de referência (VR), que é obtido a partir da soma dos valores das multas aplicadas e estimadas, decorrentes de pados com ou sem decisão de primeira instância, respectivamente. A previsão de tais compromissos no âmbito de termos de ajustamento de

conduta permite que a Anatel substitua a aplicação e arrecadação de multas pelo ajuste consensual de obrigações extraprocessuais.

24. Sendo assim, os valores transacionados nos TACs são considerados recursos públicos e devem ser utilizados para induzir os investimentos privados conforme a política pública estabelecida no setor. Por essa razão, o RTAC estabelece que somente serão admitidos projetos de investimentos que apresentem valor presente líquido (VPL) negativo, ou seja, os projetos eleitos não devem ser atrativos comercialmente, pois, se fossem, não seria necessário uso de recursos públicos, por meio do TAC, para incentivar a adesão do particular. Seria, ainda, intervenção na atividade econômica, com privilégio indevido às empresas infratoras.
25. O envolvimento de recursos públicos na negociação dos TACs requer a atuação do TCU, com base em critérios de materialidade, relevância e risco, no sentido de fiscalizar a regularidade de atos e procedimentos do regulador, sem realizar juízo de valor sobre a opção regulatória adotada.
26. Feita essa breve contextualização, passo a decidir.

II. Histórico de tramitação e admissibilidade do TAC da TIM

27. O objeto do TAC da TIM é o ajustamento de condutas relativas aos temas Direitos e Garantias dos Usuários, Qualidade e Ampliação do Acesso e Fiscalização. Trata-se do processo eletrônico da Anatel 53500.026485/2016-62, no qual foram agregados outros processos de negociação em trâmite na agência reguladora desde 2014.
28. A análise da área técnica sobre o processo de TAC da TIM foi remetida à apreciação do conselho diretor da agência em 30/8/2017, ou seja, antes da prolação do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, ocorrida em 27/09/2017.
29. Por meio do Memorando-Circular 5/2017/SEI/LM, de 29/12/2017 (peça 20), o conselheiro relator do processo solicitou ajustes na minuta de TAC ao teor do referido acórdão, com posterior envio à oitiva da Procuradoria Federal Especializada junto à Anatel (PFE-Anatel).
30. Destarte, a proposta foi revisada para adequá-la às deliberações do TCU, tanto em relação ao Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, quanto em relação ao Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, sendo reencaminhada ao conselho diretor em 25/1/2019. Portanto, vislumbra-se que a minuta aprovada do TAC da TIM, ora em apreciação, tenha considerado não apenas os critérios normativos aplicáveis ao tema, mas também as propostas de melhorias e ajustes estabelecidos nas supracitadas decisões.
31. O valor de referência (VR) do acordo perfaz o montante de R\$ 630.448.036,00. Esse valor correspondente ao somatório das multas aplicadas e estimadas decorrentes dos pados incluídos no acordo, calculados até o dia 6/9/2019.
32. O § 1º do art. 14 do RTAC estabelece, como requisito para a celebração do TAC, que o VR não poderá ser inferior a 0,25% da receita operacional líquida anual da compromissária, proporcional à área de abrangência do ajuste. Desse modo, considerando que a receita operacional líquida anual do Grupo TIM para o ano de 2017 foi de R\$

- 17.470.817.695,73, conforme informado pela Anatel, o VR apresentado satisfaz a exigência regulamentar.
33. Como premissa básica para assegurar a realização dos investimentos, cabe à Anatel avaliar a saúde econômico-financeira da empresa, deixando de negociar com aquelas que não apresentam boas condições.
 34. Quanto ao ponto, a Anatel concluiu que a empresa TIM apresenta capacidade econômico financeira para realizar os investimentos propostos para os anos de 2020 e 2021. Em 2022, em que pese a tendência de declínio do caixa e equivalente de caixa da empresa, a Anatel ponderou restar a menor parcela de investimentos (21%), o que mitigaria o risco de inadimplemento dos compromissos.
 35. Acerca da obrigatoriedade de pagamento antecipado de 10% do valor das multas aplicadas, em obediência ao art. 5º c/c art. 38, inciso IV do RTAC, a SeinfraCOM verificou adequação nas análises realizadas pela Anatel. Dos pados inseridos no TAC da TIM, somente dois, no montante de R\$ 507.568,67 em multas aplicadas, contarão com a cobrança, enquanto os demais ou foram requeridos antes de 120 dias da entrada em vigor do regulamento ou foram requeridos antes da decisão condenatória de primeira instância, não se aplicando a eles, portanto, a referida exigência.
 36. No acompanhamento do TAC da empresa Telefônica, foi apontada irregularidade quanto à determinação contida no Acórdão-Anatel 422/2016, que aprovou a celebração daquele acordo, para que fossem admitidos de ofício todos os pados em trâmite na agência que apurassem, no todo ou em parte, as mesmas condutas incluídas nos processos já incluídos no TAC.
 37. Naquela oportunidade, manifestei-me pela possibilidade de o conselho diretor, como órgão máximo da Anatel, realizar diretamente a inclusão de pados no TAC, desde que a decisão fosse devidamente motivada, resultando na determinação para que a Anatel somente aprovasse em definitivo termos de ajustamento de conduta após analisar previamente a admissibilidade de cada pado a ser incluído e o impacto causado por cada um deles nas condições e nos valores que compõem o instrumento (subitem 9.4.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário).
 38. Neste acompanhamento, a SeinfraCOM analisou o Acórdão Anatel 435/2019, que aprovou a proposta de TAC da TIM, e evidenciou o descumprimento formal da determinação citada no parágrafo anterior, porquanto ainda consta autorização para “admitir a inclusão de todos os processos atualmente em trâmite na Agência que apurem, no todo ou em parte, as mesmas condutas incluídas nos processos tratados na referida análise, desde que solicitado pela Compromissária, até a data da nova deliberação, após o retorno do TCU”.
 39. Diante dessa constatação, a Anatel trouxe aos autos informações acerca das medidas que foram adotadas no caso concreto para o cumprimento da determinação. Nesse sentido, argumenta que, apesar da autorização no Acórdão Anatel 435/2019, a agência negou a inclusão de outros

- pados solicitada pela TIM por entender que a renegociação seria oposta ao interesse público em razão do avançado estágio do acordo.
40. Além disso, a SeinfraCOM anota que, em relação aos pados que já estavam incluídos desde a fase de negociação do acordo, houve análise pela Anatel quanto à sua admissibilidade, propondo que a determinação 9.4.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário seja considerada parcialmente cumprida.
 41. A despeito do dispositivo no Acórdão Anatel 435/2019 que autoriza a inclusão de pados, verifico, conforme a instrução técnica, que a Anatel analisou previamente a admissibilidade de cada pado incluído no acordo antes de aprovar o TAC da TIM, restando totalmente cumprida a referida determinação.
 42. Concluída a análise sobre os requisitos de admissibilidade do TAC da TIM, passo a tratar sobre questões específicas relacionada aos compromissos previstos no acordo.
 43. Nesse ponto, reforço os contornos do controle externo em relação aos termos de ajustamento de conduta, que, por se tratarem de processos substitutivos de sanções, se inserem nas atividades finalísticas das agências reguladoras.
 44. A jurisprudência deste Tribunal aponta para um controle externo de segunda ordem em relação às atividades finalísticas das agências, com o objetivo de verificar a regularidade da sua atuação, respeitando suas escolhas regulatórias e a sua autonomia funcional.
 45. Além disso, a natureza negocial desses ajustes pressupõe maior espaço de discricionariedade do agente público, de modo que se o controle externo impuser rígido controle burocrático poderá minar o instrumento e sacramentar a ineficiência da atuação sancionadora da atividade regulatória.
 46. No âmbito da Anatel, observam-se altos valores envolvidos nos TACs, cláusulas com impacto econômico no setor e questões sociais complexas e sensíveis, a demandar desta Corte de Contas uma atuação contundente no aprimoramento de tais instrumentos, todavia sem obstaculizar e burocratizar demasiadamente o procedimento de modo a inviabilizá-lo na prática.

III. Sobre os compromissos de ajustamento de conduta

47. Os compromissos de ajustamento de conduta consistem em satisfazer uma prestação positiva ou alterar determinada prática para cessar seus efeitos negativos. Conforme dito anteriormente, tais compromissos já seriam impostos à operadora, independentemente da celebração do TAC, em virtude de obrigações previstas na regulamentação do setor e apuradas nos pados admitidos na negociação.
48. No que tange ao TAC da TIM, foram propostos ajustamentos de condutas específicas e a execução de projetos estruturantes, que consistem na ampliação de infraestrutura da compromissária, destinando-se especificamente à melhoria das condutas relacionadas à qualidade na prestação dos serviços.

