
CONTROLE JUDICIAL DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICADAS PELA ANATEL QUANTO À OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS APPLIED BY ANATEL (NATIONAL TELECOMMUNICATIONS AGENCY) ON THE OBSERVANCE OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

Igor Guimarães Pereira

Procurador Federal

Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB e Especializado em Direito, Constituição e Estado pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central, JURPLAC. Possui pós-graduação em Direito Administrativo e em Direito Civil, pela Universidade Anhanguera-Uniderp

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controle judicial dos atos administrativos; 2 Controle judicial das sanções administrativas aplicadas pela Anatel quanto à observância do princípio da proporcionalidade; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho aborda o controle judicial em matéria de aplicação de sanções administrativas, em especial a perspectiva do Poder Judiciário quanto à incidência do princípio da proporcionalidade na dosimetria de multas aplicadas pela Agência Nacional de Telecomunicações.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial. Princípio da Proporcionalidade. Multas Administrativas.

ABSTRACT: This paper analyzes the judicial control in the application of administrative sanctions, especially the perspective of the Judiciary regarding the incidence of the principle of proportionality in the dosimetry of penalties applied by Anatel (National Telecommunications Agency).

KEYWORDS: Judicial Control. Administrative Sanctions. Principle of Proportionality.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal confere aos cidadãos o direito de levar à apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal).

Em relação aos atos administrativos, o controle judicial realizado para os atos discricionários difere do realizado para os atos vinculados.

Ao praticar um ato vinculado, os cinco elementos do ato administrativo estão previstos na legislação (objeto, motivos, competência, finalidade e forma). Assim, o controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário abrange todos os elementos do ato administrativo.

Quanto aos atos discricionários, a legislação especifica o agente competente para a prática do ato, a finalidade e a forma do ato, porém, para o objeto e os motivos do ato administrativo, a legislação confere ao agente público a possibilidade de avaliar, sob a perspectiva do interesse público, se a prática do ato é conveniente e oportuna.

Nesses casos, o Judiciário tem a competência para realizar o controle de legalidade quanto à competência, à finalidade e à forma do ato. Em relação ao objeto e os motivos do ato administrativo discricionário, o Poder Judiciário não pode revalorar o contexto da prática do ato administrativo e substituir a Administração Pública escolhendo opção diversa da realizada pelo agente público.

Cabe salientar, todavia, que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são de observância obrigatória na prática de atos administrativos discricionários e compete ao Poder Judiciário, quando provocado por meio de ações judiciais, a verificação acerca da observância ou não desses princípios, devendo anular os atos administrativos que os violam.

Nesse contexto, a dosimetria das sanções administrativas no setor de telecomunicações, que consiste num espaço de discricionariedade do agente público competente para aplicação da sanção, corresponde a um aspecto do ato administrativo que se sujeita aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No presente trabalho, será abordada a atuação do Poder Judiciário nos casos em que tem sido provocado para realizar, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o controle judicial das sanções administrativas aplicadas pela Anatel.

1 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Nos países onde se adota o sistema de jurisdição única, o Poder Judiciário tem competência para decidir acerca da legalidade dos atos

administrativos (controle jurisdicional dos atos administrativos). No Brasil, a adoção desse sistema se encontra consolidada no inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal.

Dessa forma, uma vez editado um ato administrativo, o particular afetado pelo ato poderá ajuizar uma ação visando à anulação do ato pelo Poder Judiciário.

Os atos administrativos apresentam cinco elementos: objeto, motivos, competência, finalidade e forma.

Os atos administrativos podem ser vinculados ou discricionários. Os atos vinculados são aqueles para os quais a lei já delimitou precisamente em que situação o agente público expedirá o ato e quais serão os efeitos desse ato. Nesse caso, não há qualquer margem de liberdade pelo agente público quanto à expedição do ato.

Por outro lado, para a realização dos atos administrativos discricionários, a lei confere aos agentes públicos a possibilidade de avaliar se, sob a perspectiva do interesse público, a prática do ato é conveniente e oportuna. Essa avaliação acerca da conveniência e oportunidade do ato administrativo, denominada de mérito do ato administrativo, incide quanto aos elementos “objeto” e “motivos” do ato administrativo.

Em relação aos atos administrativos discricionários, o agente público pode avaliar se a situação concreta (motivos) justifica ou não a prática do ato, e, em caso positivo, definir quais serão os efeitos do ato praticado (objeto). Quanto à forma, à finalidade e à competência, esses elementos devem estar definidos na legislação, tal como ocorre com os atos administrativos vinculados.

No controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, o Poder Judiciário avalia se o agente público é competente para editar o ato, se a forma exigida em lei para a edição do ato foi observada e se o ato foi praticado com a finalidade estabelecida na lei.

Quanto ao objeto e ao motivo do ato administrativo, o Poder Judiciário exerce um controle diferente do realizado para os demais elementos desse tipo de ato.

O Poder Judiciário não pode substituir a Administração Pública na valoração do mérito do ato administrativo, sob pena de ocorrer indevida intromissão do Poder Judiciário no âmbito da competência de outros Poderes, o que contraria o próprio postulado da separação dos Poderes.

Cabe salientar, todavia, que a discricionariedade administrativa encontra limite no dever de observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo que está sujeita ao controle judicial a verificação da observância desses princípios. Nesse sentido, vejam-se as lições de Lucas Rocha Furtado:

O princípio da razoabilidade foi construído pelo Direito Administrativo – e não pelo Direito Constitucional como certamente desejariam alguns constitucionalistas – para controlar a legitimidade dos atos administrativos. A razoabilidade se apresenta como mecanismo de controle da discricionariedade administrativa e pode ser representada pela seguinte expressão: adequação entre meios e fins.

É possível que a lei administrativa, considerada em tese, apresente ampla liberdade ao gestor. O processo de interpretação e aplicação, que parte da norma em tese, e que resulta na construção da norma do caso, aquela que será aplicada à situação concreta e que apresenta a solução normativa a ser adotada, deve considerar todas as particularidades do caso que reclama solução. Esse processo de construção da norma do caso, que parte da norma em abstrato, resulta invariavelmente em restrição da discricionariedade administrativa. (FURTADO, 2016, p.102).

