
PARECER Nº 240/2013/JCB/PFE-ANATEL/PGF/AGU
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA
DIÁRIA PELO ÓRGÃO REGULADOR POR
DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR

Júlia de Carvalho Barbosa
Procuradora Federal

PARECER Nº: 240/2013/JCB/PFE-Anatel/PGF/AGU

INTERESSADO: Anatel

ASSUNTO: Multa diária.

EMENTA: Manifestação jurídica de ofício. Revisão de entendimento anterior. Possibilidade de aplicação de pena de multa diária em sede de medida cautelar.

PARECER

I RELATÓRIO

1. Trata-se de análise jurídica acerca da possibilidade de a Anatel aplicar multa diária em face de descumprimento de determinação prevista em medida cautelar.
2. Reconhecendo a importância das medidas cautelares para que, em determinadas situações, se atinja o interesse público e como forma de efetivação das ações regulatórias levadas a cabo pela Anatel, medidas estas inclusive formalmente incentivadas por esta Procuradoria por meio do Parecer nº 1413/2011/DFT/ICL/IGP/LFF/MGN/PFS/PGF/PFE-Anatel, este órgão de consultoria resolveu, de ofício, novamente se debruçar sobre o tema em referência.
3. Como se verá, a conclusão a que se chegou, revendo o entendimento anterior, é pela possibilidade de imposição de multa diária pela Agência em razão do descumprimento de medidas cautelares.
4. É o relatório. Passa-se a opinar.

II FUNDAMENTAÇÃO

5. Insta ressaltar, primeiramente, que, apesar de ser muito comum a utilização da expressão “multa diária”, nem sempre a periodicidade de incidência da multa coercitiva há de ser diária, uma vez que também pode ser horária, semanal, mensal, anual ou até mesmo fixa. Caberá à autoridade competente decidir o que melhor atende às necessidades do interesse público, à luz do caso concreto.

6. Dessa forma, embora o presente Parecer sempre faça referência à expressão “multa diária”, a argumentação expendida é aplicável à multa coercitiva em geral, seja horária, diária, semanal, etc.

II. (a) Do respaldo legal para aplicação de multa diária em sede de cautelar pela ANATEL. Fundamento das medidas cautelares. Teoria dos poderes implícitos. Efetividade da multa diária

7. De início, deve-se ter em mente que a multa diária é uma espécie de multa, uma vez que o seu efeito sobre o administrado é de cunho pecuniário. Deste modo, pode-se afirmar que ela se enquadra na previsão contida no art. 173, II, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), segundo o qual a infração a esta Lei ou às 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, dentre outras, à sanção de multa, aplicável pela Agência, sem prejuízo das responsabilizações de natureza civil e penal.

8. De fato, como se verá ao longo do presente opinativo, o efeito prático da multa diária possui natureza pecuniária, tal qual uma multa ordinária. Ambas resultam, pois, no pagamento de uma quantia certa à Administração Pública em razão do descumprimento de obrigações regulatórias, sejam estas materializadas em contratos de concessão, termos de autorização, regulamentos ou em atos de efeitos concretos expedidos pela Agência, como é o caso da medida cautelar.

9. Dessa forma, tendo a mesma natureza pecuniária, é de se inferir que a multa diária já encontra respaldo legal na própria previsão de aplicação de multa contida no citado art. 173, II, da LGT.

10. De qualquer forma, no caso específico da Anatel, a possibilidade de aplicação de *astreintes* se daria especificamente no âmbito das medidas cautelares, servindo, portanto, de instrumento de coerção do administrado a cumprir determinada obrigação de fazer ou não fazer que se mostre necessária ao interesse público numa dada situação.

11. A possibilidade de aplicação de multa diária pela Agência, portanto, servirá para atribuir efetividade à medida cautelar imposta, ante o eventual descumprimento perpetrado pelo ente regulado. A previsão de

multa diária por descumprimento da medida forçará o administrado a observar e a cumprir a medida cautelar, nos termos e prazos tais quais impostos pela Administração.

12. Pode-se afirmar, em suma, que a aplicação da multa diária é um meio para garantir efetividade às medidas cautelares, servindo como instrumento de coerção para que o administrado cumpra a obrigação imposta pela Agência naquele específico caso concreto.

13. Acerca das medidas cautelares esclarece-se que são instrumentos expressamente previstos na legislação ordinária (art. 45 da Lei nº 9.784/99 e art. 175, parágrafo único, da LGT) e no art. 72 do Regimento Interno da Anatel, podendo ser adotados em casos de risco iminente, antes ou durante o curso de um processo administrativo, para evitar a lesão e sem prévia manifestação do interessado. Nesse sentido, vale citar os seguintes trechos do Parecer nº 1413/2011/DFT/ICL/IGP/LFF/MGN/PFS/PGF/ PFE-Anatel, que, registrando a importância das medidas cautelares, abordam sua natureza e seu procedimento, *in verbis*:

334. A medida cautelar é um instrumento previsto na Lei n.º 9.784/1999 (artigo 45), na Lei Geral de Telecomunicações (artigo 175, parágrafo único), no Código de Defesa do Consumidor (artigo 56, parágrafo único) e no Regimento Interno da Anatel (artigo 72, parágrafo único), que tem por finalidade assegurar maior eficácia às decisões da Agência nos casos em que eventual demora processual inviabilize a reparação efetiva, a reconstituição do bem lesado ou, enfim, o resultado útil do processo.

335. Veja-se, a esse respeito, o que dispõem os referidos dispositivos:

LPA

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

LGT

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

CDC

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

omissis

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

RIA

Art. 72. Nenhuma sanção administrativa será aplicada, a pessoa física ou jurídica, sem que lhe seja assegurada ampla defesa, em procedimento administrativo instaurado para apurar eventual infração a leis, regulamentos, normas, contratos, atos e termos de autorização.

Parágrafo único. No curso do procedimento ou, em caso de risco iminente, antes dele, a Agência poderá, motivadamente, adotar medidas cautelares estritamente indispensáveis para evitar a lesão, sem a prévia manifestação do interessado.

336. Como se pode ver, a medida cautelar pode ser imposta tanto antes como, também, no curso de procedimento administrativo.

337. Destaque-se que a medida cautelar não se confunde com a sanção em si. Na verdade, a medida cautelar integra o chamado poder de polícia da Administração Pública, por meio do qual a atividade estatal condiciona a liberdade e a propriedade individuais, ajustando-as aos interesses da coletividade.

[...]

340. Frise-se que o descumprimento de uma medida cautelar imposta pela Agência enseja, sem dúvida, a aplicação de uma sanção, já que se trata de ato administrativo de efeito concreto expedido pela Agência (artigo 1º da minuta do Regulamento de Sanções).