49. Há de se considerar que a consensualidade na celebração de TAC pode trazer importantes benefícios ao interesse público quando comparados com os processos sancionatórios, que são muitas vezes infrutíferos. A voluntariedade da operadora em corrigir a conduta irregular e, adicionalmente, alinhar ao seu interesse a execução de projetos de interesse público, aumentam as chances de cumprimento do acordo.
50. Frisa-se, contudo, que a voluntariedade não significa necessariamente a espontaneidade no cumprimento, razão pela qual o controle do regulador deve ser exercido de forma rígida e tempestiva para que haja uma resposta efetiva do compromisso assumido.
51. O Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário abordou a questão relativa ao controle das metas e qualidade dos serviços prestados pela operadora no âmbito do TAC, resultando à Anatel as seguintes determinações: i) estabelecimento de cláusulas com pontos de controle periódicos ao longo da vigência do acordo, 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 (subitem 9.4.2); ii) estabelecimento, em cada minuta definitiva de TAC ou no Manual de Acompanhamento e Fiscalização (MAF), de todas as condições iniciais necessárias para o devido acompanhamento dos compromissos, contendo necessariamente: a relação final de pados incluídos no TAC (subitem 9.4.4.1); 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 (subitem 9.4.4.2); as metas e os marcos temporais de avaliação de cada um dos compromissos previstos, com o maior nível de objetividade e de detalhamento possíveis (subitem 9.4.4.3).
52. A SeinfraCOM verificou que a minuta do TAC, assim como o MAF, prevê expressamente pontos de controle no final de cada um dos quatro anos de vigência do TAC da TIM, de forma que o alcance da meta ocorra de maneira gradual até o terceiro ano do TAC. Contudo, observou que, na tabela de sancionamento anexa à minuta (peça 5), o ponto de controle está previsto somente uma única vez no último ano do TAC. Em que pese a inconformidade verificada, a secretaria entende que o MAF e o TAC deixaram clara a obrigação da TIM, além de que os documentos foram aperfeiçoados de modo a contemplar todos os elementos exigidos nas determinações desta Corte. Assim, considera-se cumpridos os comandos 9.4.2 e 9.4.4 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.
53. Além dos compromissos de ajustamento relacionados a condutas específicas, há também a previsão dos seguintes projetos estruturantes: i) implantação de 4G em 450 cidades ainda não atendidas pela compromissária com essa tecnologia; ii) implantação de fibra até o site concentrador em 285 municípios novos; iii) ampliação do fornecimento do 4G por meio da frequência de 700 MHz a 1.400 municípios.

54. Sobre o assunto, a SeinfraCOM relata que a maior parte dos projetos está relacionada à expansão do serviço móvel em tecnologia 4G no país, sendo o restante referente a melhorias na rede de transporte da empresa. Além disso, ressalta que são projetos de grandes dimensão e materialidade (aproximadamente R\$ 189 milhões) e que resultarão em uma expansão significativa da rede e cobertura da TIM, o que poderá trazer benefícios a longo prazo para a operadora.
55. Considerando que os compromissos dos TACs devem perseguir o interesse público e priorizar investimentos que não seriam realizados pela operadora em um futuro próximo, sobretudo em razão da renúncia de recursos da União, a secretaria especializada aponta risco no processo de negociação conduzido pela Anatel, visto que a análise da agência contida nos autos não levou em consideração o planejamento comercial da empresa.
56. Evidencia o risco a partir de informações constantes do plano estratégico entre 2019-2021 da empresa TIM, a prever como frentes estratégicas prioritárias, o “lançamento de ofertas globais de acesso à rede, de acordo com o mix de espectro que evolui para um uso mais significativo do 4G vs. 2G e 3G até 2021” e “aceleração na implementação de fibra” nas suas redes de transporte e acesso.
57. Embora considere a possibilidade de prejuízo ao interesse público decorrente dessa constatação, a secretaria pondera a existência de assimetrias de informação entre a Anatel e a empresa e que se trata de investimentos para ajuste de conduta, deixando de propor encaminhamento.
58. A visão posta pela unidade instrutora mostra-se adequada se aplicada aos projetos de investimentos decorrentes de compromissos adicionais. Contudo, em relação a compromissos de ajustamento de conduta, onde se inserem os referidos projetos estruturantes, entendo que a análise deve ser feita sobre outra ótica. Explico.
59. Por expressa previsão regulamentar, a Anatel somente pode admitir projetos de investimentos relativos aos compromissos adicionais que tenham retorno econômico negativo, o que leva a crer que não seriam investimentos executados de forma voluntária pela compromissária. Além disso, esses projetos devem observar diretrizes relacionadas ao desenvolvimento econômico e social; redução das diferenças regionais; modernização; melhoria da qualidade; e massificação do acesso às redes e aos serviços prestados.
60. Reforçando o caráter adicional desses projetos de investimentos, o regulamento estabelece que as metas e condições devem ultrapassar as obrigações já impostas à compromissária por meio dos contratos de concessão, dos atos de designação ou dos atos e termos de permissão, de autorização de serviço, de autorização de uso de radiofrequência, de direito de exploração de satélite, ou ainda dos demais atos administrativos de efeitos concretos expedidos pela Agência, segundo cronograma não excedente à vigência do TAC.

61. Por outro lado, os projetos estruturantes relativos aos compromissos de ajustamento de conduta, por objetivarem a correção de uma conduta irregular, não estão atrelados ao retorno econômico. Inclusive, por se tratarem de obrigações já impostas à operadora, independente da celebração do TAC, não é de se estranhar que eles já estejam previstos no plano estratégico da empresa. Assim, tal constatação não invalida ou enfraquece a proposta de TAC.
62. Ao inserir projetos como compromissos de ajustamento de conduta na negociação, pretende-se que a operadora priorize, dentro de sua estratégia empresarial, a execução dos investimentos que resultarão na adequação da conduta, caso contrário, a execução do projeto dependeria unicamente do interesse da prestadora. Assim, o TAC se soma como instrumento de *enforcement*, de modo a assegurar, pelo menos durante sua vigência, que sejam mantidas as condutas consideradas desejáveis pelo regulador.
63. O interesse público estará contemplado pela eficácia e celeridade na execução desses projetos, a redundar na cessação ou diminuição das condutas irregulares. Desse modo, para assegurar a efetividade jurídica do acordo, sobleva o papel da agência na fiscalização e sancionamento da empresa no caso do não atendimento aos compromissos assumidos.

IV. Sobre os compromissos adicionais

64. Sobre os compromissos adicionais, a proposta do TAC da TIM estabelece a disponibilização de cobertura SMP com tecnologia 4G ou superior em 356 distritos sede de municípios com população inferior a 30 mil habitantes e 18 distritos não sede, onde essa tecnologia ainda não estiver disponível.
65. Esta Corte de Contas, ao analisar o caso concreto do TAC da empresa Telefônica, apontou irregularidade relacionada à inclusão, nos compromissos adicionais, de investimentos e ações que a operadora já estava executando, ou estava em vias de concluir. Conforme dito na seção anterior, os requisitos de aceitabilidade dos compromissos adicionais se diferem daqueles estabelecidos para os compromissos de ajustamento de conduta, nos termos do RTAC. Destarte, a irregularidade identificada no TAC da Telefônica foi especialmente grave, já que se tratava de investimentos relacionados a compromissos adicionais.
66. Diante da necessidade de garantir o interesse público do TAC e a sua efetividade, o Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário determinou à agência que 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 (subitem 9.4.6).
67. Nesta oportunidade, em cumprimento ao referido comando, a Anatel apresentou uma relação de três processos de trabalho a serem executados antes da assinatura do acordo, com vistas a assegurar que não estão sendo incluídos no TAC compromissos que já estão realizados ou em andamento no momento da assinatura do acordo (peça 25, p. 10).

“Três frentes de atuação estão sendo realizadas para garantir que os investimentos já realizados não sejam computados no compromisso adicional: a primeira é a análise realizada pela SPR para verificar se o SMP na tecnologia proposta já está em operação na localidade pretendida; a segunda é a análise realizada pela SCP, que exclui dos cálculos do compromisso adicional investimentos que já tenham sido realizados pela empresa (por exemplo, são incrementais os investimentos em 4G em localidades em que já exista o 3G da mesma operadora); por fim, é realizada uma fiscalização do estado inicial pela SFI, para verificar se as informações prestadas pela empresa coincidem com a realidade.”

68. Os informes da Anatel 213/2018/SEI/COGE/SCO (peça 28, p. 20 e 21) e 809/2019/COGE/SCO (peça 5, p. 3) registram a aplicação desses mecanismos no TAC da TIM. A atuação do regulador conforme a determinação do TCU trouxe resultados positivos no sentido de adequar a proposta de TAC para garantir que as localidades contempladas nos compromissos adicionais não estavam sendo atendidas por alguma operadora.
69. Além disso, para garantir a fidedignidade das informações consideradas na fase de negociação, o MAF estabelece, como condição prévia e necessária à vigência do TAC, que a compromissária deverá encaminhar à Anatel, em até 30 dias após a celebração do TAC, um levantamento do estado inicial de cada compromisso assumido, sem prejuízo da fiscalização realizada pela agência reguladora (peça 22, p. 12).
70. O MAF estabelece que eventual constatação de que o compromisso proposto já se encontra atendido, ou com seu plano de ações em execução, antes do início da vigência do TAC poderá acarretar na retirada do compromisso, com a correção do valor de referência e demais ajustes que se fizerem necessários.
71. Diante das medidas adotadas pela Anatel, considero, em sintonia com a proposta da SeinfraCOM, cumprida a determinação 9.4.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário.