Acerca da origem do princípio da proporcionalidade¹, cumpre destacar as lições do Ministro Luís Roberto Barroso:

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão. [...] O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. [...] Por intermédio da cláusula do devido processo legal passou-se a proceder ao exame de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality) das leis e dos atos normativos em geral no direito norte-americano.

Como visto, a razoabilidade surge, nos Estados Unidos, como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o judicial review (controle de constitucionalidade). Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. [...]

1 Para o escopo do presente trabalho, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade serão tratados como sinônimos, conforme entendimento de parte da doutrina administrativista, a exemplo de Luis Roberto Barroso (2018, PP.293-296).

Na Alemanha, a exemplo dos Estados Unidos, subjacente ao princípio da proporcionalidade estava a ideia de uma relação racional entre os meios e os fins, tanto na sua aplicação à esfera legislativa quanto na administrativa. [...] Foi na jurisprudência alemã que se dividiu o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Em suma: a ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do common law, através de precedentes sucessivos, se maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isso, deve-se registrar que o princípio, nos estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimentos diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior metodológico ou prático na distinção. (BARROSO, 2015, p. 293-296)

De acordo com Uadi Lammego Bulos (Bulos, 2014, p. 692), a primeira vez que a razoabilidade foi mencionada no Supremo Tribunal Federal foi em 1953, no RE 18.331, sob a relatoria do Ministro Orozimbo Nonato. A partir da Constituição de 1988, o Judiciário intensificou a utilização do princípio.

Contemporaneamente, portanto, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando a noção de proporcionalidade, a exemplo do Tribunal Constitucional Alemão, de acordo com os seus três aspectos essenciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O Ministro Gilmar Mendes, em obra conjunta com Paulo Gustavo Gonet Branco, explica esses contornos:

O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos

pretendidos. A Corte Constitucional examina se o meio é “simplesmente inadequado” (*schlechthin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário” (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), “fundamentalmente inadequado” (*grundsätzlich ungeeignet*), ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefordert werden kann*). O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste da adequação. Positivo o teste da necessidade, não há de ser negativo o teste da adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final. De qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito). É possível que a própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou de ponderação que devem ser adotados. Pieroth e Schlink advertem, porém, que nem sempre a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz. Tendo em vista esses riscos, procura-se solver a questão com base nos outros elementos do princípio da proporcionalidade, enfatizando-se, especialmente, o significado do subprincípio da necessidade. A proporcionalidade em sentido estrito assumiria, assim, o papel de um controle de sintonia fina (*Stimmigkeitskontrolle*), indicando a justeza da solução encontrada ou a necessidade de sua revisão. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 227)

Em suma, o princípio da proporcionalidade se subdivide em três subprincípios: a) adequação (o meio adotado na prática do ato administrativo deve ser apto para o alcance da finalidade pretendida); b) necessidade (o meio escolhido deve ser o menos gravoso possível para a consecução dos

fins almejados); e c) proporcionalidade em sentido estrito (os ônus e bônus do ato administrativo devem ser ponderados).

Nessa perspectiva, a análise do Poder Judiciário quanto aos motivos e ao objeto dos atos administrativos discricionários, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade, avalia se há congruência entre os fins e os meios dos atos administrativos.

Em termos de normas de estatura constitucional, entende-se que o princípio da proporcionalidade é um princípio implícito da Constituição Federal de 1988, o qual deriva do princípio do devido processo legal e se encontra previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal.

Em sua dimensão processual, o princípio do devido processo legal traduz o conjunto de garantias que devem ser conferidas aos litigantes, para que o processo ocorra de forma adequada e produza, ao final, um ato (judicial ou administrativo) que seja válido. Dentre essas garantias, podem ser citadas, como exemplos, o direito à citação, à ampla defesa, à imparcialidade do julgador.

Por outro lado, em sua dimensão material, o princípio do devido processo legal exige que o conteúdo da decisão proferida no processo seja razoável e proporcional, de modo que é possível falar que o princípio da proporcionalidade é princípio constitucional implícito que deriva do princípio expresso do devido processo legal².

Em termos de legislação infraconstitucional, cumpre destacar que a Lei n. 9.784, de 1999, que cuida do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, previu que a Administração Pública deverá obedecer, dentre outros, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 2º):

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. [...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

Além da previsão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no caput do art. 2º, chama atenção a previsão do inciso VI do dispositivo,

² Cumpre registrar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2016, p.115) segundo o qual o princípio da proporcionalidade tem fundamento no art. 37, no inciso II do art. 5º e no inciso IV do art. 84, todos da Constituição Federal.

a qual traduz a essência do princípio da proporcionalidade, ao exigir que haja adequação entre meios e fins, de modo que a imposição de obrigações, restrições e sanções devem seguir as medidas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

No âmbito do setor de telecomunicações, o princípio da proporcionalidade encontra previsão no art. 38 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), sendo que a essência do conteúdo desse princípio consta de diversos dispositivos da Lei³:

Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

Observa-se, assim, que a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel está sujeita ao princípio da proporcionalidade.

2 CONTROLE JUDICIAL DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS APLICADAS PELA ANATEL QUANTO À OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O ato administrativo de aplicar sanções em decorrência de infrações administrativas, tal como os demais atos administrativos, está sujeito a controle judicial para verificar a validade do ato.

Quanto à competência, à finalidade e à forma, o ato administrativo de aplicação de sanção deve observar as exigências previstas na legislação e na regulamentação afetas a esses três aspectos.

Em relação ao motivo do ato administrativo de aplicação de sanção, este consiste no fato infracional classificado dessa forma pela legislação ou pela regulamentação, de modo que o Poder Judiciário, uma vez provocado, também poderá efetuar controle judicial quanto ao motivo do ato sancionador (verificação acerca da ocorrência ou não do fato infracional à luz da legislação ou regulamentação).