[...]

II.(b).10.2.Da importância da utilização das medidas cautelares como forma de efetivação das ações regulatórias.

346. Ainda quanto às medidas cautelares, insta consignar que o Tribunal de Contas da União já se manifestou favoravelmente à aplicação de tais medidas, de modo a conferir maior efetividade à atuação da Agência. Nesse sentido, vale citar os seguintes trechos do acórdão nº 2109/2006 daquele Tribunal:

Relatório do Ministro Relator:

[...]

430. O segundo estudo de caso ensina que é possível obter maior efetividade nos processos sancionatórios, caso haja ações de monitoramento pela Agência, com fiscalizações consecutivas para verificar a correção por parte das empresas de desconformidades verificadas e para as quais foram abertos PADOs, caracterizando a reincidência do problema e ensejando o agravamento das multas ou novas multas, quando as desconformidades não tiverem sido solucionadas.

A utilização das medidas cautelares apresenta maior efetividade que os PADOs para correção dos descumprimentos encontrados

431. Destaca-se que não somente os PADOs compõem o universo de medidas sancionatórias, também está previsto na regulamentação a possibilidade de adoção de medidas cautelares pela Anatel. As medidas cautelares se mostram mais efetivas de que os PADOs. Porém só devem ser usadas em caráter de urgência com o objetivo de evitar, interromper ou reparar danos causados aos usuários.

432. Conforme artigo 175 da LGT, nenhuma sanção será tomada sem a oportunidade de ampla defesa, exceto medidas cautelares

urgentes. O parágrafo único do Artigo 72 do Regime Interno da Anatel estabelece:

Parágrafo Único. No curso do procedimento, ou em caso de risco iminentes antes dele, a Agência poderá, motivadamente, adotar medidas cautelares estritamente indispensáveis para evitar a lesão, sem a prévia manifestação do interessado

433. A adoção de medida cautelar não encerra ou impede a abertura do processo de PADO decorrente, que seguirá seu trâmite normal, podendo a seu término resultar em sanções complementares às empresas.

434. O objetivo das medidas cautelares, em especial aquelas relacionadas às questões de qualidade na prestação dos serviços, é promover a correção ou suspensão dos atos das prestadoras que afetam direta ou indiretamente os usuários, caracterizando-se pela urgência de evitar danos ou lesões ainda maiores aos usuários, pela má qualidade ou desconformidade às normas na prestação do serviço.

435. Assim, em casos urgentes, a Anatel dispõe de instrumento para coagir as empresas a prestarem o serviço com qualidade em um curto prazo, sem ter que esperar a conclusão dos PADOs, que conforme relatado nos itens 434 a 455 deste relatório é bastante demorado. O descumprimento dos termos das medidas cautelares pode ensejar a aplicação de multas às prestadoras.

436. Através de pesquisas no sítio da Anatel e da análise das informações fornecidas pela Agência, foi observado que a Anatel vem utilizando o instrumento das medidas cautelares em várias situações relativas à qualidade, à defesa da concorrência ou às infrações aos normativos.

437. Alguns exemplos de medidas cautelares relativas à qualidade adotadas pela Anatel são:

- Medida cautelar suspendendo a comercialização e ativação de novas estações de usuários da Vivo (operadora de SMP) no Distrito Federal a partir de 14 de maio de 2004, devido a interrupção do serviço que afetou 150 mil usuários, e

determinando o ressarcimento aos usuários prejudicados, podendo ensejar multa de R\$ 10 milhões em caso de descumprimento dos termos da medida cautelar. Essa medida cautelar foi suspensa em 19 de maio de 2004, em face da verificação por parte da Anatel de melhorias nas condições da prestação do serviço;

- Medida cautelar em desfavor da Embratel (Operadora de Telefonia de Longa Distância) determinando o ressarcimento aos usuários que efetuaram reclamações procedentes no período de 01 de janeiro a 30 de setembro de 2000 e outras ações relativas à tarifação e tratamento das contas telefônicas. Além das reclamações dos usuários, essa medida cautelar foi motivada pelo descumprimento do indicador referente a número de contas com reclamação de erro por nove meses em valores quatro vezes superiores à meta estabelecida.

438. Observa-se dos exemplos acima que as medidas cautelares apresentam maior tempestividade em relação aos PADOs, e que as determinações dessas medidas beneficiam diretamente os usuários e incentivam (obrigam) as prestadoras a tomarem medidas rápidas e efetivas para corrigir os problemas encontrados, como verificado na suspensão da comercialização da operadora Vivo, que, no caso supracitado, em 5 dias resolveu os problemas encontrados.

439. A medida cautelar é um importante instrumento para obrigar as empresas a (re)estabelecer as condições mínimas de qualidade aceitáveis para a prestação do serviço. No entanto, a recorrente utilização de medidas cautelares significa que a prestação do serviço se encontra em níveis críticos que obrigam a adoção pela Anatel de medidas urgentes, e que os mecanismos sancionatórios, como PADOs e outros descritos neste relatório, não lograram êxito na solução do problema.

440. Cabe ressaltar, entretanto, o aspecto educativo da aplicação de medidas cautelares, pois as operadoras sabem que a Anatel dispõe desse instrumento para punir as empresas de forma rápida através de multas, definição de valores a serem ressarcidos aos usuários, interrupção de comercialização dos serviços, entre outras medidas.

A utilização de outras medidas coercitivas deve ser reforçada

441. A LGT estabelece que compete à Anatel adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público, incluindo neste a defesa dos direitos dos usuários e a prestação do serviço com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários.

442. A Anatel dispõe de medidas alternativas aos PADOs e às medidas cautelares, que podem incentivar as empresas a buscarem a melhoria da qualidade da prestação do serviços. Embora não sejam sancionatórias, essas medidas alternativas podem contribuir para o aprimoramento na prestação dos serviços, pois direta ou indiretamente exigem ações das prestadoras para melhoria da qualidade.

[...]

Voto do Ministro Relator

[...]

Relatório e Voto do Ministro Revisor

[...]

31. Do mesmo modo, a determinação para a adoção de medidas cautelares por parte da Agência, sempre que se verificar o descumprimento, pelas operadoras, de direitos que afetam significativa parcela de usuários dos serviços (subitem 9.1.4.6 da proposta constante do voto revisor) não inova em seus fundamentos, pois se encontra embasada nos próprios achados e estudos elaborados pela Sefid. Nesse sentido, basta ver que recebeu um tópico específico no relatório de auditoria (parágrafos 431 a 440). Na oportunidade, destacou-se, inclusive, a efetividade das medidas cautelares em um dos precedentes exemplificados, como quando foi adotada pela Anatel “medida cautelar suspendendo a comercialização e ativação de novas estações de usuários da Vivo... no Distrito Federal a partir de 14 de maio de 2004, devido a interrupção do serviço que afetou 150 mil usuários, e determinando o ressarcimento aos usuários prejudicados...”.

