



**Seção Judiciária do Distrito Federal
3ª Vara Federal Cível da SJDF**

PROCESSO: 1009622-76.2018.4.01.3400
CLASSE: PROCEDIMENTO COMUM (7)
AUTOR: TELEFONICA BRASIL S.A.
RÉU: AGENCIA NACIONAL DE TELECOMUNICACOES

DECISÃO

Trata-se de ação de conhecimento, sob o rito ordinário, proposta pela **TELEFÔNICA BRASIL S.A** em face da **AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL**, objetivando provimento jurisdicional que, *dispensada a oferta de caução, e, imediatamente, se suspenda a exigibilidade do débito que lhe foi imputado no Processo Administrativo nº 53504.009437/2007-89, para que: a) O débito não seja inscrito em dívida ativa, nem objeto de cobrança por via de ação executiva; e b) O débito não seja óbice à expedição e/ou renovação da Certidão de Regularidade Fiscal da Autora (certidão conjunta de débitos federais e certidão da própria ANATEL) ou dê ensejo à inclusão do seu nome no CADIN e em outros órgãos restritivos, ou que de lá sejam excluídos caso já inscritos no prazo máximo de 72h, sob pena de multa diária, de forma a garantir as suas atividades normais.*

Sucessivamente, e em prol da boa-fé objetiva, a Autora requer que a concessão da tutela provisória ora requerida seja condicionada à prestação de caução no valor referente à multa imposta pelo voto vencido no julgamento da ANATEL que, devidamente atualizado, perfaz R\$ 22.983.744,91 (vinte e dois milhões, novecentos e oitenta e três mil, setecentos e quarenta e quatro reais e noventa e um centavos), concedendo-se à Autora o prazo de 10 dias úteis para a apresentação da apólice/carta-fiança.

Ainda sucessivamente, caso *V.Exa.* entenda necessário condicionar a concessão da tutela de urgência requerida à prestação de caução no valor integral do débito, requer-se que o requerido provimento tenha eficácia imediata e que se conceda à Autora o prazo de 15 (quinze) dias úteis para a apresentação da referida garantia, justificando-se a extensão do prazo pelos empecilhos narrados anteriormente.

Requer, ainda, a concessão do prazo de 10 dias úteis para o depósito em Juízo do valor atualizado das multas relativas às seis infrações não discutidas na lide e a conseguinte conversão de tais valores em renda da Ré.

Alega, em síntese, que é concessionária do Serviço Telefônico Comutado (STFC), nas modalidades Local e Longa Distância Nacional, por força de contratos de concessão firmados com a União por intermédio da Agência Nacional de Telecomunicações.

Afirma que a ré instaurou o Processo Administrativo para apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) nº 53504.009437/2007-89, com o intuito de verificar supostas infrações ao Regulamento do STFC.

Aduz que, após apresentação de defesa, foi proferida decisão em que lhe aplicada a multa no importe originário de R\$ 211.576.189,70 (duzentos e onze milhões, quinhentos e setenta e seis mil, cento e oitenta e nove reais e setenta centavos), tendo sido negado seguimento ao recurso interposto.

Acrescenta que, com a atualização do valor, a multa perfaz hoje o valor de R\$ 388.796.864,66 (trezentos e oitenta e oito milhões, setecentos e noventa e seis mil, oitocentos e sessenta e quatro reais e sessenta e seis centavos).

Sustenta que a penalização imposta pela ré é indevida.

Argumenta que ao final do PADO foi sancionada pelo suposto cometimento de 15 (quinze) infrações devidamente discriminadas à fl. 06. Todavia, não pretende por meio da presente ação discutir a legalidade de 06 (seis) infrações cujo valor histórico seja inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Pondera que funda a presente ação em duas espécies de argumento: *i*) equívoco da ré ao determinar o universo de usuários supostamente atingidos por oito das nove infrações apontadas na petição inicial e *ii*) ilegalidades relacionadas à dosimetria da pena, que entende afetar todas as 09 (nove) infrações discutidas na presente ação.