V. Sobre as metas de compromissos e condições de fiscalização do TAC da TIM

72. Tratando-se de substituição de processos sancionatórios, é imperioso perceber a fiscalização como um mecanismo intrínseco à efetividade dos acordos e à tutela do interesse público. Ao abrir mão das multas decorrentes dos pados para a celebração dos TACs, a Anatel se incube de reforçar o controle e fiscalização dos compromissos assumidos, sobretudo por serem as compromissárias infratoras contumazes das normas regulatórias.
73. Cabe à Anatel a execução de uma série de atividades de fiscalização, acompanhamento e controle não previstos nas atividades tradicionais do órgão regulador, ensejando um acompanhamento mais rigoroso do cumprimento das obrigações ajustadas, sob pena de estimular a impunidade e reforçar a possibilidade de enriquecimento ilícito das empresas infratoras às custas do descaso regulatório.
74. Percebe-se que a Lei 13.655/2018, ao dispor sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, ao mesmo tempo em que eliminou as controvérsias que porventura pudessem existir quanto à possibilidade de a administração pública celebrar esse tipo de compromisso, estabeleceu expressamente que o acordo deverá prever

com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

75. No âmbito dos TAC celebrados pela Anatel, o estabelecimento de metas de compromissos, incluindo suas especificações técnicas e as etapas de fiscalização e sanção do descumprimento delas, é realizado por meio de um conjunto de instrumentos: i) termo de compromisso de ajustamento de conduta (peça 24, p. 7 a 23); ii) MAF, que define o detalhamento técnico dos compromissos, os indicadores e metas a serem cumpridos e o prazo para atingimento desses objetivos (peça 22, p. 19 a 31); iii) projeto executivo para cada compromisso a ser acompanhado (peça 22, p. 13); iv) planilha com cronograma de fiscalização, compromissos e multas diárias (peça 5, mídia anexa).
76. Em razão da importância do MAF, que se destina a orientar e estabelecer regras e procedimentos para verificação do cumprimento dos compromissos assumidos no TAC, esta Corte de Contas, visando ao aumento da confiabilidade e da segurança jurídica do acordo, determinou à Anatel deixar assente que o referido instrumento 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 agência.
77. Quanto ao ponto, observa-se adequada atuação da Anatel ao incluir cláusula expressa na minuta do TAC da TIM a estabelecer o MAF como parte integrante do acordo. Além disso, verifica-se adequado detalhamento do documento, apontando os elementos necessários para o acompanhamento fidedigno de cada compromisso assumido.
78. Adicionalmente, em contribuição ao esforço fiscalizatório da agência, a compromissária deverá apresentar projeto executivo para cada compromisso a ser acompanhado, incluindo a identificação do município, endereço de instalação, cronograma de execução previsto, equipamentos e demais elementos envolvidos.

VI. Avaliação da predominância do interesse público na escolha dos projetos e localidades dos compromissos adicionais

79. Como bem registrou a unidade instrutora, a escolha dos projetos e das localidades a serem atendidas no âmbito dos compromissos adicionais dos TACs celebrados pela Anatel deve ser feita na perspectiva do interesse público. Nesse sentido foram os acórdãos 2.121/2017, 716/2019 e 2.053/2018, todos do Plenário, dentre outros.
80. Isso porque, em vez de arrecadar as multas que lhe são devidas, a Anatel negocia com a empresa para que haja o ajuste da conduta irregular e para que os valores envolvidos sejam convertidos em investimentos. Por se tratar de transação envolvendo recursos públicos, a escolha dos compromissos que integrarão o TAC requer motivação demonstrando a presença do interesse público na aceitação dessa permuta.
81. As políticas públicas no setor de telecomunicações foram definidas pelo MCTIC, por meio do Decreto 9.612/2018, que substituiu outros três normativos sobre políticas públicas de telecomunicações: Decretos

4.733/2003; 7.175/2010 (Plano Nacional de Banda Larga) e 8.776/2016 (Plano Brasil Inteligente).

82. O novo regulamento trouxe objetivos gerais e específicos para o setor de telecomunicações, desenvolvimento tecnológico e inclusão digital, além de definir as competências do MCTIC e a atuação da Anatel.
83. Em relação à observância do interesse público na negociação do TAC da TIM, tratarei das avaliações realizadas pela SeinfraCOM quanto aos seguintes pontos: redução das desigualdades sociais e regionais, compartilhamento da infraestrutura e descontos no valor dos compromissos adicionais.

VI.1. Sobre a redução das desigualdades sociais e regionais

84. De acordo com o § 2º do art. 19 do RTAC, o fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos deverá variar entre 1 e 2, e será aplicado a cada projeto inserido como compromisso adicional no TAC. Isso significa que as compromissárias receberão um incentivo financeiro para que viabilizem projetos de forma a reduzir as desigualdades sociais e regionais ou que sejam estratégicos, com critérios definidos em ato editado pelo conselho diretor da Anatel.
85. Então, foi editado o Ato Anatel 50.004/2016 estabelecendo os critérios que seriam aplicados a todas as negociações da Anatel em curso e no biênio de 2015-2016. Por ocasião do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, considerando que o aludido ato estava em reformulação, manifestei-me no sentido de recomendar à Anatel que a próxima versão fosse submetida à consulta pública, dado seu cunho regulatório apto a interferir na negociação dos TACs (subitem 9.6.6).
86. A SeinfraCOM registra que houve a consulta pública, entre os dias 28/3/2019 a 27/5/2019, acerca da proposta de atualização do rol de opções de projetos que poderão ser estabelecidos como compromissos adicionais, bem como do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos. Contudo, as contribuições sociais obtidas ainda não resultaram em novo ato, mantendo-se vigente o Ato Anatel 50.004/2016.
87. Em relação à aplicação do fator ao TAC da TIM, segundo critérios definidos no referido ato, a unidade instrutora pondera que a negociação vem ocorrendo desde 2014, de modo que era oportuna a utilização do Ato Anatel 50.004/2016. Entretanto, sublinha que a aplicação do fator teve impacto direto na admissibilidade e validade do acordo, visto que o VPL inicial dos projetos inseridos nos compromissos adicionais (sem aplicar o fator) não observaria os parâmetros previstos no art. 19 do RTAC. Para se ter uma ideia dos valores envolvidos, transcrevo trecho da instrução (peça 42):

“175. Considerando os processos sancionatórios (pados) incluídos atualmente na proposta de TAC da TIM, o valor dos compromissos adicionais deve ser, no mínimo, de - R\$ 378.263.877,43. Ocorre que o valor presente dos compromissos propostos pela empresa é de -R\$ 289.216.900,08, ou seja, quase 24% a menos do que o mínimo exigido pelo art. 19 do regulamento da Anatel.

176. Com a aplicação do fator do Ato Anatel 50.004/2016, o valor do acordo em discussão nos autos passa a ser de -R\$ 378.572.946,42, atingindo o mínimo regulamentar, ainda que por muito

pouco. Diante dos dados apresentados, verifica-se que, no universo de pados em discussão, o acordo dos autos não seria viável se não houvesse a aplicação do referido ato.”

88. Dessa forma, a secretaria especializada entendeu que aplicar o referido ato nos TACs da agência representa risco de descasamento das condições do acordo com relação ao interesse público e ao que preveem os normativos. Propõe, portanto, que seja considerada parcialmente implementada a recomendação 9.6.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário e que seja recomendada à Anatel que avalie a conveniência e oportunidade de dar celeridade à conclusão da revisão do Ato Anatel 50.004/2016, abstendo-se de aplicar a norma vigente a futuros termos de ajustamento de conduta ou em outros procedimentos que também envolvam a utilização de recursos públicos em compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações fixados pela Anatel, de acordo com o previsto no art. 2º, § 3º, do próprio Ato Anatel 50.004/2016.
89. Com efeito, somente haverá melhora da qualidade regulatória se as contribuições da sociedade civil e do setor regulado forem efetivamente analisadas em busca de subsídios para que haja aperfeiçoamento e revisão do processo regulatório. Aliás, importa ressaltar que a recém promulgada Lei 13.848/2019 preocupou-se em aproximar as agências reguladoras da participação popular ao estabelecer a necessidade de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, das minutas e das propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.
90. Contudo, no que se refere à recomendação ditada pelo subitem 9.6.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, entendo que a consulta pública promovida pela Anatel e a notícia de que o processo de revisão do ato está em andamento são suficientes para caracterizar a implementação do comando.
91. Quanto à proposta de recomendação feita pela SeinfraCOM, deixo de acolhê-la. A meu ver, intervir na dinâmica de trabalho no âmbito da Anatel para dizer a prioridade de tramitação de um processo em relação aos outros, cujos conteúdo e importância desconhecemos, seria extrapolar as competências desta Corte de Contas. Ainda que me pareça relevante a atualização do normativo, julgo que o regulador terá melhores condições de adequar seu esforço de trabalho e equilibrar sua capacidade operacional de modo a não comprometer as importantes atividades regulatórias que interessam ao setor.
92. Friso o disposto no § 5º do art. 9º da Lei 13.848/2019, segundo o qual, após coletar as contribuições oriundas da consulta pública, o posicionamento da agência reguladora sobre os tópicos apresentados deverá ser disponibilizado em até 30 dias úteis após a reunião do conselho diretor ou da diretoria colegiada para deliberação final sobre a matéria. Portanto, em decorrência de lei, as contribuições da consulta pública deverão ser analisadas para a tomada de decisão do regulador.
93. Para avaliar a transparência e motivação dos critérios adotados no texto regulatório resultante desse processo de atualização do rol de opções de

- projetos que poderão ser estabelecidos como compromissos adicionais, bem como do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, constantes no Ato 50.004/2016, determino que a SeinfraCOM acompanhe o deslinde do referido processo da Anatel.
94. Em seguida, analiso a predominância do interesse público no TAC da TIM a partir do conjunto normativo do setor.
 95. A Anatel defende a adequação na aplicabilidade do fator, visto que os projetos eleitos estão alinhados com o art. 1º, alíneas “c” e “d”, do Ato Anatel 50.004/2016. Além disso, os compromissos adicionais observam o art. 22 do RTAC, pois contemplam o atendimento a localidades e municípios situados preponderantemente nas regiões norte e nordeste do país, além de que a implantação da tecnologia 4G atenderia à modernização das redes e massificação do acesso.
 96. Entende também que há compatibilidade dos projetos de investimento do TAC da TIM com o Plano Estrutural de Redes de Telecomunicações (PERT), documento que elenca sete projetos considerados estratégicos pela Anatel no setor de telecomunicações. Dentre os projetos listados no PERT constam a “Expansão do Serviço Móvel Pessoal (SMP), com tecnologia 3G ou superior, em distritos não sede não atendidos” e a “Expansão do Serviço Móvel Pessoal (SMP), com tecnologia 4G ou superior, em distritos sede não atendidos”.
 97. Por fim, a agência acredita que os compromissos adicionais estão aderentes à política pública estabelecida pelo Poder Executivo. Alega que, em relação à Portaria 1.455/2016, há posicionamento dos serviços de banda larga no centro da política pública. No mesmo caminho, cita o Decreto 8.776/2016, que no âmbito do Programa Brasil Inteligente, trouxe como objetivo a ampliação da cobertura de vilas e de aglomerados rurais com banda larga móvel. Em relação ao mais recente normativo sobre políticas públicas em telecomunicações, Decreto 9.612/2018, a agência destaca o art. 9º que prevê o 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.
 98. Sabe-se que os compromissos adicionais devem compreender metas e condições que ultrapassem as obrigações já impostas à compromissária (art. 22, § 1º, do RTAC). Desse modo, como todos os compromissos adicionais do TAC da TIM são relacionados ao SMP, a SeinfraCOM analisou as medidas regulatórias já impostas às operadoras por meio de compromissos de abrangência vinculados a editais de uso de radiofrequência, a saber: i) a tecnologia 3G deverá ser implantada em todas as sedes municipais até 2019; ii) os municípios acima de 30.000 habitantes deverão ter tecnologia 4G até 2017. Além disso, o edital considera atendida a localidade se verificada a cobertura móvel de 80% da área urbana do distrito sede do município.
 99. Com essas informações, a secretaria especializada apresentou as lacunas de cobertura do SMP, conforme tabela 6 reproduzida no relatório que

precede este voto, e apontou oportunidades de melhoria no que concerne aos projetos de investimentos.