32. Entendo que medidas como as agora alvitadas, antes de serem determinadas ou encomendadas pelo TCU, já poderiam fazer parte da agenda de compromissos da Anatel e das próprias operadoras de telefonia, visando ao processo de melhoria da qualidade percebida pelos usuários.

[...]

Voto Complementar

[...]

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste colegiado:

[...]

9.7. determinar à Sefid que:

[...]

9.7.1.2. a verificação da viabilidade e da efetividade de a Anatel adotar as seguintes medidas, propondo, oportunamente, se for o caso, determinações ou recomendações de modo a atendê-las:

[...]

d) “[...] utilização de medidas alternativas aos PADOs, como a criação e divulgação de ranking mensal de qualidade dos serviços de telefonia e de reclamações, segundo dados da Anatel (hoje já existente), daqueles obtidos junto aos call centers das empresas de telefonia e dos disponibilizados pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, bem como a adoção das medidas cautelares previstas nos arts. 175 da LGT e 72 do Regimento Interno, dentre outras alternativas possíveis, visando garantir a qualidade na prestação dos serviços e a elevação dos seus padrões, considerando o efeito indutor imediato que as referidas medidas podem propiciar”(com relação aos trechos grifados - cf. item 89 do Voto Revisor e subitem 9.2.3.1 da minuta de acórdão apresentada pelo Ministro-Revisor);

[...]

g) “obrigação de avaliar a *imediata adoção de medidas cautelares sempre que se verificar o descumprimento, pelas operadoras, de direitos que afetam significativa parcela de usuários dos serviços, de maneira a garantir maior rapidez e efetividade na correção de irregularidades verificadas em relação à qualidade da prestação dos serviços de telefonia aos usuários, sem prejuízo da instauração do PADO correspondente, e do conseqüente agravamento da sanção que eventualmente venha a ser aplicada neste PADO*, de forma semelhante ao que prevê o art. 15 do atual Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas” (cf. itens 90 a 93 do Voto Revisor e subitem 9.1.4.6 da minuta de acórdão apresentada pelo Ministro-Revisor);

[...]

Acórdão

[...]

9.2.6.3. dever de avaliar a imediata adoção de medidas cautelares sempre que se verificar o descumprimento, pelas operadoras de telefonia, de direitos que afetam significativa parcela de usuários dos serviços, de maneira a garantir maior rapidez e efetividade na correção de irregularidades verificadas em relação à qualidade da prestação dos serviços de telefonia aos usuários, sem prejuízo da instauração do PADO correspondente, e da conseqüente possibilidade de agravamento da sanção que eventualmente vier a ser aplicada, de forma semelhante ao que prevê o art. 15 do atual Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas;

[...] [grifo nosso]

347. Note-se, aliás, que, na ocasião, o Tribunal de Contas da União ressaltou a importância não só de medidas cautelares, mas também de outras medidas que, de um modo geral, conferem maior efetividade às ações da Agência.

14. De todo o exposto, nota-se que a adoção de cautelar garante uma maior efetividade da medida administrativa, devendo ser usada em

caráter de urgência com o objetivo de assegurar o interesse público num dado caso concreto.

15. É incontestável a existência de previsão legal que autoriza a Anatel a adotar medidas cautelares, conforme demonstrado na LGT e na LPA. A possibilidade de aplicação da multa diária, por sua vez, além de contida no art. 173, II, da LGT, ainda que implicitamente, decorre do poder geral de cautela da Agência e fundamenta-se também na teoria dos poderes implícitos.

16. Acerca dessa teoria, citamos a clássica obra¹ de Carlos Maximiliano, que afirma, *ipsis litteris*:

Bem antiga é a obra de Thibaut, de 1799, e já prescrevia o hermeneuta ao considerar o fim colimado pelas expressões de Direito, como elemento fundamental para descobrir o sentido e o alcance das mesmas.

Não se compreenderia preceito algum sem ascender à respectiva série causal; mas não haveria necessidade de compreendê-lo, se o seu destino não for atuar sobre a vida e correr uma linha fecunda de efeitos.

Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construíram a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical.

Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei; o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. *A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi regida.* (grifou-se)

¹ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Forense, p. 124/125.

17. No mesmo sentido, como não poderia deixar de ser, já que o Direito deve ser visto como um todo harmônico e indissolúvel, aponta o princípio dos poderes implícitos ou *implied powers*, aclarado por Marshall, juiz da Suprema Corte Americana, nos seguintes termos ²:

Legítimo o fim e, dentro da esfera da Constituição, todos os meios que sejam convenientes, que plenamente se adaptem a este fim e que não sejam proibidos, mas que sejam compatíveis com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais.

18. Desta forma, percebe-se que ao exercício de qualquer função pública são consignados os correlatos poderes instrumentais imprescindíveis para a consecução dos fins almejados pela norma que atribuiu ditas funções, devendo a interpretação do sistema jurídico ser feita de forma a não frustrar a satisfação da função pública atribuída pelas aludidas normas ³.

19. Ante o exposto, infere-se que as referências legislativas e contratuais ao poder/dever de fiscalização e regulação por parte da Anatel devem ser interpretadas no sentido de que possuem suficiente densidade normativa para permitir que a função reguladora que lhe foi atribuída pela Constituição Federal seja eficazmente desempenhada, devendo ser utilizados todos os meios lícitos a ela inerentes e necessários. Ou seja, é ínsita à condição de prestador delegado de serviço público a sujeição à fiscalização e à regulação do Poder Concedente, devendo, para isto, ser disponibilizado todo o instrumental necessário e intrínseco à assunção da aludida sujeição, sob pena de se chegar à absurda situação de termos um serviço público delegado sem que a Administração tenha condições de zelar por ele ⁴.

2 In *Introducción al Estudio del Derecho Publico Anglosajón*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 57.

3 A teoria dos poderes implícitos é de longa data reconhecida pelo STF. Como exemplo, podemos citar o emblemático RE de nº 76.629/RS em que o Ministro Aliomar Baleeiro afirmou que “se o legislador quer os fins, concede os meios [...] se a L. 4.862 expressamente autorizasse o regulamento a estabelecer condições outras, além das que ela estatuir, aí não seria delegação proibida de atribuições, mas flexibilidade na fixação de standards jurídicos de caráter técnico, a que se refere Stati”.