Argumenta que a ré, apesar de ciente das inconsistências, chegou à seguinte conclusão: *a*) Comparou a data do envio do aviso de suspensão parcial (*Data_Av_Parc*) com a data do vencimento do débito (*Data_Venc*) e encontrou 276.209 casos em que o aviso teria sido enviado após 15 dias da inadimplência, caracterizando, assim, uma violação ao disposto no art. 100, §4º, do RSTFC; *b*) Comparou a data do bloqueio total (*Data_Susp_Tot*) com a data do aviso da suspensão total (*Data_Aviso_Tot*) e encontrou 222.692 casos em que o bloqueio teria ocorrido com menos de 15 dias do aviso, caracterizando, assim, uma violação ao disposto no art. 102, §2º, do RSTFC; *c*) Comparou a data do bloqueio total (*Data_Susp_Tot*) com a data do bloqueio parcial (*Data_Susp_Parc*) e encontrou 30.258 casos em que o bloqueio total teria ocorrido com menos de 30 dias do bloqueio parcial, caracterizando, assim, uma violação ao disposto no art.

102, do RSTFC; e d) Comparou a data da rescisão do contrato (*Data_Recis*) com a data do bloqueio total (*Data_Susp_Tot*) e encontrou 14.754 casos em que o contrato teria sido rescindido com menos de 30 dias do bloqueio total, caracterizando, assim, uma violação ao disposto no art. 104, do RSTFC.

Aduz que, especificamente em relação à infração ao art. 100, §4º do RSTFC, que se refere ao intervalo entre a inadimplência e a notificação de suspensão parcial do serviço, o Conselho Diretor da Agência acatou o argumento exposto e reduziu a quantidade de infrações de 276.209 para 224.723.

Sustenta que as análises feitas pelos agentes de fiscalização acerca das infrações relacionadas ao descumprimento do arts. 100, §4º e 102, §2º do RSTFC estão equivocadas, na medida em que o banco de dados por eles analisado não continha das datas de todos os avisos enviados aos assinantes, mas apenas a do último, que foi equivocadamente tomado como sendo o único.

Argumenta que apresentou uma nova base de dados à ré, que continha a data do primeiro aviso de suspensão do serviço e que demonstrava que a quantidade de infrações cometidas teria sido bem menor do que a apontada. Todavia, não foi apreciada pelo Conselho Diretor quando do julgamento do recurso administrativo, tendo o órgão colegiado reavaliado a quantidade de infrações relativas ao art. 100, §4º, do RSTCF (suspensão parcial) e mantido a de infrações relativas ao art. 102, §2º (suspensão total), com base em uma leitura da base de dados original.

O segundo argumento sustentado e desconsiderado pela ré é que havia três situações que alteravam a contagem dos prazos da *régua de cobrança* e que não foram consideradas pelos agentes de fiscalização, quais sejam: i) a primeira diz respeito aos casos em que o assinante inadimplente entrava em contato com a Autora e declarava ter quitado o débito; ii) casos em que o assinante possui mais de uma fatura em atraso; iii) casos em que o assinante parcelava o débito junto à Autora.

Igualmente afirma que apresentou uma nova base de dados que demonstrava que a quantidade de infrações cometidas teria sido bem menor do que a apontada, que, do mesmo modo, não foi apreciada pelo Conselho Diretor da ré por ocasião do julgamento do recurso administrativo interposto, tendo o referido órgão colegiado mantido a quantidade de infrações relativas aos arts. 102 e 104 do RSTFC, com base nos dados constantes da base de dados original.

Argumenta que a própria ré permitiu que a documentação juntada posteriormente fosse conhecida, de sorte que razão não havia para que seu conteúdo fosse ignorado.

Pondera, ainda, que a quantidade de infrações relacionadas ao art. 109, §1º, do RSTFC foi inexpressiva e infinitamente inferior àquela apontada pela Ré (relique em confiança).

Ademais, impugna as infrações relacionadas ao disposto no art. 112 do RSTFC e cláusula 16.7, §3º, do Contrato de Concessão, uma vez que não concorda com o caráter sistêmico das referidas infrações, devendo essas infrações serem tratadas como pontuais.

Do mesmo modo, se opõe à aplicação da multa referente à violação do art. 98 do RSTFC, considerando que os casos ocorridos foram inexpressivos e infinitamente inferiores àquelas apontadas pela Ré.