Acerca do objeto (ou conteúdo) do ato administrativo sancionador, há dois grupos de situações que merecem ser explanadas. Por um lado, há o grupo de situações em que a sanção aplicável ao fato infracional já foi completamente detalhada pela legislação ou regulamentação, como ocorre com grande parte das infrações de trânsito, a exemplo das infrações previstas nos arts. 218 e 258 do Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997):

3 A essência do princípio da proporcionalidade também se encontra nos arts. 128, 135 e 179 da Lei nº 9.472, de 1997.

Art. 218. Transitar em velocidade superior à máxima permitida para o local, medida por instrumento ou equipamento hábil, em rodovias, vias de trânsito rápido, vias arteriais e demais vias: (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

I - quando a velocidade for superior à máxima em até 20% (vinte por cento): (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

Infração - média; (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

Penalidade - multa; (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

II - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 20% (vinte por cento) até 50% (cinquenta por cento): (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

Infração - grave; (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

Penalidade - multa; (Redação dada pela Lei nº 11.334, de 2006)

III - quando a velocidade for superior à máxima em mais de 50% (cinquenta por cento): (Incluído pela Lei nº 11.334, de 2006)

Infração - gravíssima; (Incluído pela Lei nº 11.334, de 2006)

Penalidade - multa [3 (três vezes)], suspensão imediata do direito de dirigir e apreensão do documento de habilitação. (Incluído pela Lei nº 11.334, de 2006)

Art. 258. As infrações punidas com multa classificam-se, de acordo com sua gravidade, em quatro categorias:

I - infração de natureza gravíssima, punida com multa no valor de R\$ 293,47 (duzentos e noventa e três reais e quarenta e sete centavos); (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

II - infração de natureza grave, punida com multa no valor de R\$ 195,23 (cento e noventa e cinco reais e vinte e três centavos); (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

III - infração de natureza média, punida com multa no valor de R\$ 130,16 (cento e trinta reais e dezesseis centavos); (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

IV - infração de natureza leve, punida com multa no valor de R\$ 88,38 (oitenta e oito reais e trinta e oito centavos). (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

§ 2º Quando se tratar de multa agravada, o fator multiplicador ou índice adicional específico é o previsto neste Código.

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

A lógica adotada no Código Brasileiro de Trânsito é a de estabelecer os fatos infracionais, identificando as condutas tidas como infrações administrativas, classificar esses fatos infracionais em tipos de infrações (leve, média, grave e gravíssima) e estabelecer a sanção aplicável, especificando inclusive o valor da multa, para cada infração.

No exemplo mencionado acima, nota-se que os casos de veículo transitar com velocidade superior à permitida foram classificados como infrações de natureza média, grave e gravíssima, em conformidade com a dimensão da proporção entre o excesso de velocidade apurado em comparação com a velocidade permitida na via. Para cada um desses três tipos de infrações, a legislação previu um valor de multa específico.

Nesse modelo em que a legislação estabelece o valor de multa para cada infração, uma vez aplicada a multa pela Administração Pública, é possível que o administrado (autuado) ajuíze ação para questionar se a multa foi a prevista na legislação para aquele fato infracional, cabendo ao Poder Judiciário decidir se a legislação foi observada ou não e, por conseguinte, decidir se a multa deve ser mantida ou invalidada.

Por outro lado, há o modelo, adotado no setor de telecomunicações, em que nem a legislação nem a regulamentação estabelecem especificamente o valor da multa aplicada para cada infração administrativa.

Nesse sentido, o art. 176 da Lei nº 9.472, de 1997, prevê diretrizes a serem observadas na aplicação de sanções administrativas (em geral, inclusive na aplicação de multa) e o art. 179 indica aspectos a serem considerados na aplicação de sanção de multa administrativa.

Art. 176. Na aplicação de sanções, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica.

Parágrafo único. Entende-se por reincidência específica a repetição de falta de igual natureza após o recebimento de notificação anterior.

Art. 179. A multa poderá ser imposta isoladamente ou em conjunto com outra sanção, não devendo ser superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) para cada infração cometida.

§ 1º Na aplicação de multa serão considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção.

§ 2º A imposição, a prestadora de serviço de telecomunicações, de multa decorrente de infração da ordem econômica, observará os limites previstos na legislação específica.

Além disso, a configuração de uma infração administrativa ocorre quando há o descumprimento de qualquer norma aplicável ao setor, seja ela prevista em Lei, Regulamento editado pela Anatel, contrato de concessão ou termo de autorização, conforme art. 173 da Lei nº 9.472, de 1997:

Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal: (Vide Lei nº 11.974, de 2009)

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V - declaração de inidoneidade.

Pela leitura desses dispositivos, observa-se que o legislador estabeleceu que cabe à Anatel, ao aplicar uma multa administrativa, entre outros critérios (art. 176 da Lei nº 9.472, de 1997), considerar a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção. A Lei previu ainda um valor máximo para as multas da Agência, as quais não podem superar R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), o que demonstra a ampla discricionariedade que o legislador conferiu à Agência, num regime substancialmente diferente daquele definido, por exemplo, para as multas de trânsito.

A Anatel, por meio do Regulamento de Sanções Administrativas - RASA aprovado pela Resolução nº 589, de 7, de maio de 2012, estabeleceu um modelo de classificação de infrações em leve, média e grave, conforme diversos aspectos das infrações administrativas previstos no art. 9º:

Art. 9º As infrações são classificadas, segundo sua natureza e gravidade, em:

I - leve;

II - média; e

III - grave.

§ 1º A infração deve ser considerada leve quando não verificada nenhuma das hipóteses relacionadas nos §§ 2º ou 3º deste artigo.

§ 2º A infração deve ser considerada média quando verificada uma das seguintes hipóteses, desde que inexistam elementos que justifiquem o seu enquadramento como grave:

I - violação a direitos dos usuários;

II - violação a normas de proteção à competição;

III - violação a dispositivo normativo ou contratual que tenha por objetivo a proteção a bens reversíveis; e

IV - ter o infrator auferido, indiretamente, vantagem em decorrência da infração cometida.

§ 3º A infração deve ser considerada grave quando verificada uma das seguintes hipóteses:

I - ter o infrator agido de má-fé, consoante os parâmetros previstos no art. 7º deste Regulamento;

II - ter o infrator auferido, diretamente, vantagem em decorrência da infração cometida;

III - quando atingido número significativo de usuários;

IV - quando seus efeitos representarem risco à vida;

V - impedir o usuário efetivo ou potencial de utilizar o serviço de telecomunicações, sem fundamentação regulamentar;

VI - opor resistência injustificada ao andamento de fiscalização ou à execução de decisão da Agência; e

VII - descumprimento de obrigações de universalização.