100. O primeiro apontamento refere-se ao percentual de 80% de cobertura para que a localidade seja considerada atendida.
101. Mediante o Acórdão 596/2015-TCU-Plenário, este Tribunal determinou que a Anatel apresentasse estudos para demonstrar as razões técnicas e econômicas para escolha desse percentual, bem como impacto na qualidade do serviço prestado. Posteriormente, em auditoria acerca da qualidade nos serviços móveis (TC 023.133/2015-5), verificou-se que o estudo não foi realizado e, ainda hoje, a agência reguladora continua usando o mesmo percentual indiscriminadamente, sob o fundamento de ser “premissa básica que é amplamente utilizada pela Anatel em todos os compromissos de abrangência estabelecidos desde o início dos anos 2000” (Informe Anatel 837/2018/SEI/COGE/SCO - peça 25).
102. Concordo com a análise da SeinfraCOM. Dado que a cobertura figura como um importante fator de acompanhamento para a expansão das redes e considerando o impacto da evolução tecnológica na capacidade de oferta de serviços ocorrida nos últimos 20 anos, parece-me temerário utilizar, sem motivação contundente, o referido percentual.
103. Aqui, vale reforçar a Lei 13.848/2019, em razão da relevância conferida ao processo decisório das agências reguladoras. Para garantir a transparência das medidas regulatórias adotadas, a lei reforça a necessidade de motivação, com indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam as decisões; a obrigatoriedade de análise de impacto regulatório (AIR), nos casos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados; bem como o incentivo à participação da sociedade, mediante consulta pública.
104. Importa registrar, esse assunto foi tratado no Acórdão 2.333/2016-TCU-Plenário, modificado pelo Acórdão 419/2018-TCU-Plenário, resultando em determinação para que a Anatel elaborasse estudo para avaliar a adequação e atualidade do parâmetro mínimo de cobertura do serviço de telefonia móvel definido pela agência e exigido das operadoras. Assim, por ocasião do monitoramento desse comando, esta Casa poderá se debruçar sobre as questões apresentadas para dar-lhes tratamento adequado.
105. O segundo apontamento refere-se à escolha da Anatel em implantar a tecnologia 4G em regiões que já possuem banda larga. A SeinfraCOM entende que a solução adotada resulta em um não atendimento ao art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018.
106. O terceiro apontamento refere-se à escolha das localidades no TAC da TIM, visto a maioria delas já contam com o serviço de banda larga oferecido por mais de uma operadora. Pressupõe, portanto, a existência de interesse comercial nessas áreas, o que aumentaria o risco de os investimentos previstos no TAC já constarem do planejamento comercial de curto prazo desta ou de outra operadora.

107. A unidade instrutora sublinha que os projetos de investimento do TAC da TIM contemplam apenas 18 distritos não sede, para os quais serão destinados apenas 3,48% do valor total dos compromissos adicionais. O restante dos recursos será aplicado em tecnologia 4G em 356 distritos sede menos de 30 mil habitantes, para os quais existe a previsão regulatória de acesso à banda larga móvel em tecnologia 3G até o final de 2019.
108. Referenciando documentos como o PERT e o estudo “Banda Larga no Brasil: um estudo sobre a evolução do acesso e da qualidade das conexões à Internet”, realizado pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI), que definem banda larga móvel como, no mínimo, a tecnologia 3G, a SeinfraCOM entende que a ampliação da rede 4G em regiões já atendidas por 3G, como é o caso dos compromissos adicionais do TAC da TIM, não implicaria propriamente o aumento da cobertura da banda larga, nos termos do inciso II do art. 9º do Decreto 9.612/2018.
109. Assim, a SeinfraCOM vislumbra oportunidade de melhoria no uso do TAC como instrumento de redução de desigualdades regionais e sociais, sobretudo em relação ao reduzido volume distritos não sede e por não contemplar outras localidades que não possuem qualquer acesso à banda larga móvel, nem áreas rurais, estradas, rodovias ou outras estratégica.
110. Todavia, pondera que o art. 9º do Decreto 9.612/2018, ao definir a destinação dos recursos oriundos dos TACs fixados pela Anatel em três iniciativas, deixou de priorizar cada uma delas. Inclusive, essa ausência de definição já foi apontada pelo TCU no Acórdão 2.053/2018-TCU-Plenário, com recomendação para que Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação e Comunicações normatizasse a ordem de prioridade dos compromissos de investimentos a serem realizados na infraestrutura de banda larga.
111. Adicionalmente, a secretaria aponta lacuna em relação ao art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, que dispõe ao MCTIC o estabelecimento de metas para os compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações de forma a orientar as ações da Anatel.
112. Além disso, há na referida norma permissivo para que Anatel fixe compromissos de expansão dos serviços de telecomunicações em outras localidades, desde que demonstrada a conveniência e a relevância para a expansão do acesso à internet em banda larga.
113. Diante dessa discussão, a SeinfraCOM diligenciou a Anatel solicitando:

“a) os fundamentos técnicos e jurídicos capazes de demonstrar que os projetos previstos nos compromissos adicionais do TAC da empresa TIM atendem efetivamente ao disposto no art. 9º, inciso II, do Decreto 9.612/2018;

b) no caso de projetos definidos com base na exceção prevista no § 5º do mesmo artigo, apresente as justificativas técnicas que motivaram as suas escolhas no acordo, demonstrando a conveniência e a relevância para a expansão do acesso à internet em banda larga móvel em localidades que já dispõem desse tipo de infraestrutura em detrimento de localidades desassistidas.”

114. A resposta da Anatel defendeu que a evolução de tecnologia 3G para 4G atenderia o dispositivo em debate (peça 34):

“3.21. As redes de terceira geração surgiram no início dos anos 2000. No Brasil, começaram a ser implementadas em 2008, após a destinação das faixas pela Anatel em 2006 e a realização do Edital das faixas de 1,9 / 2,1 GHz também pela Anatel em 2007. Atualmente diversas outras faixas de frequências também são utilizadas para a construção das redes 3G, destacando-se a faixa de 850 MHz principalmente por aspectos relacionados à cobertura.

3.22. Tais redes possibilitaram a partir de então, essencialmente, a comunicação de dados pelos usuários, o que antes era feito com velocidades muito baixas por meio da tecnologia GPRS nas redes GSM (2G). Com a expansão das redes 3G, tanto em termos da quantidade de antenas quanto dos novos releases do padrão tecnológico, maiores velocidades passaram a ser observadas pelos usuários.

3.23. Entretanto, apesar deste aumento de velocidade que se observou nas redes 3G, as taxas de transmissão ainda não se comparam àquelas das redes de gerações maiores por aspectos estritamente tecnológicos (modulação na interface aérea, aspectos de core de rede, priorização de tráfego, entre outros).

3.24. As redes de quarta geração, por sua vez, começaram a ser implementadas no Brasil a partir de 2012, com a licitação, pela Anatel, da faixa de 2,5 GHz. Nos anos seguintes sua expansão foi auxiliada pela disponibilização de outras faixas como o 700 MHz (licitado pela Anatel em 2014) e o 1,8 GHz (disponível a partir do desligamento de algumas portadoras das redes 2G em alguns municípios brasileiros).

3.26. Dessa forma, é possível afirmar que, tanto do ponto de vista da percepção dos usuários e das aplicações possíveis quanto da infraestrutura necessária para cada uma destas gerações tecnológicas, as redes 3G e 4G são substancialmente distintas, podendo a evolução para redes 4G ser enquadrada na situação prevista no inciso II do art. 9º do Decreto nº 9.612/2018 mesmo nos municípios onde já exista rede 3G.”

115. Ainda, a agência reguladora aponta que as lacunas existentes no Decreto 9.612/2018 permitem à Anatel promover a interpretação da legislação para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações, nos termos da Lei 9.472/1997, art. 19, inciso XVI.

116. Finaliza sua resposta à diligência com a seguinte conclusão:

“3.54. Nesses termos, é entendimento da Anatel que os compromissos adicionais aprovados no TAC da TIM atendem ao disposto no inciso II do art. 9º do Decreto 9.612/2018, por se tratar: i) de atualização tecnológica, conforme inciso V, art. 2º do Decreto; ii) da implantação de uma nova infraestrutura de banda larga móvel (4G), mais moderna e aderente às demandas atuais por novos serviços, em locais onde esta infraestrutura ainda não está disponível; iii) de aderência ao diagnóstico de banda larga no Brasil, constante do Plano Estratégico de Redes de Telecomunicações – PERT, o qual pontuou os gaps de banda larga no Brasil e estabeleceu projetos prioritários para expansão de banda larga no país, iv) a interpretação sistemática do Decreto, a cargo da Anatel, conforme determina o inciso XVI do art. 19 da LGT. Dito isso, e considerando o exposto até aqui, entende-se que está demonstrada a conveniência e a relevância dos projetos da TIM no TAC, conforme § 5º do art. 9º do Decreto.”