Expõe, do mesmo modo, que a dosimetria da multa aplicada pela ré deve ser revista, independentemente do acolhimento do pedido de revisão do número de usuários atingidos pelas sete infrações descritas na inicial, uma vez que a requerida tem o dever de considerar, de forma concomitante e não excludente, na aplicação de quaisquer sanções, a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, bem como, no cálculo do valor da multa, uma proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção, conforme o disposto nos arts. 176 e 179, §1º, da Lei nº 9.472/97.

Narra que houve ilegalidade na utilização de um valor fixo de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais); desproporcionalidade na quantidade de usuários atingidos; Multas por infrações pontuais maiores que as multas por infrações (supostamente) sistêmicas; Aplicação retroativa da dosimetria mais benéfica.

Pondera que a falta de clareza na dosimetria das multas administrativas chamou atenção do Tribunal de Contas da União que, por meio do Acórdão nº 2.109/2006 determinou que a ré reformulasse os seus processos sancionatórios e estabelecesse critérios uniformes para o cálculo dos valores das multas.

Sustenta, outrossim, que, em 2012, a ANATEL aprovou um novo Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas – RASA que, em seu art. 39, estabeleceu que as metodologias de cálculos das multas seriam submetidas a consulta pública e, posteriormente, aprovadas por meio de Portaria do Conselho Diretor.

Descreve que, em 2014, o Conselho Diretor da ré aprovou uma nova metodologia de cálculo de multas por infração de Direitos e Garantias dos Usuários – Portaria nº 791/2014.

Sustenta que essa nova metodologia é muito mais razoável que a utilizada pela ré no PADO subjacente à causa, na medida em que (i) não utiliza valores fixos de multa, e (ii) leva em consideração a proporção entre a quantidade de usuários atingidos pela infração e a base de assinantes da infratora.

Argumenta que, apesar de ter protocolado um pedido para que os valores das multas aplicadas fossem recalculadas de acordo com a nova metodologia, este restou indeferido,

por maioria, pelo Conselho Diretor da ré, ao argumento de que se aplicaria ao caso o princípio *tempus regit actum*, razão pela qual a nova metodologia não poderia retroagir para lhe beneficiar.

Defende que a Constituição da República prevê uma exceção à regra e permite que norma sancionatória retroaja para beneficiar o administrado, e sustenta a aplicação do *princípio da retroatividade da norma mais benéfica* aos processos administrativos sancionadores, defendida pelo Ministro Carlos Ayres Britto.

Portanto, entende que a nova metodologia de cálculo das multas por infração a direitos e garantias dos usuários, aprovada por meio da Portaria nº 791/2014, deveria ter sido aplicada pela Ré de forma retroativa, de forma a reduzir os valores das multas por ela aplicadas nos autos do PADO.

Procuração e documentos às fls. 52/2.740.

Custas recolhidas às fls. 50/51.

É o relatório. **DECIDO.**

O deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurídica pressupõe a presença concomitante da prova inequívoca da verossimilhança das alegações autorais, consubstanciada na “probabilidade de que o autor tenha mesmo o direito que assevera ter”, segundo o magistério sempre atual do eminente professor Luiz Rodrigues Wambier ^[1], de sorte que o direito a ser tutelado se revele apto para seu imediato exercício, bem como que exista o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Isso porque, com a tutela antecipada, há ao adiantamento (satisfação) total ou parcial da providência final, ao contrário da tutela cautelar em que se busca, tão somente, salvaguardar ou conservar uma situação até o julgamento final. A par de que o CPC/15 unifica as atuais tutela antecipada e tutela cautelar sob o nome de “tutela provisória”, ainda hoje necessário se faz a distinção de ambos os institutos.

As questões ventiladas pela parte autora inserem-se na sempre presente controvérsia sobre o poder regulamentar das agências reguladoras.

O princípio da legalidade não revela a exigência absoluta de que a regulamentação da lei seja apenas uma mera repetição sua, podendo o ato infralegal lhe imprimir concretude, adstrita essa às balizas da lei regulamentada.