4 Miguel Reale leciona que “se há algo que caracteriza a Ciência do Direito de nossos dias é a opção pelos modelos jurídicos abertos, os quais deixam amplo campo de decisão a cargo dos juízes e administradores como aplicadores das leis, por se reconhecer que a complexidade e dinamicidade do mundo contemporâneo não comporta uma legislação cerrada, na qual tudo já se encontra previsto e disciplinado, nem juízes desprovidos de participação criadora.” (in *Questões de Direito Público*, Ed. Saraiva, 1997, págs. 76/77).

20. De outro lado, a interpretação da Constituição deve ser feita de forma a conferir unicidade aos seus preceitos, de modo a se eliminar as aparentes contradições entre eles. Isso significa que, uma vez assegurado o cumprimento das garantias individuais (ampla defesa, contraditório, proporcionalidade, motivação, etc), em função das quais, em realidade, existem todos os princípios relacionados, deve ser resguardada a possibilidade, com os meios a ela inerentes, de o Estado garantir a finalidade pública dos seus atos e cumprir a função para a qual existe.

21. Deste modo, dentro do raciocínio esposado pela teoria dos poderes implícitos, se à Anatel foi conferida, inclusive pela Constituição Federal, poderes para regular e fiscalizar o setor de telecomunicações, bem como para adotar medidas cautelares, não pode ela ser privada dos poderes instrumentais necessários para o desempenho de tais funções, sob pena de contradição da própria Constituição Federal e colapso do sistema vigente, em prejuízo do consumidor do serviço.

22. Ora, se a Anatel tem, como demonstrado, o poder para adotar medida cautelar, tem também o poder referente às medidas instrumentais e acessórias necessárias à sua aplicação. Em outras palavras, ter o poder de impor medida cautelar significa que a Agência, implicitamente, também está autorizada a adotar providências que garantam a sua efetividade, tais como a imposição de medida coercitiva ao ente regulado.

23. Na verdade, fica ainda mais claro que as medidas cautelares devem ser acompanhadas de multa diária quando se observa que elas consubstanciam instrumentos expressamente previstos na legislação e que se coadunam perfeitamente com o próprio art. 19 da LGT, que aduz competir à Agência adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

24. Além disso, deve-se registrar que a medida cautelar é adotada diante de situações urgentes, de risco iminente, de modo que a tempestividade do seu cumprimento é de fundamental importância para a efetividade da medida. Com efeito, a aplicação de multa diária pelo descumprimento da cautelar representa um instrumento lícito a compelir o administrado a cumprir a determinação da Agência, conferindo eficácia à sua decisão.

25. Frise-se que o descumprimento de uma medida cautelar imposta pela Agência enseja, sem dúvida, a aplicação de uma sanção, já que se

trata de ato administrativo de efeito concreto expedido pela Agência, conforme consta, inclusive, no art. 1º do Regulamento de Sanções da Anatel, aprovado pela Resolução nº 589/2012⁵.

26. De fato, a multa diária garante a efetividade que se espera de uma medida cautelar, assegurando que se lhe dê pronto cumprimento. Assim, considerando sua importância para garantir o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, verifica-se que se trata de instrumento amplamente utilizado, tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário, e previsto no ordenamento jurídico brasileiro em diversas situações, como, por exemplo, no caso do Código de Processo Civil, art. 461, §4º, do Código de Defesa do Consumidor, art. 84, §§ 3º e 4º, e também da Lei nº 11.934/2009, que, inclusive, se refere ao próprio setor de telecomunicações:

CPC:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

CDC:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

5 Este Regulamento estabelece parâmetros e critérios para aplicação de sanções administrativas por infrações à Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, e demais normas aplicáveis, bem como por inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão, dos atos de designação ou dos atos e termos de permissão, de autorização de serviço, de autorização de uso de radiofrequência, de direito de exploração de satélite, ou ainda dos demais atos administrativos de efeitos concretos expedidos pela Agência.

[...]

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. [grifei].

[...]

Lei nº 11.934/2009:

Art. 18. O descumprimento das obrigações estabelecidas por esta Lei sujeita as prestadoras de serviços de telecomunicações e as prestadoras de serviços de radiodifusão à aplicação das sanções estabelecidas no art. 173 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Parágrafo único. Para os fins do disposto no caput deste artigo, será ainda aplicada a sanção de multa diária.

27. Acerca do conceito e da função da multa diária, é de bom alvitre destacar as lições de Fredie Didier Jr., no seguinte sentido:

A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às *astreintes* do direito francês. Por ser uma medida coercitiva indireta, a multa está relacionada com as decisões mandamentais. Ela é, talvez, a principal, porque mais difundida, medida de coerção indireta, mas não é a única.

[...]

A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação. Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento. ⁶ [grifei].

6 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, v. 5, p. 451.

28. Depreende-se dos trechos em destaque acima que a multa diária realmente revela-se como um meio, um instrumento de viabilização do adimplemento da conduta do devedor/infrator. Como nos ensina ainda Fredie Didier Jr., trata-se de *“uma técnica de coerção psicológica do devedor”*.

29. Com efeito, cumpre esclarecer que as multas diárias previstas nos citados arts. 461 do CPC e 84 do CDC referem-se, especificamente, aos processos judiciais. No entanto, como demonstrado, encontrando respaldo próprio no ordenamento jurídico, também são aplicáveis no âmbito da Anatel, por meio de sistemática semelhante que cumpre exatamente a mesma função, qual seja, a de forçar o cumprimento de determinadas obrigações necessárias ao interesse público num dado caso concreto.

30. Acerca da possibilidade jurídica de aplicação de multa diária pela Anatel, cumpre informar, ainda, que no Processo nº 53500.020772/2005, que analisou a proposta de alteração do Regulamento de Sanções (Consulta Pública nº 22/2010), consta contribuição do Ministério Público Federal – MPF que trata do assunto. O MPF, na ocasião, por meio do Ofício nº 259/2010-GT/Telefonia/3ª Câmara/MPF, de 05.10.2010, recomendou à Anatel a adoção de medidas cautelares e consignou, em sua recomendação, que, “em caso de descumprimento, deverá implicar em multa diária”, sugerindo, portanto, que as multas coercitivas fossem utilizadas a fim de dar efetividade às medidas cautelares.

31. Salienta-se ademais, que a Anatel já vem adotando em sede de cautelar sistemática equivalente à da aplicação de multa diária. Com efeito, quando da aplicação de sanção em PADOs, é levado em consideração o período em que ocorreu o descumprimento da cautelar, o que enseja a possibilidade de se calcular o valor de multa aplicada por período de descumprimento.