VIII - uso não autorizado de radiofrequências; (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

IX - uso irregular de radiofrequências em faixa ou canal diverso do autorizado; (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

X - uso irregular de radiofrequências, faixa ou canal de radiofrequências que tenha reconhecidamente causado interferência em sistemas de radiocomunicação regularmente autorizados pela Anatel; (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

XI - uso não autorizado ou irregular de radiofrequências, faixa ou canal de radiofrequências reservados preferencialmente para órgãos de segurança pública ou serviços de emergência e salvamento; (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

XII - uso não autorizado ou irregular de radiofrequência, faixa ou canal de radiofrequências em faixas destinadas a fins exclusivamente militares; e (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

XIII - uso não autorizado ou irregular de radiofrequências em faixas atribuídas aos seguintes serviços de radiocomunicação: radionavegação, radiolocalização, radioastronomia e pesquisa espacial. (Redação dada pela Resolução nº 671, de 3 de novembro de 2016)

XIV - comercializar produtos nos Mercados Relevantes de Atacado sem que a operação de oferta e demanda esteja registrada na Base de Dados de Atacado e sem que seja feita por meio do Sistema de Negociação de Ofertas de Atacado, quando exigido pela regulamentação, incluindo aquelas solicitações efetuadas por Prestadora pertencente ao Grupo com PMS, conforme previsto no § 6º do art. 15 do Anexo IV ao Plano Geral de Metas de Competição, aprovado pela Resolução nº 600, de 8 de novembro de 2012. (Incluído pela Resolução nº 694, de 17 de julho de 2018)

No artigo seguinte⁴, o Regulamento prevê os aspectos que devem ser considerados na definição da sanção que será aplicada no caso concreto, sendo a classificação da infração em leve, média e grave um desses aspectos.

O Regulamento previu, ainda, como anexo uma parametrização dos valores mínimos e máximos de multa por infração, considerando a classificação da infração em leve, média e grave e a capacidade econômica da pessoa jurídica infratora (porte da empresa).

Dessa forma, analisando o conjunto das disposições do Regulamento citadas acima, observa-se que, classificada a infração em leve, média e grave, conforme os aspectos previstos nos incisos do art. 9º, deve-se avaliar qual sanção será aplicável para aquela infração administrativa, seguindo as diretrizes do art. 10. Uma vez definido que será aplicável a sanção de multa, cabe avaliar a capacidade econômica da pessoa jurídica infratora, a partir dos patamares previstos no item 1 do Anexo do Regulamento⁵.

Assim, com as informações acerca da classificação da infração e da capacidade econômica da pessoa jurídica infratora, é possível identificar qual o valor mínimo e máximo de multa para aquela infração, considerando os parâmetros do Anexo do Regulamento.

O Regulamento, portanto, não previu qual é o valor de multa para cada tipo de infração, mas atribuiu à autoridade competente uma margem de discricionariedade para a aplicação da sanção de multa, prevendo o valor mínimo e o máximo da multa para as infrações leves, médias e graves, de acordo com a capacidade econômica da pessoa jurídica infratora.

4 Art. 10. Na definição da sanção devem ser considerados os seguintes parâmetros e critérios:

- I - a classificação da infração;
- II - os danos resultantes para o serviço e para os usuários efetivos ou potenciais;
- III - as circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme definições dos arts. 19 e 20 deste regulamento;
- IV - os antecedentes do infrator;
- V - a reincidência específica;
- VI - o serviço explorado;
- VII - a abrangência dos interesses a que o serviço atende;
- VIII - o regime jurídico de exploração do serviço;
- IX - a situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio;
- X - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; e
- XI - o vulto da vantagem auferida, direta ou indiretamente, pelo infrator.

Parágrafo único. O mesmo registro de sanção não pode ser utilizado como reincidência e antecedente na aplicação da sanção.

5 A título de exemplo, veja-se uma das tabelas que compõem o Anexo do Regulamento de Sanções e especifica patamares mínimos e máximos de multas para prestadoras de serviços de telecomunicações de grande porte.

GRUPO 1 – GRANDE

GRADUAÇÃO	VALOR (em R\$)
Leve	de 1.200,00 até 12.000.000,00
Média	de 2.500,00 até 25.000.000,00
Grave	de 5.000,00 até 50.000.000,00

Dessa forma, na aplicação da sanção de multa, uma vez observados os patamares mínimos e máximos estabelecidos no Regulamento, cabe ao agente público competente para a aplicação de sanção definir o valor da multa e apresentar a devida motivação para tanto, à luz dos critérios previstos no art. 10 do Regulamento.

Nesse contexto, com o objetivo de evitar aplicações de multas mediante decisões casuísticas, que poderiam até mesmo chegar a conclusões distintas para casos idênticos, o que violaria o princípio da isonomia, os agentes públicos da Anatel competentes para aplicação de sanções deram início à criação de metodologias de cálculos de multa, que consistem em fórmulas matemáticas criadas para calcular a multa que deve ser aplicada a um caso concreto, considerando os critérios dos arts. 176 e 179 da LGT, para aferir a gravidade da infração administrativa apurada no processo.

De modo geral, as metodologias utilizadas no âmbito da Anatel buscam dimensionar o dano causado pelas infrações apuradas (número de usuários atingidos, de estações não licenciadas, de interrupções de serviços, proporção de atingimento de metas de qualidade), bem como a condição econômica do infrator (receita operacional líquida – art. 17, §1º, do RASA).

Nesse sentido, o art. 39 do Regulamento de Sanções Administrativas prevê que a Anatel, por meio de Portaria do Conselho Diretor, poderá definir metodologias que orientarão o cálculo do valor base das sanções de multa.

A criação de metodologias pela Anatel objetiva, então, uniformizar, entre suas áreas técnicas, fórmulas de cálculos para a aplicação de sanções de multa, as quais consistem num instrumento útil para que as multas calculadas mediante aplicação das metodologias sejam proporcionais à gravidade da infração e haja publicidade quanto à motivação dos cálculos das multas.