É a permissiva regulamentação administrativa acerca de questões técnicas inseridas no âmbito da chamada discricionariedade técnica, em que há maior margem de atuação para a normatização administrativa, com pequena degradação do grau hierárquico [2].

A lei em sentido estrito, desse modo, cumpriria a função de *standard jurídico* e traria apenas **finalidades públicas** estabelecidas abstratamente, com sua regulação realizada de forma técnica pelos conselhos de profissão e pelas agências reguladoras.

Isso porque o Congresso Nacional não dispõe do conhecimento técnico e da experiência indispensáveis para legislar sobre questões eminentemente técnicas, distanciadas de opções político-administrativas.

Ademais, essas questões estão sujeitas a constante evolução, o que significa dizer que atribuir seu regramento ao Poder Legislativo implica condenar tais setores inicialmente à paralisia, até que se vote lei consentânea com as técnicas do momento, e em seguida ao atraso, porque, quando o processo legislativo estiver concluído, possível é que aquela técnica objeto de lei esteja superada.

Assim, resta incontestado que tal competência normativa imprime efetividade à atuação das agências reguladoras, não violando o princípio da legalidade.

Feitas tais considerações, registro, todavia, que o afastamento das penalidades impostas à autora depende do contraditório prévio para a formação da convicção, por isso, deixo de lado, por ora, a discussão acerca das supostas nulidades da decisão administrativa que culminou na aplicação de multa pecuniária à autora, até mesmo pelo seu caráter satisfativo e de esgotamento do mérito.

Ademais, os argumentos invocados em defesa do pedido demandam maior dilação probatória cuja solução reclama aprofundada incursão no acervo probatório que, a meu ver, considerando que a própria autora afirma que comprovou por meio de documentos, que se referem inclusive a uma nova base de dados, que a quantidade de infrações cometidas teria sido bem menor e/ou inexpressiva e infinitamente inferior àquela apontada pela Ré, **reputo que a análise documental é suficiente à ao deslinde da causa**. Além do que, a alegação de desproporcionalidade das multas é matéria de direito.

Todavia, conforme narrado, ainda que não se pretenda, em sede de tutela, analisar o acerto ou o desacerto das sanções aplicadas à autora, chama atenção do Juízo a questão relacionada ao não acolhimento do pedido de aplicação da **nova metodologia** de cálculo de multas por infração de Direitos e Garantias dos Usuários, aprovada por meio da Portaria nº 791/2014 (fls. 2.677/2.680), ao argumento de que se aplicaria ao caso o princípio do *tempus regit actum*.

Tal argumento não se sustenta. Explico.

O art. 5º, XL [\[3\]](#), da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal. De acordo com a jurisprudência mais abalizada do Superior Tribunal de Justiça, tal princípio também alcança as leis que disciplinam o direito administrativo

sancionador, sendo possível que se observe a legislação mais benéfica ao administrado, diante da natureza punitiva do normativo.

Confirmam-se as seguintes ementas que retratam esse entendimento:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973. II - As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição. III - Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente. **IV - Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se indenados os demais atos processuais.** V - A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. VI - Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido.

(STJ - RMS 37.031/sp, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018) (grifei)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DO DIREITO SANCIONATÓRIO. AFASTADA A APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. I. O art. 5º, XL, da Constituição da República prevê a possibilidade de retroatividade da lei penal, sendo cabível extrair-se do dispositivo constitucional princípio implícito do Direito Sancionatório, segundo o qual a lei mais benéfica retroage. Precedente. II. Afastado o fundamento

da aplicação analógica do art. 106 do Código Tributário Nacional, bem como a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. III. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1153083/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 19/11/2014) (grifei)

Parece ser esse a espécie, conforme se denota do entendimento externado pelo Conselheiro Leonardo Euler de Moraes ao proferir o Voto nº 05/2018/SEI/LM (fls. 2.562 e ss), confira-se:

[...]

4.14. Diante de tais considerações, a transposição dos parâmetros originais das infrações tratadas nos autos para a estrutura metodológica disposta na Portaria nº 791, de 26 de agosto de 2014, resulta, em geral, em valores efetivamente mais adequados, razoáveis e proporcionais.