117. A SeinfraCOM entende que a interpretação dada pela Anatel, no sentido de que a evolução tecnológica atenderia ao propósito de aumento da cobertura de redes de acesso móvel, poderia resultar na falta de efetividade e eficácia no atingimento dos objetivos da política pública.

118. Desse modo, considerando que as políticas públicas do referido decreto visam orientar não apenas os TACs, mas também a atuação da Anatel na regulação do setor de telecomunicações, propõe recomendação ao MCTIC para que avalie a conveniência e oportunidade de dar celeridade ao estabelecimento de metas para outorgas e atos regulatórios que estejam previstos na Agenda Regulatória da Anatel.
119. Considerando também que tramita na agência, desde 23/9/2019, nova solicitação da prestadora Telefônica para firmar TAC, propõe determinar ao ministério que, no prazo de 180 dias, adote providências com vistas a estabelecer as metas para a definição de compromissos de expansão de serviços de telecomunicações nos próximos termos de ajustamento de conduta a serem celebrados pela Anatel.
120. Por fim, a SeinfraCOM propõe recomendar à Anatel que evite o uso reiterado da exceção prevista no art. 9º, § 5º, do Decreto 9.612/2018, em detrimento da priorização estabelecida pelo art. 9º, incisos I a III, da aludida norma, com vistas a contribuir com a efetividade e eficácia da política pública de telecomunicações.
121. A despeito da relevante análise efetuada pela SeinfraCOM acerca das escolhas de tecnologia e de localidades no TAC da TIM, mantenho o posicionamento que adotei em relação ao TAC da Telefônica (Acórdãos 2.121/2017 e 716/2019, ambos do Plenário).
122. Naqueles autos, defendi que a decisão sobre os critérios de escolha dos municípios que receberão os investimentos, bem como a tecnologia a ser adotada, é matéria que escapa ao controle de legalidade realizado pelo Tribunal. 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.
123. Já que o formulador das políticas públicas deixou de priorizar iniciativas e estabelecer metas, bem como a possibilidade de diversas interpretações que podem ser dadas ao termo “aumento da cobertura de redes de acesso móvel”, foi aberta ao regulador uma margem de discricionariedade para atuar, conforme competências delineadas no art. 19, inciso XVI, da Lei 9.472/1997.
124. Entendo que os objetivos e diretrizes previstos nos normativos avaliados 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.
125. Tais orientações devem ser o norte para a resultante da atuação da agência no setor de telecomunicações, sendo descabida a análise microscópica de cada projeto para esse fim. No caso das orientações destinadas nomeadamente aos TACs, devem ser aplicadas à cesta de projetos a serem pactuados com a celebração de um ou de vários TACs. Enrijecer a atuação da Anatel no sentido de contemplar nos compromissos adicionais de cada um dos TACs todas as diretrizes normativas relativas às políticas públicas no setor de telecomunicações poderia até mesmo inviabilizar a celebração do acordo.

126. Por se tratar de ato negocial, é necessário existir consenso em relação aos projetos eleitos. Se por um lado o uso de recursos públicos por meio dos TACs deve ser guiado pela política pública estabelecida pelo Poder Executivo em atendimento ao interesse público, por outro é necessário um diálogo com o particular, para que haja também interesse privado na negociação a ser feita.
127. Essa ponderação entre interesses públicos e privados deve estar amparada necessariamente por motivação técnica e econômica, de modo a conferir transparência na decisão regulatória. E deve ser esse o foco do controle externo.
128. Muito pertinente a análise realizada pela SeinfraCOM, com base em lacunas regulatórias e nos normativos que definem a política pública do setor. É possível perceber que os projetos de investimentos inseridos como compromissos adicionais no TAC da TIM, após idas e vindas na negociação com a operadora, conseguem mitigar algumas fragilidades apontadas em relação à ausência de garantias quanto ao fornecimento de SMP em tecnologia 3G fora dos distritos sede dos municípios brasileiros e quanto ao fornecimento de telefonia móvel em tecnologia 4G aos distritos sede de municípios com menos que 30 mil habitantes.
129. Além disso, 73% dos municípios objeto dos compromissos encontram-se nas regiões norte e nordeste e 60% são classificados como tendo um IDH-M baixo ou muito baixo, o que reforça o potencial impacto na redução de diferenças regionais e no atendimento a áreas de baixo desenvolvimento econômico e social, mostrando-se aderente às diretrizes estabelecidas no RTAC.
130. Entendo também que há razoabilidade nas justificativas apresentadas pela Anatel em relação à escolha da tecnologia 4G, ao considerar a contribuição da rede de transporte de alta capacidade para a massificação do acesso à internet.
131. Em relação aos encaminhamentos propostos pela unidade instrutora, acolho como recomendação os comandos direcionados ao MCTIC com vistas a suprir as lacunas normativas existentes no Decreto 9.612/2018, sem prejuízo de determinar que o órgão apresente a este Tribunal plano de ação para implementação das recomendações, com informações sobre o plano de cumprimento das mesmas, quando acatadas, bem como justificativa para as recomendações eventualmente não acolhidas, no juízo de discricionariedade que lhe compete.
132. Considero que a implementação de tais medidas, por proporcionar melhor definição da política pública, reduzirá o espaço discricionário da Anatel, de modo que, neste momento, entendo ser desnecessária a recomendação dirigida ao regulador.

VI.2. Sobre o compartilhamento da infraestrutura

133. A necessidade de previsão de compartilhamento de rede está relacionada aos impactos concorrenciais e de competição originários do TAC, sobretudo por se tratarem de investimentos realizados com recursos públicos.

134. Este TCU, por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, recomendou à Anatel que avalie o impacto do instrumento na competição dos serviços de telecomunicações nas localidades a serem atendidas pelos compromissos adicionais (subitem 9.6.3).
135. A Anatel promoveu análise competitiva no TAC da TIM, para demonstrar o nível de desconcentração de mercado existente nas áreas de registro do SMP a serem atendidas pelo TAC da TIM e quais operadoras atuam naquelas regiões e possuem poder significativo de mercado (peça 32).
136. Assim, a SeinfraCOM propõe considerar implementada a recomendação 9.6.3 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, a despeito de ressaltar que a análise apresentada foi realizada a nível de área de registro, mas alguns casos concretos podem demandar a necessidade de uma análise em um menor nível de granularidade.
137. Adicionalmente, por meio do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, este Tribunal recomendou à agência que regulamente 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 (subitem 9.3.3).
138. Em resposta, a Anatel menciona a inclusão do art. 2º-A no Plano Geral de Metas de Competição – PGMC, aprovada pela Resolução-Anatel 694/2018:

“Art. 2º-A. A assunção de compromissos de implantação de infraestrutura de redes por prestadoras de serviços de telecomunicações no âmbito de políticas públicas ou outras ações regulatórias poderá ensejar a adoção de medidas regulatórias assimétricas com vistas ao incentivo ou promoção da competição.”

139. A Anatel entende que previsão do compartilhamento de infraestrutura de rede decorrente de recursos derivados de compromissos de investimento deve ser discutida no caso concreto e constar do instrumento específico de instalação dessa infraestrutura.
140. Sobre o assunto, a SeinfraCOM ressalta que o art. 10 do Decreto 9.612/2018 estabelece a obrigatoriedade de se compartilhar as redes de transporte a partir da sua entrada em operação nas condições dispostas na regulamentação da Anatel. Não há, contudo, previsão normativa semelhante em relação às redes de acesso móvel, que estão presentes nos projetos de investimento do TAC em exame. A regulamentação do PGMC apenas autoriza a imposição de compartilhamento da rede.
141. Portanto, embora não haja irregularidade na atuação da agência em não impor o compartilhamento, a unidade instrutora sublinha que a Anatel não levou em consideração os benefícios trazidos pelo compartilhamento da infraestrutura construída, a exemplo do aumento da eficiência e a efetividade dos projetos previstos no TAC pelo uso da rede por empresas menores que concorrem no mercado.
142. A constatação ganha relevo com a notícia de que a própria TIM juntou documentos no processo eletrônico da Anatel a afirmar que o

compartilhamento da infraestrutura do TAC não apenas é possível como é parte integrante da política e diretrizes da operadora.

143. A secretaria especializada ressalta a existência de um projeto estruturante relacionado à instalação de “fibra até o site concentrador de 285 municípios”. Trata-se de rede de transporte que, nos termos do Decreto 9.612/2018, estão sujeitas ao compartilhamento, podendo ser desobrigada apenas se verificada a existência de competição adequada no respectivo mercado relevante (art. 10, § 3º). Contudo, não há na minuta do TAC da TIM cláusula que formalizasse tal obrigação, nem foi encontrada análise sobre competição do mercado em relação ao citado projeto que pudesse desobrigar a TIM a compartilhar a infraestrutura.
144. Nesse contexto, a SeinfraCOM entende que a alteração regulamentar promovida pela Anatel (art. 2º-A, do PGMC) não atende materialmente o comando 9.3.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, considerando não implementada a recomendação.
145. Discordo do encaminhamento proposto por entender que a atuação da Anatel é suficiente para atender à recomendação. Objetivar que o regulador faça a previsão expressa na norma sobre a obrigação do compartilhamento da rede de transporte seria invadir sua esfera de atuação. Como afirmei no voto condutor do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, compartilhar a infraestrutura traz ônus e bônus, assim como não compartilhar. Não há alternativa claramente superior *a priori*.
146. Portanto, a escolha regulatória da agência foi analisar caso a caso, por entender que incluir previamente no PGMC a obrigatoriedade de compartilhamento poderia gerar efeitos diversos dos buscados pelo regulador, em termos de competição.
147. No que se refere à ausência de previsão de compartilhamento do projeto estruturante relacionado a instalação de “fibra até o site concentrador de 285 municípios”, por se tratar de rede de transporte, cujo compartilhamento é obrigatório nos termos do Decreto 9.612/2018, art. 10, cabe recomendar a Anatel que avalie a oportunidade e conveniência de contemplar, nas próximas minutas de TAC que vierem a ser negociadas na agência, a obrigatoriedade de compartilhamento ou apresentar análise acerca da competição que desobrigue tal medida, conforme previsto no § 3º do supracitado dispositivo.