Vale salientar que a Agência não está obrigada a criar fórmula matemática para calcular as multas referentes a qualquer tipo de infração. Na aplicação de sanção de multa e no respectivo cálculo do seu valor, ela está vinculada, em primeiro lugar, aos critérios definidos nos arts. 173 a 179 da LGT e no RASA, entre os quais se destaca o dever de a multa ser proporcional à gravidade da infração.

Ou seja, a Agência tem a prerrogativa de aplicar multas considerando discricionariamente os critérios da LGT e do RASA em cada caso concreto submetido ao seu poder sancionador, formando, a partir daí, uma “jurisprudência” sobre o tema, sem a utilização de qualquer fórmula de cálculo preestabelecida, desde que a decisão de aplicação da sanção seja devidamente motivada e proporcional à gravidade da infração. Logo, não

há que se falar em rigidez na aplicação de determinada metodologia, uma vez que a sua própria utilização não é exigível.

A título de exemplo, vale lembrar que, no âmbito do Direito Penal, a fixação da pena pelo juiz, observadas a pena mínima e a pena máxima do respectivo tipo penal, deve considerar diversos critérios previstos no art. 59 do Código Penal (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, comportamento da vítima).

Se um juiz de uma vara criminal quiser adotar uma fórmula matemática para valorar esses critérios, não há ilegalidade, porém, o fato de ele valorar tais critérios de forma descritiva (sem fórmula matemática), não comina de nulidade a sentença penal condenatória.

Assim, a Anatel também não está impedida de, visando ao estabelecimento de padrões mínimos, criar fórmulas matemáticas destinadas ao cálculo das sanções de multa aplicáveis pela prática de determinadas infrações, como uma forma de facilitar a valoração dos critérios previstos no art. 176 e 179 da Lei nº 9.472, de 1997, e, assim, uniformizar e tornar transparente e controlável a dosimetria da sanção. Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente judicial:

Decisão

Cuida-se pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação interposta pela empresa CLARO S.A. contra sentença proferida nos autos da ação declaratória com pedido de antecipação de tutela nº 61115-17.2015.4.01.3400 por ela ajuizada contra a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Afirma a requerente que ajuizou a referida ação impugnando multa imposta pela ANATEL no valor de R\$ 993.085,49 (novecentos e noventa e três mil, oitenta e cinco reais e quarenta e nove centavos) e, tendo garantido o juízo por meio de seguro-garantia, obteve liminar para suspender a exigibilidade da dívida. [...] A sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal possui, em síntese, os seguintes fundamentos (cito):

[...] Ora, todos os componentes acima foram amplamente considerados pela ANATEL em seu procedimento, havendo, inclusive, referência a cada um deles nos anexos dos informes do PADO em comento. O Informe n. 286/2014 e seus Anexos II e III (fls. 265-288), por exemplo, discorrem sobre toda a natureza e a gravidade da infração aplicada à parte autora. Não há, portanto, o menor fundamento em se pretender ofensa à legalidade na atuação da ANATEL no exercício de sua atividade fiscalizadora. [...]

Evidencia-se, portanto, que a Anatel logrou demonstrar o cuidado com a proporcionalidade na fixação da multa. De outro lado, a parte autora questiona genericamente os critérios adotados, esquecendo-se que a metodologia da Anatel cuida justamente de apontar raciocínio lógico que busca a parcimônia entre a conduta e a sanção, ou seja, objetiva-se materializar os princípios que norteiam a aplicação das penalidades administrativas, possibilitando a tradução da penalidade em seu mais legítimo caráter educativo e repressivo. Resta claro, portanto, que a parte autora, em longa petição inicial, não apontou qualquer violação concreta à lei, ao Contrato de Concessão ou aos regulamentos da Anatel na apuração da multa aplicada, o que revela, em verdade, não a alegada desproporcionalidade ou ilegalidade, mas mero inconformismo, em que pese a aplicação da multa seja permitida e válida no ordenamento jurídico vigente. (fls. 133/143 dos autos digitais) [...] No caso, observo que o seguro garantia juntado aos autos no valor de R\$ 1.551.765,68 (um milhão, quinhentos e cinquenta e um mil, setecentos e sessenta e cinco reais e sessenta e oito centavos) atende aos requisitos legais e possui validade até o dia 20/10/2020 (fls. 85/87 dos autos digitais). [...] Após a manifestação da ANATEL reavaliarei a presente decisão. Intime-se, com urgência, a ANATEL. Comunique-se ao juízo a quo o teor desta decisão. Publique-se. Brasília, 20 de outubro de 2016. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES

(Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação 00612951420164010000, rel. Des. Néviton Guedes, data da decisão 20/10/2016, data da publicação 25/10/2016)

Nesse precedente, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região ao afastar a alegação de desproporcionalidade da multa aplicada pela Anatel⁶, reconheceu na metodologia adotada pela Anatel como um instrumento que incorpora o princípio da proporcionalidade, ao buscar a parcimônia entre conduta e sanção.

Em que pese o objetivo da definição de uma metodologia de cálculo de multa seja encontrar valores de multas proporcionais às gravidades das infrações praticadas, é possível que, na aplicação de um metodologia, em decorrência de alguma especificidade do caso concreto que implique a inadequação da fórmula matemática para aquela situação, a autoridade

6 Cumpra registrar que é relativamente comum, em processos judiciais nos quais o autor requer a anulação de multa aplicada pela Anatel, a violação a desproporcionalidade da multa ser alegada de forma exclusivamente retórica, sem argumentos e provas que possam levar o Judiciário a concluir que aquela multa, aplicada naquele caso concreto, teria observado ou não o princípio da proporcionalidade.

administrativa se depare com um valor de multa insuficiente ou exagerado para punir aquela infração.

O próprio Regulamento de Sanções Administrativas dispõe, no seu art. 39, que as metodologias servirão apenas para orientar o cálculo do valor base das sanções, deixando claro que não se trata de aplicação cogente e às cegas. Por óbvio que o uso das metodologias, instrumentos infralegais, não tem o condão de dispensar a Anatel de cumprir o princípio da proporcionalidade, de status constitucional e legal. Daí que o próprio Regulamento, nos seus arts. 18, §4º, e 39, §3º, autoriza – e nem precisaria de autorização expressa nesse sentido –, o afastamento excepcional de metodologias caso da sua aplicação tenha resultado um valor que não atenda, no caso concreto, o princípio da proporcionalidade.