32. A Agência também já vem regularmente praticando medida similar à multa diária em algumas cautelares, como ocorreu no processo nº 53500.015738/2012, por meio do Despacho nº 4.789/2012-PVCPA/PVCP/SPV, de 18.07.2012, publicado no DOU de 20.07.2012. Do mesmo modo, adotou a referida sistemática em outras cautelares semelhantes, por meio dos Despachos nº 4.783/2012-PVCPA/PVCP/SPV (TIM) e nº 4.787/2012-PVCPA/PVCP/SPV (Claro), todos relacionados à determinação de suspensão de ativação de novos acessos de Serviço Móvel Pessoal – SMP das operadoras.

33. Recentemente, no mesmo sentido, foi exarado, no bojo do processo nº 53500.004498/2013, o Despacho nº 1.370/SPV/SCM, de 28.02.2013, publicado no DOU de 01.03.2013, por meio do qual, determinando-se a desocupação de subfaixas de radiofrequência, se estipulou multa por dia de atraso no cumprimento.

34. Cumpre repisar que, apesar de a sistemática adotada pela Agência nos despachos citados não configurar, a rigor, multa diária propriamente dita, tem-se o mesmo efeito prático e jurídico desta última. Ali, deve-se falar, na verdade, em multa a ser aplicada nos autos de um processo sancionador específico, que considerará, como critério de cálculo da multa, os dias de descumprimento da cautelar e o valor de multa por dia de descumprimento já fixado *a priori*, o que acaba correspondendo à aplicação de uma multa diária, o que, como visto é plenamente possível.

II. (b) Da observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório no procedimento de aplicação da multa diária

35. Impende salientar, ainda, que, conforme será demonstrado, não há que se falar em desrespeito à ampla defesa e ao contraditório, no caso de aplicação de multa diária pela Anatel. Isso porque, será instaurado procedimento próprio que oportunizará à parte se manifestar sobre a eventual constatação pela Anatel de descumprimento da medida cautelar, assim como ocorre nos PADOS. Além disso, a multa diária somente será aplicada ao administrado após o término do referido processo, instaurado especificamente para esse fim.

36. Em suma, pode-se dizer que o procedimento para a aplicação da multa diária se dará da seguinte forma: após a apuração da cautelar, constatado o seu descumprimento, será aberto um processo administrativo, em que a parte terá a oportunidade de se manifestar. *É dizer, para a aplicação da multa diária, será instaurado procedimento próprio pela Agência, que observará todos os trâmites legais inerentes ao processo administrativo*, como, por exemplo, notificação para defesa, prazo para interposição de recurso, etc., da mesma forma que ocorre em um PADO.

37. *Nota-se, portanto, que a aplicação de multa diária não prejudicará a ampla defesa e o contraditório.*

38. Ademais, só haverá a cobrança da multa após decorrido todo o trâmite desse processo, o que afasta qualquer argumento de que a

prestadora já sofreria os efeitos práticos da multa diária sem prévia possibilidade de se manifestar.

39. O processo para aplicação da multa diária diferencia-se do PADO apenas na medida em que para a aplicação da multa diária já estarão traçados os parâmetros do cálculo da multa desde o início. Explica-se.

40. A própria notificação da medida cautelar já conterá a descrição da obrigação imposta, o prazo razoável estipulado pela Agência para o seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada em caso de descumprimento.

41. Uma vez verificado pela fiscalização da Anatel o descumprimento da obrigação contida na medida cautelar, a parte interessada será notificada, no bojo de processo administrativo próprio, para se defender de tal constatação, ocasião em que exercerá seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

42. *Assim, embora a sanção da multa diária incida a partir do primeiro dia de atraso no cumprimento da obrigação, sem necessidade de nova notificação para tanto, ela só será definitivamente constituída e cobrada após o devido trâmite legal do processo administrativo, o que envolve inclusive o julgamento de eventual recurso pelo Conselho Diretor da Agência.*

II. (c) Da observância dos princípios da transparência, publicidade e proporcionalidade

43. A aplicação de multa diária por descumprimento de cautelar está alinhada ao entendimento de que é perfeitamente possível que a Anatel leve em consideração o período de descumprimento da medida cautelar por ela estabelecida como um dos parâmetros para aplicação da respectiva sanção. É dizer, tendo em vista a periodicidade inerente à multa diária, quanto maior for o tempo que o infrator levar descumprindo a cautelar, maior será a multa a ele aplicada no final.

44. Na verdade, quando da aplicação das multas de modo geral pela Agência, o critério da proporcionalidade já impõe que se considere o tempo de descumprimento. O próprio Regulamento de Sanções, em seu art. 18, consagra tal entendimento quando determina que se considere, dentre outros, o período de duração da infração na determinação do valor-base da multa a ser aplicada pela Agência.

45. Pode-se afirmar ainda que a multa diária reforça os princípios da publicidade e da transparência, pois possibilita o prévio conhecimento pelo administrado, de forma objetiva, das consequências de eventuais descumprimentos às determinações da Agência. Isso porque, o valor total a ser pago a título de multa diária é resultado de um cálculo simples e objetivo: *multa final = dias multa x valor da multa*.

46. O administrado já tomará ciência do valor fixado para multa diária no momento em que for notificado da medida cautelar imposta. Deste modo, estará ciente desde o início da medida que, para cada dia de descumprimento das obrigações previstas na cautelar, lhe será imposta aquela pena de multa, em determinado valor já expressamente estabelecido.

47. *Tendo em vista toda a fundamentação jurídica exposta neste opinativo, pode-se afirmar que a aplicação de multa diária em sede de cautelar pela Anatel é juridicamente possível, ainda que inexista previsão legal expressa, salvo no caso da Lei nº 11.934/2009, em seu art. 18, que, como visto, dispõe expressamente sobre a utilização de multa diária por parte da Anatel para os casos nela previstos (limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos).*

II. (d) Dos critérios e procedimentos a serem observados quando da aplicação da multa diária

48. Uma vez consignada a possibilidade de aplicação de multa diária pela Anatel, por descumprimento de suas medidas cautelares, algumas considerações merecem ser tecidas a fim de orientar a Administração sobre como proceder quando da utilização de tal instrumento.

49. Pois bem.

50. Primeiramente, na própria medida cautelar já deve constar, no mínimo, a descrição da obrigação imposta, o prazo razoável estipulado pela Agência para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada pelo seu descumprimento.

51. O valor da multa diária, por sua vez, deverá observar a gravidade das eventuais faltas e extensão do dano ou prejuízo causado ao bem jurídico tutelado e ser fundamentado pela Agência, nos termos do art. 22 do Regulamento de Sanções.