*4.15. Tanto é assim que, vale lembrar, o comando normativo nos arts. 18, §4º; 39, §3º; e art. 41, do Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas (RASA), aprovado pela Res. nº 589/2012, assim dispõem:
[...]*

4.16. Ora, no presente caso, a angulação normativa ora mencionada é facilmente perceptível.

4.17. Conforme exposto, o montante da multa decorrente do descumprimento de infração pontual (no caso do art. 100, §4º, do RSTFC, que atingiu 276.209 (usuários) resulta em valor superior à 11,4 vezes àquele que resultaria da infração sistêmica, se assim fosse.

4.18. Em suma, da aplicação da metodologia então vigente para infrações pontuais resultou valor superior ao limite máximo previsto em lei, razão pela qual restou fixado o montante de R\$ 50.000.000,00. Caso sistêmica fosse a infração, da aplicação de metodologia de multa sistêmica, também considerando o cenário sancionatório à época vigente, resultaria o valor de R\$ 4.379.399,85.

4.19. Por tal razão suscito o dispositivo adequadamente previsto no RASA e o faço respaldado nos Pareceres da Procuradoria Federal Especializada da AGU junto à Anatel (PFE), nº 315/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, de 27/7/2017; e nº 716/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, do qual transcrevo os seguintes trechos: [...]

4.20. Caso contrário, não se admitindo a aplicação do disposto no referido dispositivo do RASA (art. 39), questiono objetivamente: qual circunstância fática ensejaria lançar mão do referido dispositivo regulamentar? Ao meu ver não podemos ficar adstritos à tese do tempus regit actum sem considerar as vicissitudes, as particularidades, as peculiaridades e as idiosincrasias do caso concreto. Em tal ponto,

encontro amparo no posicionamento da PFE expresso no Parecer acima transcrito.

4.21. Em minha opinião, é incorreto que haja maior apego à metodologia então vigente vis-à-vis ao dever Colegiado de analisar se a decisão combatida foi calcada nos princípios de proporcionalidade e da razoabilidade.

4.22. É incontestável que a formalização matemática para o cálculo e a definição das multas é um avanço para a Administração e para os administrados.

Não obstante, certo é que em determinadas situações as multas calculadas a partir do emprego da fria fórmula matemática pode resultar em montante sancionatório que não atende aos objetivos legais, especialmente o efeito pedagógico da sanção, bem como aos citados princípios.

4.23. Nessas circunstâncias a metodologia não pode representar uma “camisa de força” para o exercício da discricionariedade e, conseqüentemente, para o poder-dever da Agência de pautar suas decisões pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Feitas tais considerações, passo à conclusão.

5. CONCLUSÃO

5.24. Diante do exposto, proponho ao Conselho Diretor:

a) conhecer e dar parcial provimento ao Recurso Administrativo, para rever o valor da multa aplicada de R\$ 211.576.189,70 (duzentos e onze milhões, quinhentos e setenta e seis mil, cento e oitenta e nove reais e setenta centavos) para R\$ 12.501.548,49 (doze milhões, quinhentos e um mil quinhentos e quarenta e oito reais e quarenta e nove centavos); diante da adoção das seguintes medidas: [...] grifei

Infere-se da leitura do citado voto que o Conselheiro entendeu que a transposição dos parâmetros originais das infrações tratadas nos autos para a estrutura metodológica disposta na Portaria nº 791, de 26 de agosto de 2014, resultaria, em geral, em valores efetivamente mais adequados, razoáveis e proporcionais.

Pontuou, ainda, que não criava óbice à alteração da metodologia empregada pela área técnica no cálculo das sanções, tendo em vista que a ré deveria se pautar pelo aperfeiçoamento da sua atividade sancionadora. Registrando, ainda, que a metodologia não poderia representar uma “camisa de força” para o exercício da discricionariedade e, conseqüentemente, para o poder-dever da Agência de pautar suas decisões pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Sem entrar no mérito acerca dos critérios adotados para se aferir que a metodologia decorrente da Portaria nº 791/2014 é de fato a mais benéfica, depreende-se da leitura do art. 39, *caput* e §1º, do novo RASA [4], que serviu de fundamento para a edição da citada portaria, que o objetivo era justamente a uniformização entre as áreas técnicas das fórmulas de dosimetria para cálculo do valor base das sanções de multa, que deveriam conter fundamentação detalhada de todos os seus elementos, demonstrando a observância dos parâmetros e critérios previstos no Regulamento, sendo certo, portanto, que a previsão contida no §3º do citado artigo deve ser compatibilizada com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de se materializar no caso concreto a aplicação do princípio da retroatividade da norma mais benéfica.