Em razão disso, cabe ao administrador o aprimoramento e o controle da sua atividade sancionadora, de forma que sua incidência seja a mais transparente e objetiva possível, no tocante à atuação administrativa. Trata-se do emprego da fórmula matemática da própria valoração (discricionariedade) que compete ao agente público responsável pela aplicação da sanção, no sentido de avaliar qual é a dimensão da gravidade da infração administrativa apurada e quanto é a multa que deve ser aplicada no caso concreto, considerando a proporcionalidade entre a sanção e a gravidade da infração.

A existência de metodologia amplia a transparência da atuação da Agência e possibilita o maior controle dos atos da Administração, no tocante a um aspecto em que se apresenta clara discricionariedade por parte da Administração Pública (dosimetria da sanção administrativa).

A dosimetria da sanção administrativa, todavia, não está completamente afastada do controle judicial dos atos sancionadores da Administração Pública. Uma das principais formas de o Poder Judiciário avaliar a legalidade de atos administrativos discricionários é a verificação da observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e essa perspectiva se aplica também quanto à dosimetria de sanções administrativas.

No âmbito do setor de telecomunicações, a litigiosidade judicial é notória, haja vista a divergência de interesses entre a Anatel, que busca garantir por meio das sanções administrativas (inclusive a de multa), o cumprimento da regulamentação, e as prestadoras de serviços de telecomunicações de grande porte, que, na condição de agentes econômicos, visam explorar a atividade alcançando a maior lucratividade possível e, por conseguinte, buscam evitar o dispêndio de recursos para pagamento de multas administrativas, valendo-se do ajuizamento de ações judiciais, para tanto.

Nesse contexto, após o curso dos processos administrativos no âmbito da Anatel, é comum que as mesmas questões detalhadamente debatidas nos processos administrativos sejam novamente debatidas, no curso de um processo judicial ajuizado pela prestadora.

Assim, é de extrema importância avaliar como o Judiciário tem aplicado o princípio da proporcionalidade nos processos judiciais que tratam de sanções aplicadas pela Anatel, uma vez que eventual anulação de sanção administrativa aplicada pela Anatel retira toda a efetividade (função pedagógica de estímulo ao cumprimento da regulamentação) visada no processo administrativo.

Nessa perspectiva, vejam-se alguns precedentes judiciais em que se aplicou o princípio da proporcionalidade para anular determinações ou atos sancionadores da Anatel:

ADMINISTRATIVO. MULTA. ANATEL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE CULPA DO USUÁRIO. ANULAÇÃO. 1. Multa aplicada pela ANATEL por ter o particular praticado conduta que se amolda ao art. 55, V, “b”, da Resolução nº 242/00.

2. Embora a conduta do apelado se amolde formalmente ao dispositivo da resolução editada pela Agência Reguladora, a aplicação da sanção pelo descumprimento das obrigações administrativas deve respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.472/97, bem como levar em consideração o elemento subjetivo da conduta praticada pelo particular.

3 . Apelação não provida.

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Vice-presidência, Rel. Des. Edna Carvalho Kleemann, AC 00011271920124025154, Data da decisão 14/01/2016, Data da publicação 19/01/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CAUTELAR – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL) – PODER DE POLÍCIA – CANAL DE TELEVISÃO COMUNITÁRIO – SANÇÃO ADMINISTRATIVA DE INTERRUÇÃO DO SINAL DE TV – POSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR AO MÉRITO ADMINISTRATIVO – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – RECURSO DA ANATEL IMPROVIDO.

I – [...]

IV - Ora, não existe a menor dúvida de que a ANATEL, constituída na forma de Autarquia de Regime Especial, tem a prerrogativa de se valer do Poder de Polícia conferido à Administração Pública em geral para atingir efetivamente o seu escopo de fiscalizar e coibir infrações cometidas em ofensa às regras pertinentes ao serviço de telecomunicações, a teor do precitado art. 19, da Lei n.º 9.472/97.

V - A impossibilidade do Poder Judiciário de se imiscuir no mérito administrativo encontra-se, na atual dogmática do Direito Administrativo, um tanto rarefeito, haja vista algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Diante desta nova realidade, podemos dizer que princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais os da razoabilidade, da moralidade e da eficiência, têm permeado e possibilitado ao Judiciário adentrar no mérito administrativo, o que deve ser feito de forma excepcional, ou seja, diante da certeza da manifesta irrazoabilidade ou inobservância da aplicação das normas que regem os atos administrativos.

VI - Entendo, na esteira da decisão interlocutória, que a imposição de penalidade mais grave (interrupção da veiculação do canal), quando da existência de outra menos gravosa (multa, por exemplo) e suficiente para se atender, ao menos em tese, ao fim que se destina, vai de encontro ao princípio da proporcionalidade (subprincípio da necessidade), que impõe ao Poder Público a verificação da existência de meio menos gravoso para atingimento dos fins colimados.

VII - Por outro lado, o custo-benefício, que é a ponderação entre os danos causados e os resultados obtidos, tem que se pautar em uma justificável interferência na esfera alheia, o que não se verifica no caso, pois não é minimamente admissível impedir aos munícipes de Nova Friburgo o acesso aos programas culturais somente pelo fato da TVC 6 estar veiculando comerciais, seria como, mal comparando, curar a doença, matando o doente.

VIII – Recurso da ANATEL improvido.

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, 7ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Reis Friede, Agravo de Instrumento em ação cautelar, processo n.º 2007.02.012914-7, Data de decisão 02/07/2008, Data de disponibilização 09/07/2008)

O Poder Judiciário também tem verificado o atendimento ao princípio da proporcionalidade na aplicação de sanções por outras autarquias. Nesse sentido, vejam-se os precedentes:

ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEL - ANP. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE REVENDEDOR VAREJISTA DE COMBUSTÍVEL AUTOMOTIVO SEM O PRÉVIO REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE. MULTA EXCESSIVA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NÃO APLICADA. REDUÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE.