52. Por fim, acerca do momento de incidência da multa diária, tem-se que a intenção é a de estabelecer que ela incida a partir do primeiro dia do descumprimento da obrigação, *sem que seja necessária nova notificação do infrator para tanto*, o que se coaduna perfeitamente com o entendimento desta Procuradoria, constante do Parecer nº 110/2010/CBS/ICL/LBC/PFS/PGF/PFE-Anatel:

II.(e).2.Momento de incidência da multa: desnecessidade de notificação.

165. Argumenta a BRASIL TELECOM a nulidade do procedimento de apuração das multas cominatórias na execução do TCAC, por violação ao devido processo legal, aduzindo que o *iter* procedimental a ser seguido pela ANATEL deveria, necessariamente, ter observado as seguintes etapas: (i) intimação prévia do compromissário; (ii) intimação formal das supostas irregularidades encontradas, (iii) realização de nova diligência para verificar se houve regularização; (iv) fluência da multa cominatória, caso não seja efetuada a regularização ou esclarecimento.

166. Nessa toada, a Concessionária realizou Consulta ao Professor Carlos Ari Sundfeld, formulando quesitos acerca do procedimento de apuração das obrigações decorrentes do cumprimento do TAC, dentre as quais, se “A ANATEL poderia propor a aplicação de multas por descumprimento do TCAC antes de intimar a compromissária a respeito das supostas irregularidades encontradas na fiscalização”. Em resposta à consulta formulada, restou concluído às fls. 12353 dos autos, *in verbis*:

Não. A ausência de intimação imediata da compromissária, quando da constatação de supostas irregularidades, constitui nulidade grave evidente. A ANATEL deveria ter intimado a consulente a respeito de cada suposta irregularidade, *para que esta tivesse oportunidade de esclarecer a situação ou mesmo regularizar eventual falha*, antes da incidência da multa. (Lei de Processo Administrativo Federal, arts. 28 e 39). É esse o procedimento necessário quando se trata de apuração de irregularidades que demandam a aplicação de multa de cunho cominatório, *pois apenas assim o compromissário, que ofereceu uma prestação a seu ver capaz de quitar seu débito, é devidamente constituído em mora*, com a recusa formal da prestação que ofereceu. [grifo nosso]

167. *Data venia* o entendimento do Professor Carlos Ari Sundfeld, espelhado no parecer juntado às fls. 12.322/12.356 dos autos, carece de fundamento jurídico a construção doutrinária encetada, conforme se passa a demonstrar.

168. De início, é oportuno destacar que a multa cominatória prevista no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 possui natureza diversa daquela prevista no Código de Processo Civil. Sem embargo de ambas possuírem um caráter instrumental, a multa estipulada em sede de TAC tem cunho obrigacional, decorre da vontade das partes acordantes, tem como causa jurídica a efetividade do acordo pactuado, e, destarte, natureza extraprocessual. Noutro viés, a multa prevista no art. 461 do CPC⁷, fixada pelo juiz, independentemente da vontade das partes, tem como causa jurídica a satisfação do direito consubstanciado em um título executivo levado ao conhecimento do Poder Judiciário mediante ação específica, tendo, portanto, natureza processual.

169. O art. 5º, § 6º, da Lei da Ação Civil Pública, ao prever o termo de ajustamento de conduta como um instrumento extrajudicial de efetivação dos direitos em sua dimensão coletiva, e nesse contexto, cominações instrumentais ao direito que visa proteger, não conferiu maior densidade normativa ao instituto da multa cominatória extraprocessual, formando-se um aparente vácuo legislativo, posto que ausente na citada lei qualquer delineamento jurídico específico sobre o tema.

170. Contudo, em razão da natureza contratual das cominações previstas extrajudicialmente, o regime jurídico aplicável, à falta de disposições legais específicas, é o previsto no Código Civil,

7 Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

derrogado por algumas normas de direito administrativo, em razão da natureza de direito público de uma das partes envolvidas no acordo (ANATEL).

171. Por ausência de similitude entre a multa prevista no CPC (de caráter processual) e a multa fixada no TAC celebrado (de caráter contratual – extraprocessual), não há respaldo jurídico às alegações da BRT quanto à necessidade de notificação da Compromissária como pressuposto de incidência da multa cominatória. Vejamos.

172. O *inadimplemento* das obrigações estipuladas no Termo de Ajustamento de Conduta firmado *constituiu, ipso iuri, a BRT em mora, acarretando, como consequência automática, a imediata incidência da multa cominatória* dantes represada, para o cumprimento de seu papel persuasivo na adequação do comportamento do Compromissário à prestação ajustada.

172. Cumpre coligir prescrição expressa nesse sentido, contida no Código Civil, *in verbis*:

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

173. Observa-se que o termo *a quo* da fluência da multa possui nexo relacional com o inadimplemento da obrigação acordada, ou, ainda, com a constituição em mora do obrigado, que é o efeito jurídico do estado fático da inadimplência.

174. A multa, como medida coercitiva, permanece em estado de latência até que, eventualmente, sobrevenha o termo final da obrigação e seu inadimplemento. É nesse momento (com a mora), e independentemente de qualquer ato volitivo do credor, que a eficácia da multa é liberalizada para produzir seus efeitos no mundo jurídico.

175. Destaca-se nessa toada, a doutrina de Silvio de Salvo Venosa⁸, afirmando a desnecessidade de notificação para constituição em mora do devedor nas obrigações com prazo determinado:

8 VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 340/341.

Quando a obrigação é líquida e certa, com termo determinado para o cumprimento, o simples advento do dies ad quem, do termo final, constitui o devedor em mora. É a mora ex re, que decorre da própria coisa, estampada no caput do art. 397 do atual código [...]. Na aplicação da mora ex re, tem aplicação a regra dies interpellat pro homine. O simples advento do dia do cumprimento da obrigação já interpela o devedor: [grifo nosso].

176. A *certeza* de uma obrigação é aferível quando “*perfeitamente identificada e individualizada em seus elementos constitutivos subjetivos e objetivos*, ou seja, (a) quanto aos *sujeitos* ativos e passivos da relação jurídico-material, (b) quanto à natureza de seu *objeto* e (c) quanto à *identificação e individualização deste*”.⁹

177. Por outro lado, a *liquidez* pode ser entendida como “o *conhecimento da quantidade de bens devidos ao credor*. Uma obrigação é líquida (a) quando já se encontra *perfeitamente determinada* a quantidade dos bens que lhe constituem o objeto; ou (b) quando essa quantidade é *determinável* mediante a realização de meros cálculos aritméticos [...] O estado de determinação da quantidade de bens devidos resulta desde logo do título que representa o direito ou mesmo lhe dá origem, ou será atingido mediante as providências inerentes ao processo de liquidação.”¹⁰

178. Por fim, é de *prazo determinado* a obrigação, quando o prazo estipulado para cumprimento é previamente preestabelecido e conhecido pelas partes.