Penso que se há uma nova metodologia mais benéfica que resulta em valores mais razoáveis e proporcionais, não há razão para afastar a sua aplicação, ao menos nesse instante processual, seja porque a jurisprudência mais abalizada entende possível a retroação da norma mais benéfica, seja porque, no presente caso, não se desnaturou totalmente a penalidade, estando presente ainda o caráter pedagógico de desestímulo à reiteração das práticas consideradas ilegais, o que resulta na prestação de um serviço público de melhor qualidade.

A propósito, ainda que encomendado pela parte autora, cumpre pontuar alguns pontos do parecer elaborado pelo eminente ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, o Min. Ayres Britto, considerando o seu notório saber jurídico - fls. 2.682/2.707 dos autos, confira-se:

[...]

I – Pergunta: “Aplicam-se ao Processo Administrativo Sancionador os princípios constitucionais do Direito Penal? Resposta: quanto os princípios constitucionais-penais aqui citados, sim. Isto com base nos princípios igualmente constitucionais: a) da liberdade dos indivíduos, tal como normada no inciso II do art. 5º; b) da escorreita interpretação dos incisos LX e LVII do mesmo art. 5º; c) do Estado Democrático de Direito (caput do art. 1º) e da segurança jurídica (cabeça do art. 5º). Segurança jurídica, pontue-se ainda uma vez, versada pela Constituição como essencial expressão e por isso mesmo verdadeiro elemento conceitual dele, Estado Democrático de Direito.

II – “No julgamento do MS 23.262/DF, o Órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal reafirmou seu entendimento de que o princípio da presunção de inocência, insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição de 1988, se aplica aos processos administrativos sancionadores, em que pese o fato de o texto constitucional fazer referência à “sentença penal”. Esse mesmo raciocínio é de ser aplicado ao inciso XL do mesmo artigo 5º, que faz referência à “sentença penal”.

Esse mesmo raciocínio é de ser aplicado ao inciso XL do mesmo artigo 5º, que faz referência apenas à “lei penal”. Resposta: sim, pelos fundamentos de que fiz uso ao longo do presente parecer e que resumi na resposta anterior. [...]

VI – “Segundo a ordem constitucional pátria, deve-se interpretar o art. 39, §3º, da resolução ANATEL n. 589/2012 como a materialização do princípio da retroatividade da norma mais benéfica e que sua aplicação deve ser verificada toda vez que a nova norma propuser dosimetria da pena mais benéfica? Resposta: sim. O §3º do art. 39 da Resolução ANATEL nº 589/2012 traduz-se em concreção do princípio constitucional da lei penal mais benéfica, aplicada ao Direito Administrativo Sancionador.

VII – “A necessidade de retroagir os efeitos da norma mais benéfica para a revisão da dosimetria da pena consiste em matéria de ordem pública, apta a ser suscitada e apreciada a qualquer tempo no curso do processo que tenha por objeto uma sanção já imposta, como, por exemplo, uma ação anulatória? Resposta: sim. Cuida-se de aplicação direta do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica. Vale dizer: tratando-se de direito fundamental veiculado pelo inciso XL do art. 5º da Magna Carta Federal, consubstancia matéria de ordem pública. Logo, passível de apreciação a qualquer tempo pela autoridade judicial competente. Em caráter ex officio, além do mais. [...]

Assim, tenho que o devido processo legal, também de aplicação aos processos administrativos, garantia constitucional prevista no inciso LV do art. 5º da CF, tem um alcance maior do que a simples garantia do espectro do contraditório, notadamente porque condicionada, sua melhor observância, à observância de uma amplitude do direito de defesa, da qual ressoa natural a aplicação dos primados que assegurem ao administrado um processo sancionador constitucional.

Naturalmente, a ré poderá demonstrar o contrário em sua contestação. Por ora, me utilizando do juízo de ponderação entre a necessidade de fiscalização e arrecadação do Estado e os direitos fundamentais, para entender que se deve atribuir mais peso ao princípio da retroatividade da norma mais benéfica, da continuidade da empresa, dentre outros.

Nessa esteia, tenho que eventuais medidas de garantia da dívida, considerando que a execução deve ser dar da forma menos gravosa para o "devedor", deve ter como base de cálculo o valor encontrado pelo voto vencedor do Conselheiro Leonardo Euler de Moraes ao

proferir o Voto nº 05/2018/SEI/LM, tendo como referência a lei mais benéfica.

O risco de perecimento do direito reside no fato de que a penalidade já se tornou exigível, conforme se vê do boleto acostado à fl. 2.740, com vencimento em 30.05.2018, o que expõe à autora todas as nefastas consequências do inadimplemento.

Forte em tais razões, DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA para determinar que tão logo seja apresentada a caução no valor referente à multa imposta pelo voto vencido no julgamento da ANATEL, no montante atualizado de R\$ 22.983.744,91 (vinte e dois milhões, novecentos e oitenta e três mil, setecentos e quarenta e quatro reais e noventa e um centavos), seja suspensa a exigibilidade do débito que lhe foi imputado no Processo Administrativo para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) nº 53504.009437/2007-89 e, conseqüentemente, que a ANATEL se abstenha de incluir a parte autora na Dívida Ativa, CADIN e outros órgãos/registros correlatos, devendo ser retirada a inscrição caso tenha sido realizada, até ulterior deliberação. Defiro, ainda, a concessão do prazo de 10 dias úteis para o depósito em Juízo do valor atualizado das multas relativas às seis infrações não discutidas na lide e a conseguinte conversão de tais valores em renda da Ré.

Deve a parte autora assegurar a apresentação de fiança e/ou seguro garantia dos valores para que tal decisão tenha eficácia, no prazo de 10 (dez) dias, devendo observar os requisitos legais exigidos para tanto, sob pena de revogação da tutela.

Caberá à ANATEL verificar se a fiança e/ou seguro-garantia atende tão somente às exigências legais (aspectos formais), devendo comunicar qualquer vício a este Juízo para as imediatas providências.

Indefiro o pedido de juntada de mídia física junto à Secretaria da Vara contendo a documentação que instruiu o PADO objeto da lide, devendo todos os documentos serem anexados aos autos por ocasião da instrução probatória.

Após a juntada da carta de fiança e/ou seguro-garantia, intime-se a ANATEL para imediato cumprimento.

Cite-se.

Anote-se. Item 168 da petição inicial.

Publique-se. Intime-se.

Decisão registrada eletronicamente.

(assinado digitalmente)

BRUNO ANDERSON SANTOS DA SILVA

Juiz Federal Substituto da 3ª Vara

[1] Wambier, Luiz Rodrigues. Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento, volume 1 / 15ª Ed. - São Paulo, pág. 458.

[2] Nesse sentido, entre outros: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo e Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2001, p. 239-256; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: ed. Lúmen Jures, 2002, p. 232-233; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2002, p. 368-430).

[3] Art. 5º [...]

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

[4] Art. 39. *A Anatel definirá, por meio de Portaria do Conselho Diretor, que poderá ser objeto de Consulta Pública, as metodologias que orientarão o cálculo do valor base das sanções de multa.*

§ 1º As metodologias devem objetivar a uniformização entre as áreas técnicas das fórmulas de dosimetria para cálculo do valor base das sanções de multa, que deverão conter fundamentação detalhada de todos os seus elementos, demonstrando a observância dos parâmetros e critérios previstos neste Regulamento.

§ 2º Até a entrada em vigor da Portaria prevista no caput, as Superintendências poderão aplicar metodologias próprias.

§ 3º A adoção de nova metodologia não implica revisão da multa anteriormente aplicada, exceto se a sanção não atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sempre avaliados no contexto do caso concreto e da época da aplicação da multa.

BRASÍLIA, 24 de maio de 2018.

Imprimir