I. Trata-se de apelação interposta contra sentença que, confirmando o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, julgou improcedentes os pedidos consistentes na anulação do auto de infração nº 66908/2003, lavrado contra a apelada, que deu origem a multa aplicada no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por estar praticando a revenda de combustíveis de forma provisória logo após o requerimento do registro na ANP.

II. [...]]

V. Assiste razão, em parte, à recorrente. Como bem argumentou a multa deve ser aplicada com observância do princípio da razoabilidade e proporcionalidade. No caso dos autos em que a penalidade pecuniária aplicada pelo órgão fiscalizador à apelante, se deu em razão da inexistência de registro (autorização) da ANP, não se mostra razoável e proporcional a multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com a gravidade da infração constatada, cabendo a sua redução pelo Poder Judiciário quando se mostrar excessiva.

VI. Neste sentido esta egrégia Corte já decidiu que deve a multa ser aplicada com razoabilidade e proporcionalidade, cabendo a sua redução pelo Poder Judiciário quando se mostrar excessiva.

Precedente: (TRF5ª, AC552036/PE, Relator Desembargador Federal Francisco Wildo, Segunda Turma, DJE: 07/03/2013 - Página 204).

VII. Apelação parcialmente provida, apenas para reduzir o valor da multa ao montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

(Tribunal Regional Federal da Quinta Região, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, Ac 200981000028355 – AC – Apelação Cível – 486721, Data da decisão 19/05/2015, publicada no DJE DE 25/05/2015, p. 26)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO – INMETRO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE COMPOSIÇÃO TÊXTIL – VÍCIO DE FORMA DO ATO ADMINISTRATIVO PUNITIVO – NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE - INSUBSISTÊNCIA DAS PENALIDADES – OBSTÁCULO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL.

1 - Incumbe ao Poder Público demonstrar a legalidade material de seus atos, sob pena de ofensa ao devido processo legal substancial.

2 - Embora não haja necessidade de menção no auto de infração da relação das penalidades, na medida em que o autuado se defende não da capitulação legal, mas dos fatos que lhe são imputados, é essencial, para a regularidade do procedimento, que haja exposição minuciosa dos fatos.

3 - Não havendo qualquer demonstração de que a autarquia tenha envidado esforços no sentido de orientar a autora, considerando as peculiaridades do caso, ou verificar a realidade dos fatos narrados no auto de infração, tem-se por ofendido o devido processo legal substancial, que, no caso, se materializaria por meio da ação efetiva do Poder Público para comprovar a adequação de seus atos.

4 - Abstraindo-se do aspecto de que inexistiu a infração, cabe ressaltar que a penalidade aplicada foi excessiva, fugindo ao princípio da razoabilidade, pois, a fixação do valor da multa supera em muito o valor cobrado pela confecção das duas calças, não tendo a autoridade competente levado em consideração os parâmetros estabelecidos no § 1º do art. 9º da Lei nº 9.933/99, ou seja, a vantagem auferida, a condição econômica e antecedentes e o prejuízo causado ao consumidor.

5- Apelação e remessa improvidas.

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Apelação Cível 00143944920024020000, rel. Frederico Gueiros, data da decisão 06/07/2009, data da publicação 14/07/2009)

Por outro lado, cumpre destacar que a Anatel tem sido vencedora na grande maioria dos processos judiciais que discutem se as multas da Agência observam o princípio da proporcionalidade. A título exemplificativo, vejam-se os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. TELEFONIA. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES ANATEL. LEI Nº 9.472/92. RESOLUÇÃO Nº 344/2003. PODER DE POLÍCIA. REGULAMENTO DE INDICADORES DE QUALIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. Trata-se de apelação interposta pela TELEMAR NORTE LESTE S/A, nos autos da ação ordinária ajuizada em face da AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES ANATEL, a qual objetiva seja declarada a inexigibilidade das multas administrativas impostas pela Autarquia ré [...]

2. O pedido foi julgado improcedente, sob a fundamentação de que o poder de polícia conferido à ANATEL não afronta ao princípio da legalidade estrita; e que a multa aplicada respeita os limites do contrato e da legislação pertinente, não a considerando desproporcional, tendo em vista o porte da Autora, bem como as irregularidades elencadas no Auto de Infração (fls. 176/177).

3. A sentença merece ser mantida, na medida em que, a uma, a ANATEL, constituída na forma de Autarquia de Regime Especial, tem a prerrogativa de se valer do Poder de Polícia, e estabelecer as regras que devam ser cumpridas pelos concessionários de serviços de telecomunicações, coibindo as infrações cometidas com a aplicação de sanções, conforme disposto no artigo 173, da Lei nº 9.472/92, não tendo, desta forma, a Resolução nº 344/2003, que regulamenta a aplicação de sanções administrativas, ultrapassado os limites legais para regulamentar a matéria artigo 22, IV, da mencionada lei; e a duas, no tocante à multa de R\$ 5.463.548,36 (cinco milhões, quatrocentos e sessenta e três mil, quinhentos e quarenta e oito reais e trinta e seis centavos), a mesma encontrasse dentro dos limites previstos na cláusula 26.1 do Contrato de Concessão do Serviço Telefônico Fixo Comutado Modalidade Local (fls. 91), da pena máxima prevista no art. 179, da Lei nº 9.472/92, e dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade; mais ainda considerando-se, como bem ressaltado pelo Juízo a quo, o porte da Autora, e que as 16 irregularidades elencadas no Auto de Infração (fls. 176/177) alcançam grande

número de usuários, não ocorrendo, d.m.v., violação ao artigo 38 da mencionada lei.

4. Recurso desprovido.

(Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Rel. Desembargador Federal Poul Erik Dyrland, AC 201051010126100, Data da Decisão 11/04/2012, Data da Publicação 18/04/2012)

ADMINISTRATIVO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO COMUTADO. MULTA. PREVISÃO LEGAL E CONTRATUAL. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

A multa aplicada possui previsão legal e contratual. Os elementos mencionados no Informe 385 são extraídos de dados concretos e objetivos, motivo pelo qual são facilmente identificáveis e compreensíveis. Tais critérios afiguram-se razoáveis e proporcionais, na medida em que buscaram nitidamente atender e respeitar os danos resultantes para o serviço e para os usuários, bem como a condição econômica do infrator.

(Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Terceira Turma, rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, Apelação Cível 5000295-63.2011.404.7001, Data da Decisão 14/09/2011)

AUTO DE INFRAÇÃO. ANATEL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. MULTA. VALOR. CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA MÁ-FÉ E PELA INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AFASTAMENTO.

Não se verificando defeitos a macular o ato administrativo consubstanciado no auto de infração em foco, não há cogitar na anulação deste, considerando-se, assim, válida a penalidade imposta à parte autora, que não logrou se eximir da responsabilidade pelas irregularidades aferidas no exercício de sua atividade.

A atividade de arbitramento do valor da multa, respeitadas as balizas legais, é de natureza discricionária, descabendo ao Poder Judiciário imiscuir-se na tarefa tipicamente administrativa de fixação.

No caso concreto, não há espaço para revisão do valor da multa, pois o valor fixado não pode ser considerado arbitrário e não há evidente inadequação, clara falta de proporcionalidade ou manifesta ausência de razoabilidade no valor da penalidade.[...]

(Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Quarta Turma, rel. Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, Apelação Cível 5002991-23.2012.404.7006, Data da Decisão 22/10/2013)

Dessa forma, fica claro que a Anatel, diante de uma infração administrativa, tem o dever de aplicar uma sanção proporcional à gravidade da infração, sendo que, nos casos concretos em que a Agência eventualmente viola esse dever, há um grande risco de a sanção administrativa ser anulada no Poder Judiciário, esvaziando, por conseguinte, a efetividade da sanção aplicada pela Agência (poder de polícia).

Ou seja, resta patente que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão positivados no ordenamento jurídico e são efetivamente utilizados pelo Poder Judiciário como balizas para o controle judicial dos atos administrativos, tornando-os, portanto, de observância cogente por parte da Administração Pública, sob pena de nulidade.

Nesse ponto, observa-se que a aplicação de multa excessivamente baixa deixa de cumprir o requisito legal, possivelmente sequer sendo questionada pelo infrator, uma vez que de certa forma lhe é favorável, ao passo que a aplicação de multa excessivamente alta também deixa de cumprir o requisito legal, sendo que nessa hipótese, possivelmente haverá questionamento judicial com alta probabilidade de o Poder Judiciário desconstituir a sanção desproporcional aplicada.

Dessa forma, é importante que a Anatel, no exercício de sua competência sancionadora, esteja alinhada com os entendimentos que vêm sendo adotados pelo Poder Judiciário em matéria de sanções administrativas, haja vista que a efetividade do Poder de Polícia constitui aspecto de extrema importância para o aprimoramento da atividade sancionadora.

3 CONCLUSÃO

No âmbito do setor de telecomunicações, a legislação prevê que a dosimetria das sanções administrativas deve levar em consideração diversos aspectos (capacidade econômica do infrator, dimensão do dano, reincidência).

Com o objetivo de conferir maior uniformidade na aplicação de sanções administrativas, em observância ao princípio da isonomia, a Anatel tem editado metodologias (fórmulas matemáticas) que auxiliam o agente público competente para a aplicação de sanção na atividade de realizar a dosimetria da sanção para as infrações apuradas nos processos sancionadores.

Em relação ao ato administrativo sancionador, a dosimetria consiste num aspecto discricionário do ato, não sendo possível que o Judiciário, por critério próprio, realize dosimetria que substitua a realizada pela Anatel. Compete ao Poder Judiciário, todavia, verificar, quando provocado, se as

sanções aplicadas pela Anatel observam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse contexto, observa-se que as alegações de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em muitas administrativas aplicadas pela Anatel têm sido enfrentadas pelo Poder Judiciário, o qual tem avaliado se, em cada caso concreto, a sanção aplicada (inclusive o valor da multa) é ou não proporcional à gravidade da infração cometida.

Em caso de inobservância do princípio da proporcionalidade, o Poder Judiciário invalida a sanção administrativa, o que retira a efetividade do Poder de Polícia da Agência, na medida em que o infrator não foi punido (de forma válida e eficaz) pela infração administrativa praticada.

Dessa forma, é importante que a Anatel, no exercício de sua competência sancionadora, esteja alinhada com os entendimentos que vêm sendo adotados pelo Poder Judiciário em matéria de sanções administrativas, haja vista que a efetividade do Poder de Polícia constitui aspecto de extrema relevância para o aprimoramento da atividade sancionadora.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1999*, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997*, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em 12 fev. 2019.

_____. *Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013*, do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações, DF. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. *Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012*, do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações, DF. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

_____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Pedido de concessão de efeito suspensivo à apelação 00612951420164010000*, rel. Des. Néviton Guedes, data da decisão 20/10/2016, data da publicação 25/10/2016.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Vice-presidência, Rel. Des. Edna Carvalho Kleemann. *AC 00011271920124025154*, Data da decisão 14/01/2016, Data da publicação 19/01/2016.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, 7ª Turma Especializada, Rel. Desembargador Federal Reis Friede. *Agravo de Instrumento em ação cautelar, processo nº 2007.02.012914-7*, Data de decisão 02/07/2008, Data de disponibilização 09/07/2008.

_____. Tribunal Regional Federal da Quinta Região, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho. *Ac 200981000028355 – AC – Apelação Cível – 486721*, Data da decisão 19/05/2015, publicada no DJE DE 25/05/2015, p. 26.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. *Apelação Cível 00143944920024020000*, rel. Frederico Gueiros, data da decisão 06/07/2009, data da publicação 14/07/2009.

_____. Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Rel. Desembargador Federal Poul Erik Dyrlyund. *AC 201051010126100*, Data da Decisão 11/04/2012, Data da Publicação 18/04/2012)

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Terceira Turma, rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria. *Apelação Cível 5000295-63.2011.404.7001*, Data da Decisão 14/09/2011.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região, Quarta Turma, rel. Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. *Apelação Cível 5002991-23.2012.404.7006*, Data da Decisão 22/10/2013.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015.