179. Consoante delineado acima, a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta estabeleceu *obrigações certas* – identificação e individualização objetiva e subjetiva da prestação consistente na implementação de postos de atendimento pessoal ao usuário e na identificação da Compromissária (BRT) e da Compromitente (ANATEL) –, *líquidas* (quantidade preestipulada de postos a serem implementados) e com *prazo determinado* (metas trimestrais, de acordo com o cronograma previamente estabelecido).

9 DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 210.

10 Idem. *Ib idem*, p. 213.

180. Nesse sentido, tendo em vista que as obrigações constantes do TCAC reuniam os requisitos exigidos para a constituição da *mora ex re*, inexistia a necessidade de notificação do devedor para constituição do estado moratório. Dito isto, o mero decurso do prazo sem a satisfação da obrigação pactuada teve o condão de produzir os efeitos jurídicos do inadimplemento, quais sejam: a) estado de insatisfação da obrigação principal; b) responsabilidade civil pelos prejuízos causados pela mora, c) *incidência imediata da multa cominatória como medida assecuratória da obrigação principal*.

181. É nesse sentido que, de forma imperativa, preleciona *Cândido Rangel Dinamarco*¹¹, sobre o momento de incidência da multa cominatória, atrelando-a ao vencimento do prazo para cumprimento da obrigação, *in verbis*:

A incidência das multas periódicas principia no momento em que o obrigado começa a descumprir, desatendendo ao que lhe houver sido determinado. Esse momento será o do vencimento do prazo.

182. Ora, a incidência da multa como mecanismo assecuratório da obrigação principal para se mostrar eficaz e cumprir a finalidade para o qual fora concebido deve observar, necessariamente, dois requisitos: a) não ficar o valor respectivo sujeito a limite prefixado, que coincida com o da obrigação; b) aplicar-se desde logo, uma vez descumprida a obrigação.

183. Com efeito: se se adota o alvitre de deferir a incidência da multa para momento posterior à infração do acordado, é óbvio que se está concedendo à Concessionária, *a priori*, uma espécie de "anistia" com relação ao período que eventualmente decorra entre o não-cumprimento e a comprovação da satisfação da obrigação. Observa-se que, nesse caso, sendo deferido um contraditório prévio à incidência da multa, o seu termo inicial restaria condicionado à livre vontade da BRT, que poderia, simplesmente, impugnar toda a fiscalização como forma de protrair, para momento futuro, a incidência da multa cominatória, restando esvaziado, dessa forma, todo o seu escopo coercitivo.

184. Inclusive, essa atitude temerária foi adotada pela BRT no curso do procedimento de averiguação de cumprimento das obrigações,

¹¹ Idem. *Ib idem*, p. 474.

conforme constatado pela própria área técnica, no bojo do informe nº 902/PBQID/PBQI, de 14.12.2006 (fls. 10.486/10.487), cujo excerto se colige por oportuno:

4.40. No que diz respeito às alegações contidas nos itens 60, 61 e 62, cumpre destacar que ou a Brasil Telecom não tem qualquer tipo de controle a respeito da implantação dos pontos de atendimentos que informara à ANATEL ou está tentando forçar um entendimento que não corresponde com a realidade, *pois os endereços dos pontos que ela agora alega estarem errados foram informados por ela* e, também, por ela alterados após a realização da fiscalização.

4.41. Assim, a fiscalização foi realizada no endereço indicado pela Brasil telecom e registrado no SCPA, não tendo sido encontrados, porém, os pontos de atendimento listados no Anexo I do Informe nº 807. A alteração dos endereços efetuada após a realização da fiscalização, a maior parte neste ano de 2006, conforme se pode ver no histórico de atualização dos pontos de atendimentos extraídos do SCPA que apresenta a data de implantação informada, a data de inclusão e a data das alterações efetivadas pela compromissada em anexo (Anexo I), é responsabilidade da compromissada, que deve manter atualizadas as informações relativas ao atendimento aos usuários.

185. No mais, ressalta-se que o entendimento esposado pelo Professor Sundfeld transmuta, equivocadamente, as cláusulas do acordo que preveem a incidência da multa cominatória em cláusulas puramente potestativas, cuja implementação se submete ao alvedrio da BRT, ao condicionar o seu termo inicial à conformação ou irresignação da própria empresa com o resultado da fiscalização realizada pela ANATEL, que, não é despidendo destacar, goza de fé-pública.

186. Na verdade, o procedimento traçado pelo Professor Sundfeld (intimação do compromissário para regularizar a situação de inadimplência para, somente após, permanecendo o não cumprimento, dar-se início à fluência da multa cominatória) não se apresenta lógico, nem jurídico. De um lado, esse procedimento retira a força do instituto da multa, esvaziando a sua finalidade de influir psicologicamente no agir do devedor, em prol da satisfação da obrigação, em tempo o mais reduzido possível. A eficácia da multa seria diluída como fator de persuasão comportamental.

187. Por outro lado, juridicamente, ao estabelecer a fixação de um novo prazo para a realização da obrigação inadimplida, oportuniza-se à empresa a possibilidade de sanar seu estado de mora sem qualquer cominação. Assim, as obrigações originariamente acordadas na forma, no modo e no tempo preestabelecidos no TCAC seriam cumpridas em descompasso com o fator tempo, o que, juridicamente, enquadrar-se-ia em *novação objetiva da obrigação*, com a qual não anuiu a ANATEL em qualquer momento do procedimento.

188. Deve-se aclarar, ainda, que os julgados juntados pela BRASIL TELECOM às fls.12302/12303 dos autos, com pretensões ilustrativas do pensamento dominante nos Tribunais Superiores, não se prestam ao seu escopo de fundamentar a necessidade de intimação/notificação do devedor para fins de incidência de multa cominatória, uma vez que todos os julgados se referem à multa de caráter processual que possui regramento diverso da multa fixada em TCAC, como já demonstrado alhures.

189. Além do que, deve-se destacar que o entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, nos arestos colacionados pela compromissária, é no sentido da necessidade de intimação para dar ciência do preceito mandamental que fixa a multa cominatória para o caso do descumprimento da obrigação, e não para dar ciência ao devedor do seu próprio descumprimento, situação de que, de antemão, já era sabedor.