VI.3. Sobre os descontos no valor dos compromissos adicionais

148. Os descontos tratados nesta seção do voto referem-se à redução dos valores dos compromissos adicionais em relação ao valor de referência do TAC, conforme previsto no art. 19 e 20 do RTAC:

“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.”

“Art. 20. Na concessão temporária de benefícios diretos a usuários, o total de compromissos adicionais assumidos deverá corresponder a:

I - no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos processos administrativos em que haja multa aplicada ou decisão de primeira instância proferida;

II - no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) do Valor de Referência do TAC, em relação aos demais casos.”

149. No exame do TAC da Telefônica, formou-se o entendimento de que a concessão desses descontos até o limite permitido pelo normativo estaria na esfera de discricionariedade da Anatel. Em consequência, sobrelevaria o dever legal de apresentar a motivação acerca do nível de desconto oferecido, principalmente por se tratar de decisão que resulta em diminuição de benefícios ao interesse público, já que reduz o valor total dos investimentos.

150. Assim, esta Corte de Contas, por intermédio do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, deu ciência à Anatel sobre o seu dever legal de tornar pública a motivação para seus atos administrativos em relação à aplicação de níveis variáveis de descontos com fundamento no arts. 19 e 20 do RTAC (subitem 9.13); e determinou que apresentasse a devida motivação e os critérios utilizados para fundamentar o patamar de descontos concedidos no TAC da Telefônica (subitem 9.4.9).

151. Depois, por intermédio do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, o TCU recomendou à Anatel o estabelecimento, nas normas atinentes aos TAC, critérios e/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 (subitem 9.3.2); e determinou à Anatel que motivasse, 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 do RTAC (subitem 9.2.4).

152. Nesta oportunidade, destacam-se os seguintes pronunciamentos apresentados no Informe Anatel 837/2018/SEI/COGE/SCO (peça 25):

“3.91. Com a devida vênia, no entendimento dessa Comissão de Negociação, a redação do artigo 19 do RTAC ao estabelecer um valor mínimo de 80% (oitenta por cento) do Valor de Referência (VR) do TAC para os processos com multa aplicada ou decisão de 1ª instância proferida, somados ao valor mínimo de 40% (quarenta por cento) do VR para os demais casos, não tinha outro objetivo se não o de determinar ao administrador que verifique se o projeto de compromisso adicional apresentado pela Compromissária satisfaz ou não esse patamar mínimo exigidos, que será o aplicado em todos os casos, não se estabelecendo que esses patamares seriam elevados dada alguma outra consideração de ordem objetiva.

3.92. Ou seja, cabe a Anatel observar se o valor dos compromissos adicionais apresentados pela Compromissária encontra-se ou não conforme a este patamar. Não há qualquer impedimento que o projeto apresentado venha a exceder esse patamar, não podendo, contudo, ficar aquém desse valor mínimo estabelecido. Não cabe a essa Comissão estabelecer patamares superiores que definam um valor de compromisso adicional superior aos percentuais mínimos estabelecidos no RTAC em um caso específico. Para todos os projetos basta observar se o valor mínimo foi alcançado ou não, ou seja, trata-se de uma questão de atendimento aos requisitos legais estabelecidos quanto ao tema.

3.93. Como já se afirmou anteriormente, o artigo 19 estabelece um patamar de valores que devem ser observados para o atendimento do compromisso adicional. Foi estabelecido dessa maneira, pois

eventualmente um projeto apresentado pela Compromissária pode trazer valores que superem esse patamar, não devendo ser portanto, desconsiderado. Todavia, o caráter subsidiário do compromisso adicional não deve ser jamais desconsiderado. Sobre esse aspecto repisam-se os argumentos já apresentados por essa Comissão em Informes anteriores:

‘Os investimentos em compromissos adicionais não podem ser tratados como o objetivo principal de um TAC, até porque não são sequer exigíveis por outras entidades estatais – como Ministério Público, outras agências reguladoras, etc. – ao fazerem uso desse instituto. Quando executados na forma de projetos (ao invés da concessão de benefícios diretos aos usuários), os compromissos adicionais representam 80% do valor das multas aplicadas, valor adicional àquele que a empresa terá de dispendar para correção das condutas. Como o valor de um projeto é contabilizado como a parcela dos custos não recuperável com a exploração eficiente do projeto (VPL negativo), o valor total dos investimentos apenas com os compromissos adicionais acaba superando com folga o Valor de Referência do TAC, como se observou nos casos dos TACs da Oi e da Telefônica.

Não há, portanto, como se falar em prejuízo ao interesse público com base na comparação entre o valor total de multas – somando-se inclusive as estimadas, ou seja, valores extraídos de processos em que nem mesmo a infração já estaria plenamente caracterizada – e o valor a ser investido pela prestadora ao longo do TAC, segundo as regras da Anatel.

Assim, deve ser afastada qualquer alegação de aplicação de descontos mínimos.

Deve ser acrescentada, ainda, a essa lógica, os investimentos necessários para ajustamento das condutas negociadas nos TAC com a Anatel, que não tem previsão de mínimo, nem de máximo. Assim, a compromissária deverá fazer os investimentos em montantes suficientes para garantir o ajustamento de todas as condutas. Esses investimentos deverão ser acrescidos aos investimentos que deverão ser realizados para alcançar obrigatoriamente os valores mínimos de VPL exigidos.’

3.94. Por todo o exposto, essa Comissão de Negociação considera que os percentuais aplicados, no presente TAC, por incidência do artigo 19 do RTAC na verificação dos compromissos adicionais se encontram dentro dos patamares estabelecidos nesse dispositivo.”

153. Portanto, a Anatel considera que os percentuais previstos nos arts. 19 e 20 do RTAC são objetivos e não discricionários, entende que não se trata de “desconto”, e que a expressão “no mínimo” presente nos referidos dispositivos representa somente um requisito para que sejam admitidos valores de compromissos igual ou maiores do que o mínimo exigido na norma.
154. Revisitando o assunto, especialmente após avaliar os argumentos apresentados pela Anatel, reconsidero meu entendimento anterior e dou razão à interpretação oferecida pelo regulador.
155. É necessário lembrar que a celebração de TAC permite trocar a arrecadação das multas apuradas nos pados por compromissos de investimento. É notória a falta de efetividade na cobrança de multas, especialmente em razão da morosidade e litigiosidade do processo.
156. Portanto, a celebração de TAC se mostra interessante, pois gera uma imediata resposta à sociedade e reduz os custos de carregamento dos pados de acordo com a fase em que se encontram. Assim, faz sentido que haja uma compensação do VR, conforme previsto nos art. 19 e 20 do RTAC, para incentivar a aderência do compromissário ao TAC. Em razão disso, embora o normativo não faça referência à palavra “desconto”, não vejo óbice em interpretar que os abatimentos oferecidos em relação ao VR sejam verdadeiros descontos dados ao compromissário.

157. Todavia, não seria factível pensar que os projetos relativos aos compromissos adicionais, que são valorados de acordo com uma metodologia usualmente empregada de apuração do VPL, pudessem coincidir em absoluto com o VR ajustado. Assim, mostra-se necessária a expressão “no mínimo” contida no normativo, para que o total de compromissos adicionais seja estabelecido a partir dos patamares apresentados nos art. 19 e 20 do RTAC.
158. Perfil, portanto, o mesmo entendimento da Anatel, no sentido de que o texto apresentado no normativo traz parâmetro objetivo de aplicação dos referidos percentuais, de modo a não demandar discricionariedade do gestor.
159. Além disso, a utilização de níveis variáveis de descontos prejudicaria a individualização da pena efetivada no âmbito dos pados. Isto é, em cada pado inserido no acordo, a Anatel realizou a dosimetria da multa aplicada ou estimada, considerando tanto a gravidade da conduta, quanto a reincidência da empresa infratora. A utilização de forma objetiva dos percentuais mantém a proporcionalidade sancionatória, assegurando aos diferentes compromissários a isonomia de tratamento.
160. Destarte, considero prejudicado, por perda de objeto, o exame do cumprimento das deliberações contidas nos Acórdãos 2.121/2017-TCU-Plenário (subitem 9.4.9) e 716/2019-TCU-Plenário (subitens 9.2.4 e 9.3.2).

VII. Sobre os estudos de viabilidade técnica e financeira que determinam o VPL dos compromissos adicionais

161. De acordo com o art. 19, § 1º, do RTAC, somente serão admitidos projetos em compromissos adicionais que apresentem valor presente líquido (VPL) negativo, a ser apurado conforme metodologia de cálculo usualmente empregada pela Anatel.
162. Assim, os compromissos adicionais inseridos nos TACs se afastam dos interesses comerciais da operadora, já que têm VPL negativo, para refletir as políticas públicas desenhadas para beneficiar o interesse público.
163. Em decorrência de irregularidades identificadas na metodologia de cálculo do VPL utilizada pela Anatel no TAC da Telefônica, o TCU determinou que a SeinfraCOM avaliasse a equação econômico-financeira dos compromissos adicionais contidos na negociação do TAC (Acórdão 716-TCU-Plenário, subitem 9.5.1), considerando os seguintes elementos detalhados no voto:

“666. Portanto, a partir desta deliberação, caberá à SeinfraCOM requerer e avaliar os elementos que julgar necessários para a realização da análise, tais como aqueles já sugeridos na instrução: a) a extensão do período considerado no fluxo de caixa; b) distribuição e origem das receitas consideradas; c) distribuição e origem de todas as despesas consideradas, inclusive o comportamento no fluxo de caixa das despesas administrativas, das despesas comerciais, dos custos de operação, manutenção e aluguel, e dos demais gastos; d) como são estimadas as despesas operacionais e não-operacionais; e) data ou ano de início do cálculo do fluxo de caixa; f) critérios objetivos escolhidos para a distribuição da implantação da infraestrutura nas regiões dos

municípios pactuados; g) escolha do preço de comercialização do serviço para cada região e cidade do país a serem atendidas; h) a previsão de investimentos, incluindo a descrição técnica dos elementos que compõem o projeto proposto; i) taxa de desconto, chamada pela Anatel de Custo Médio Ponderado de Capital, utilizada no cálculo do fluxo de caixa e o período considerado nesse índice; j) análise sobre as cidades a serem atendidas acerca da eventual presença e percentual de participação no mercado das demais prestadoras de serviços de banda larga fixa, ou mesmo da própria operadora. k) a previsão de investimentos, incluindo a descrição técnica dos elementos que compõem o projeto proposto; l) taxa de desconto, chamada pela Anatel de Custo Médio Ponderado de Capital, utilizada no cálculo do fluxo de caixa e o período considerado nesse índice; e m) análise sobre as cidades a serem atendidas acerca da eventual presença e percentual de participação no mercado das demais prestadoras de serviços de banda larga fixa, ou mesmo da própria operadora.”

164. Acerca da extensão do período considerado no fluxo de caixa, a SeinfraCOM observou que o VPL dos projetos inseridos no TAC da TIM refere-se a um período de cinco anos de exploração da rede.

165. A unidade instrutora aponta que o período impacta diretamente no VPL do projeto e, se estabelecido de forma imprópria, pode distorcer o cenário financeiro estimado de modo que a realidade pode não corresponder ao que foi previsto matematicamente pela agência reguladora.

166. Relembra que o período considerado no TAC da Telefônica foi de dez anos e, embora os investimentos sejam distintos, agora observa-se um prazo significativamente menor, de cinco anos.

167. No estudo realizado pela Anatel para valoração dos compromissos adicionais consta a seguinte justificativa (peça 31):

“Com relação à escolha do período de 5 (cinco) anos para o fluxo de caixa da exploração da infraestrutura a ser implantada em atendimento ao TAC, esclarecemos que a escolha do período foi baseada na premissa de estimar o VPL decorrente da exploração do serviço por meio da infraestrutura implantada em atendimento ao compromisso.

Dessa forma, considerando a necessidade de definir um período de remuneração do capital investido que representasse um *trade-off* entre os diferentes tempos de vida útil dos diversos equipamentos da rede 4G, optou-se por utilizar como *proxy* o tempo de depreciação contábil dos ativos definido no Anexo III – Taxas Anuais de Depreciação da Instrução Normativa RFB 1700/2017, como 5 (cinco) anos. Este prazo tem sido utilizado pela Agência em outros processos que envolvem valoração de serviços de rede móvel, aprovados pelo Conselho Diretor, tais como na valoração de radiofrequências associadas ao Serviço Móvel Pessoal e nos cálculos dos TAC’s analisados no último ano.”

168. A SeinfraCOM faz críticas em relação ao uso do critério contábil para determinar o período do fluxo de caixa, visto que nem todos os equipamentos têm prazo de depreciação de cinco anos, além da possibilidade de haver uma significativa diferença entre o prazo de depreciação contábil e o prazo real em que o equipamento passa a ser obsoleto.

169. Registra que, por esse motivo, a prática usual no setor de infraestrutura, incluindo o de telecomunicações, é que o prazo do fluxo de caixa guarde relação com o período do negócio avaliado e não com o prazo de depreciação de eventuais investimentos em equipamentos. Anota, inclusive, que essa lógica é adotada nos fluxos de caixa elaborados pela agência nas licitações de radiofrequência.

170. Assim, acolho o encaminhamento alvitrado pela secretaria especializada para recomendar à Anatel que avalie a conveniência e oportunidade de, ao analisar a viabilidade técnica e financeira dos projetos de compromisso adicionais previstos nos TACs e em instrumentos similares, estabelecer, no fluxo de caixa dos projetos, um intervalo de tempo compatível com a exploração do serviço modelado.
171. O cálculo do VPL considerou o custo de capital geral do setor, referente ao ano de 2017, seguindo a Resolução Anatel 630/2014, resultando no custo nominal de 7,68% a.a. Além disso, foram verificadas as informações relacionadas à demanda, aos custos de capital, aos investimentos necessários, às receitas auferidas e às despesas correntes, com o objetivo de avaliar VPL apresentado pela Anatel.
172. Acerca das variáveis relacionadas ao VPL, o Acórdão 716/2019-TCU- Plenário determinou à Anatel que contemple e avalie todas as principais variáveis que possam interferir no Valor Presente Líquido (VPL) do projeto, inclusive potenciais sinergias entre serviços da prestadora que possam gerar receitas alternativas e compartilhamento de custos, de modo a evitar benefícios econômicos indevidos para as compromissárias (subitem 9.2.1).
173. A secretaria especializada reconhece a atuação positiva da Anatel no sentido de identificar as sinergias em investimento. Contudo, sublinha que não foram consideradas sinergias quanto à aferição de receitas oriundas de outros produtos ou serviços que a empresa possa fornecer a partir daquela infraestrutura. O regulador apresenta as seguintes justificativas (peça 19):

“5.414. No caso do TAC da TIM, uma das propostas é de expansão da cobertura 4G, o que, em tese, não gera qualquer possibilidade de interação entre serviços, visto que a operadora não tem presença em parte dos municípios contidos na proposta e que passarão a ser cobertos. Soma-se a isso o outro objetivo da proposta, que se refere à atualização da rede de acesso, o que implica no incremento de oferta das facilidades inerentes do SMP, bem como a melhoria da qualidade e da experiência dos usuários com o serviço. Os dois reforçam a avaliação de que o projeto não produz externalidades que gerem sinergias com outros serviços, uma vez que as operadoras do SMP não exploram outros mercados ou serviços de telecomunicações pelo uso da rede de acesso do SMP.

5.415. Esse fato se deve, em princípio, à não existência de interesse econômico no uso da rede de acesso do SMP para a execução de outros serviços. Deve-se ter em vista que a infraestrutura de acesso para a prestação do SMP consiste na utilização de limitado espectro de radiofrequência e possui capacidade limitada de volume agregado de tráfego para o provimento de múltiplos serviços. Ainda, essa infraestrutura já oferta serviço de varejo com característica multifacetada – que fornece voz e dados com capacidade suficiente para múltiplas aplicações –, fazendo com que as sinergias permitidas pelas redes de acesso do SMP sejam limitadas, e geralmente não ocorram. Esse cenário poderá ser diferente, por exemplo, no caso das redes de acesso do 5G, que tem maior capacidade e permitem a entrega de serviços personalizados, dentre outras facilidades.”

174. A SeinfraCOM registra que existem diversas possibilidades de sinergias que não foram consideradas pela agência, a exemplo do compartilhamento de sua infraestrutura, seja ela referente à rede de transporte, à estrutura da torre ou à rede de acesso via rádio (*ran sharing*). Ressalta que a TIM defendeu, em documentos dirigidos à Anatel, o compartilhamento da rede de acesso móvel, demonstrando interesse da empresa em obter receitas por meio desse tipo de sinergia.

175. Embora tais constatações não sejam consideradas irregularidades, foram identificadas oportunidades de melhorias na atuação da Anatel acerca dos estudos de viabilidade técnica e financeira que determinam o VPL dos compromissos adicionais.
176. Contudo, a secretaria especializada pondera que se trata de um dos primeiros TACs aprovados e que a agência terá a oportunidade de aprimorar suas bases de dados e conhecimentos a partir do controle e fiscalização, de modo a reduzir assimetrias de informações e aproximar as suas premissas à realidade encontrada.
177. Com efeito, desde as primeiras análises desta Corte em relação aos TACs, percebe-se uma evolução positiva na negociação conduzida pela agência. A celebração e a execução do TAC da TIM, sob adequado controle e fiscalização, possibilitarão ao regulador ter uma visão prospectiva da escolha regulatória, antecipar os riscos e adotar medidas mitigadoras. Como todo processo disruptivo, haverá um certo experimentalismo tanto no que se refere à normatização, quanto à negociação.
178. Neste momento, em uníssono com a unidade instrutora, deixo de propor medidas adicionais sobre o assunto e considero parcialmente cumprida a determinação 9.2.1 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.

VIII. Sobre a proporcionalidade das sanções e prazos de apuração no descumprimento do TAC

179. A multa pelo descumprimento de cada item do cronograma de metas e condições dos compromissos deverá corresponder a uma fração do VR do TAC, nos termos do § 1º, do art. 13, do RTAC.
180. A percepção da SeinfraCOM é no sentido de que a proporcionalidade das multas previstas para cada compromisso deve se dar em relação ao volume de recursos envolvidos na execução de cada projeto, de modo que seja suficiente para incentivar o seu efetivo cumprimento. Por outro lado, a Anatel entende que a proporcionalidade das multas deve considerar a ofensividade das condutas e a complexidade dos compromissos, bem como a dificuldade para sua realização. Transcrevo trecho do Informe 126/2017/SEI/COGE/SCO (peça 19, p. 38):

“Importa registrar que a distribuição do Valor de Referência entre os diferentes compromissos ajustados observou parâmetro discricionário admitido pelo RTAC, pautado no caráter prioritário dos compromissos de ajustamento em relação aos compromissos adicionais assumidos no Termo, de sorte a assegurar que o foco central da atuação da Compromissária, no caso concreto, seja o ajustamento e prevenção da conduta irregular e a adoção das providências de reparação de eventuais consumidores prejudicados.