190. No que tange ao termo inicial da multa em situações de inadimplemento contratual, como sói de ocorrer no caso dos autos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça comunga do entendimento empossado por esta Procuradoria, a saber:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ARTÍSTICOS CELEBRADO ENTRE EMISSORA DE TV E COMEDIANTE. QUEBRA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. EMBARGOS DO DEVEDOR. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. COBRANÇA DE *MULTA COMINATÓRIA*. CABIMENTO. FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL E FINAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO.

I – É admissível a aplicação de *multa* no caso de inadimplemento de obrigação personalíssima, como a de prestação de serviços artísticos, não sendo suficiente a indenização pelo descumprimento do contrato, a qual visa a reparar as despesas que o contratante teve que efetuar com a contratação de um outro profissional.

II – *Esta deverá incidir do momento em que restou configurado o descumprimento da obrigação* até a data do término do contrato de exclusividade firmado entre as partes, o que deverá ser apurado na fase de liquidação.¹²

191. Por fim, cabe esclarecer, como leciona DINAMARCO, que a finalidade de qualquer *intimação* é levar fatos ao conhecimento das partes ou de terceiros e apenas “*são indispensáveis sempre que do ato a ser conhecido o sujeito não tiver conhecimento direto*”¹³.

192. Ora, ilógico seria supor a necessidade de intimação para informar o que já era do conhecimento da própria compromissária, isto é, que não adimpliu a prestação que lhe correspondia, no tempo, modo ou forma acordados. As obrigações acordadas possuíam um substrato objetivo de aferição do seu cumprimento, que independiam de qualquer análise subjetiva por parte da ANATEL. Assim, as alegações da BRT, no sentido de que não era sabedora da sua inadimplência, não possuem sequer respaldo lógico.

53. Deve-se ter em mente, portanto, que a incidência da multa diária será a partir do descumprimento da obrigação determinada em sede de cautelar, sem que seja necessária nova notificação que ateste esse descumprimento – só é necessária a notificação inicial da cautelar em que se estipule a obrigação, o prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada pelo seu descumprimento. *Em outras palavras, após a ciência pelo administrado dos contornos que envolvem a obrigação imposta e a multa diária estipulada, o mero descumprimento já faz incidir a multa diária, sem necessidade de uma nova notificação.*

54. Tais entendimentos foram inclusive acolhidos pela Agência e consagrados no art. 22 do Regulamento de Sanções, de modo que a recomendação desta Procuradoria é no sentido de que a Anatel, quando

12 STJ, Edcl no Resp 482094/RJ, 3ª T, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJ 26/05/2009)

13 DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 427.

da aplicação de multa diária por descumprimento de cautelares, observe os critérios e procedimentos contidos no referido dispositivo.

II. (e) Da síntese das argumentações expendidas

55. Em suma, é de se concluir pela possibilidade de a Anatel impor multa diária em razão de descumprimento de suas medidas cautelares, com base nos seguintes argumentos: (i) a multa diária, como espécie de sanção pecuniária, encontra guarida no art. 173, inciso II, da LGT; (ii) a possibilidade de adoção de medidas cautelares, que está prevista na legislação ordinária (art. 45 da Lei nº 9.784/99 e art. 175, parágrafo único, da LGT), inclui os mecanismos necessários à sua eficácia, o que, numa decorrência da teoria dos poderes implícitos e do poder geral de cautela da Anatel, abrange a imposição de multa diária; (iii) a cominação de multa diária não prejudica os princípios da ampla defesa ou do contraditório, uma vez que, constatando-se pela Anatel eventual descumprimento da obrigação contida na medida cautelar, será instaurado processo administrativo próprio no qual a parte interessada terá oportunidade de trazer à tona suas alegações e provas que entender cabíveis, bem como apresentar recurso administrativo; (iv) a cobrança do valor da multa diária só ocorrerá após o término do referido processo administrativo, com a chamada coisa julgada administrativa, ocasião em que se tem por definitivamente constituído o crédito não tributário; (v) as consequências financeiras da multa diária para seu destinatário, portanto, só ocorrerão após a oportunização de defesa, tal qual acontece num processo de apuração de descumprimento de obrigação – PADO; (vi) a fixação da multa diária já na medida cautelar apenas representa uma antecipação dos critérios que serão utilizados para aplicação de sanção pelo eventual descumprimento da obrigação imposta, em perfeita harmonia aos princípios da transparência e publicidade; e (vii) a cominação de multa em função do tempo de descumprimento (horária, diária, mensal, etc.) consagra o princípio da proporcionalidade e encontra guarida no próprio Regulamento de Sanções da Anatel (art. 18), que determina que seja levado em consideração no cálculo da multa o período de duração da infração.

III CONCLUSÃO

56. Por todo o exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia Geral da União – AGU, com amparo no art. 57, VII, do Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, opina:

- a) pela possibilidade jurídica de aplicação de multa diária pela Anatel em sede de medida cautelar, tendo em vista os argumentos dispostos ao longo do presente parecer;
- b) pela necessidade de observância dos critérios e procedimentos contidos no art. 22 do Regulamento de Sanções da Agência quando da aplicação de multa diária;
- c) pela revisão, por decorrência lógica, de manifestações anteriores desta Procuradoria que sejam incompatíveis com o presente Parecer;

57. É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 07 de março de 2013.

Júlia de Carvalho Barbosa
Procuradora Federal
Matrícula Siape nº 1.585.185
Sicap nº 201390043519

DESPACHO Nº 649/2013/MGN/PFE-ANATEL/PGF/AGU SICAP Nº 201390047566

I. De acordo com o Parecer nº 240/2013/JCB/PFE-Anatel/PGF/AGU.

II. Encaminhem-se os autos para a análise e aprovação do Procurador-Geral.

Brasília, 13 de março de 2013

Marina Georgia De Oliveira Nascimento
Procuradora Federal
Gerente de Procedimentos Regulatórios
Matrícula Siape Nº 1585369

Paulo Firmeza Soares
Procurador Federal
Assessor Especial do Procurador-Geral
Matrícula Siape nº 1585319

DESPACHO Nº /2013/VCT/PFE-ANATEL/PGF/AGU SICAP Nº _____

- I. Aprovo o Parecer nº 240/2013/JCB/PFE-Anatel/PGF/AGU, ao qual confiro caráter normativo.
- II. Encaminhem-se os autos ao Presidente da Anatel, bem como cópia do Parecer nº 240/2013/JCB/PFE-Anatel/PGF/AGU aos demais conselheiros e aos superintendentes da Agência.

Brasília, de março de 2013

Victor Eptácio Cravo Teixeira
Procurador-Geral
Matrícula Siape nº 1.553.100