Adicionalmente, utilizou-se também ponderação diretamente relacionada à complexidade dos projetos e propostas considerados, associando-se um maior fator àqueles que, por sua própria natureza, possuem uma maior dificuldade para sua realização e alcance no que concerne o ajustamento de condutas. Dessa forma, os valores de multa previstos refletem, ao mesmo tempo, a ofensividade das condutas tratadas e a complexidade dos compromissos assumidos para sua regularização.”

181. Sobre o tema, esta Corte de Contas direcionou dois comandos para a agência reguladora. Por meio do Acórdão 2.121/2017-TCU-

- Plenário, foi recomendado à Anatel que solicitasse às operadoras o plano de investimento para avaliar 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 (subitem 9.6.2).
182. Depois, por meio do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, foi recomendado à Anatel o estabelecimento de mecanismos para que o valor de referência das metas de ajustamento de conduta dos TAC fosse proporcional à relevância do item para o atendimento do interesse público e ao ônus a ser incorrido pela empresa, de modo que os valores das sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento fossem suficientes para incentivar o seu efetivo cumprimento (subitem 9.3.4).
183. No voto condutor do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, manifestei que ainda não era possível formar opinião sobre qual solução melhor resguardaria o interesse público e que, na celebração e execução dos TACs, a agência e o Tribunal poderiam avaliar, no caso concreto, se o mecanismo adotado conseguiu incentivar as empresas ao cumprimento do ajuste.
184. Mantenho a posição e acolho a proposta da SeinfraCOM de monitoramento futuro das recomendações 9.6.2 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário e 9.3.4 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.
185. Além da proporcionalidade entre o valor de referência das metas do termo e a relevância do compromisso, a celeridade na apuração de eventual descumprimento do TAC é medida fundamental para o sucesso do acordo.
186. Assim, por meio do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário, este TCU recomendou à Anatel que normatizasse o rito do processo administrativo de apuração de descumprimento de TAC 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 (subitem 9.3.1).
187. A respeito disso, a Anatel informou que conferiu ao assunto tratamento prioritário de instrução e urgência sobre os demais processos. Embora não tenham sido estabelecidos prazos, a SeinfraCOM entende que solução dada pelo regulador mitigou o risco de possíveis paralisações e mora do processo de apuração de descumprimentos do TAC.
188. Destarte, manifesto-me de acordo com a unidade instrutora por considerar implementada a recomendação 9.3.1 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário.
189. Quantos aos demais itens do monitoramento, resumidos na tabela 10 e detalhados no anexo I reproduzidos na instrução que precede este voto, acolho na íntegra as propostas oferecidas pela SeinfraCOM.

IX. Conclusões

190. Com a presente decisão, realizou-se o exame de conformidade da minuta do TAC com o Grupo TIM, encaminhada pela Anatel para a apreciação desta Corte, bem como o monitoramento dos Acórdãos 2.121/2017 e 716/2019 do Plenário. No geral, os procedimentos adotados pela Anatel não apresentaram irregularidades que pudessem comprometer a celebração do acordo.
191. Ainda assim, a secretaria especializada apontou diversas oportunidades de melhoria, que resultaram em propostas de recomendações dirigidas ao órgão responsável pela elaboração da política pública de telecomunicações, MCTIC, e à Anatel. Tais recomendações, quando implementadas, contribuirão sobremaneira para o aperfeiçoamento da política pública e para transparência das escolhas regulatórias relacionadas a TACs. Há de se reconhecer que a atuação conjunta entre o ministério setorial e o regulador conduzirá ao atendimento do interesse público.
192. A atuação da agência reguladora no controle do TAC da TIM deverá se pautar na ideia de comando e controle bastante rígida, para que seja dada à sociedade uma resposta efetiva da negociação. Considerando, ainda, o caráter inovador do instrumento e a materialidade dos recursos públicos transacionados, mostra-se pertinente que o Tribunal acompanhe a execução do TAC da TIM, bem como outros TACs que a agência venha a aprovar e celebrar, considerando os critérios de risco, relevância e materialidade.
193. 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. Ressalto que as intervenções realizadas por esta Casa nessa matéria vêm auxiliando esse aprimoramento de maneira bastante positiva.
194. Diante do exposto, há de se considerar que os procedimentos realizados para negociação do TAC entre a Anatel e o Grupo TIM, consubstanciados na minuta apresentada, foram avaliados sob os aspectos da legalidade, da economicidade, da legitimidade, da eficiência, da eficácia e da efetividade, de modo que este Tribunal não vislumbra óbices à celebração imediata do referido acordo.

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 11 de março de 2020.

Ministro BRUNO DANTAS



Relator

ACÓRDÃO Nº 548/2020 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 038.359/2019-7.
2. Grupo I – Classe de Assunto: V – Acompanhamento.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Entidade: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM).
8. Representação legal: não há.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos este relatório de acompanhamento com o objetivo de avaliar o processo de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e o Grupo TIM quanto aos temas: Direitos e Garantias dos Usuários, Qualidade, Ampliação do Acesso e Fiscalização,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. considerar que os procedimentos realizados para negociação do termo de ajustamento de conduta (TAC) entre a Anatel e o Grupo TIM, consubstanciados na minuta de TAC apresentada a este Tribunal, foram avaliados sob os aspectos da legalidade, da economicidade, da legitimidade, da eficiência, da eficácia e da efetividade, não havendo óbices à celebração imediata do referido acordo;

9.2. recomendar ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, 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 normatizar, conforme previsão expressa no art. 9º, § 1º, do Decreto 9.612/2018, as metas para os compromissos de expansão de serviços de telecomunicações de forma a orientar as ações da Anatel nos próximos termos de ajustamento de conduta a serem celebrados, bem como nas outorgas onerosas de autorização de uso de radiofrequência e de atos regulatórios em geral, visto que a ausência das metas prejudica a eficácia e a efetividade da implementação dos objetivos da política pública de telecomunicações definidos pelos art. 2º, inciso I, alíneas “a”, item 2, e “b”, art. 5º, inciso I, e art. 9º, incisos I a III, do referido decreto;

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. ao analisar a viabilidade técnica e financeira dos projetos de compromisso adicionais previstos nos TACs e em instrumentos similares, estabelecer, no fluxo de caixa dos projetos, um intervalo de tempo compatível com a exploração do serviço modelado;

9.3.2. incluir cláusula, nas minutas dos próximos TACs que vierem a ser negociados, acerca da obrigatoriedade de compartilhamento relativo a redes de transporte e a redes metropolitanas, nos termos do Decreto 9.612/2018, art. 10, ou, se for o caso, apresentar motivação técnica para o não compartilhamento incluindo a análise acerca da competição que desobrigue tal medida, conforme previsto no § 3º do citado dispositivo.

9.4. considerar cumpridas as determinações contidas nos itens 9.4.1, 9.4.2, 9.4.3, 9.4.4 e subitens, 9.4.5, 9.4.6, 9.6.3, 9.6.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário, nos subitens 9.2.5, 9.5.1, 9.5.2, 9.5.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário e no subitem 9.1.1 do Acórdão 1.186/2019-TCU-Plenário;

9.5. considerar em cumprimento a determinação contida no subitem 9.2.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário

9.6. considerar parcialmente cumprida a determinação contida no subitem 9.2.1 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário;

9.7. considerar implementadas as recomendações contidas nos subitens 9.6.3 e 9.6.6 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário e nos subitens 9.3.1 e 9.3.3 do Acórdão 716/2019-TCU-Plenário;

9.8. considerar em implementação a recomendação contida no subitem 9.6.1 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;

9.9. considerar não implementada a recomendação contida no subitem 9.6.4 do Acórdão 2.121/2017-TCU-Plenário;

9.10. determinar, com espeque no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresente ao TCU plano de ação com vistas ao atendimento da recomendação elencada no item 9.2, contendo, no mínimo, as medidas a serem adotadas, os responsáveis pelas ações e o prazo previsto para a sua implementação, ou a justificativa para seu não atendimento;

9.11. determinar, com espeque no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à Anatel que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresente ao TCU plano de ação com vistas ao atendimento da recomendação elencada no item 9.3, contendo, no mínimo, as medidas a serem adotadas, os responsáveis pelas ações e o prazo previsto para a sua implementação, ou a justificativa para seu não atendimento;

9.12. determinar à Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e de Mineração (SeinfraCOM) que:

9.12.1. em momento oportuno, realize ação de controle específica para acompanhar, de maneira rigorosa, as medidas a serem adotadas pela Anatel no decorrer de suas atividades de fiscalização e controle sobre a implementação dos termos de ajustamento de conduta celebrados;

9.12.2. acompanhe junto à Anatel, mediante obtenção de informações, o processo de revisão do Ato 50.004/2016, com vista a avaliar a transparência e motivação dos critérios adotados no texto regulatório acerca do rol de opções de projetos que poderão ser estabelecidos como compromissos adicionais, bem como do fator de redução de desigualdades sociais e regionais e de execução de projetos estratégicos, e represente a este Tribunal caso identifique indícios de irregularidades;

9.12.3. monitore a entrega ao Tribunal do plano de ação de que trata o item 9.10 desta decisão e avalie se as medidas e prazos ali consignados são pertinentes e suficientes para induzir as melhorias necessárias.

9.13. encaminhar cópia da deliberação deste Acórdão à Anatel e ao MCTIC;

9.14. encerrar o presente processo, com fulcro no art. 169, incisos II e V, do Regimento Interno do TCU.

10. Ata nº 7/2020 – Plenário.

11. Data da Sessão: 11/3/2020 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0548-07/20-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral