

**Comprovante de Protocolo**

|              |  |  |   |
|--------------|--|--|---|
| Protocolo    | 1384738  |  |   |
| Local        | Atendimento  | Funcionário  | Tatiane Felizberto dos Santos                                 |
| CRF-PF       |  | <b>CONFERIDO</b><br>24 JUN 2015<br>ASSINADA EM VISTA |   |
| Nome         |  |  |   |
| CRF-PJ       |  |  |   |
| Razão Social | TELEFONICA BRASIL SA   |  |   |
| Solicitação  | 651 - Resposta Ofício PJ   |  |   |
| Observações  | OF 001-2015/PA-0012/2010.<br>Informamos que toda segunda-feira há plantão do Dr. Pedro Eduardo Menegasso, Presidente, na sede do CRF-SP no período das 15h às 17 horas, para atendimento de profissionais farmacêuticos. |  |   |
|              |  |  | 001204  |
| Emissão      | 23/06/2015 16:23:00  | Autenticação   | 213437817   |
| Funcionário  | tatianef   | Site   | <a href="http://www.crfsp.org.br">http://www.crfsp.org.br</a> |



PR - 1384738

São Paulo, 22 de junho de 2015.

**À Sra. Elizabeth Adaniya**  
**Departamento de Licitações e Contratos**  
**Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo**

**Ref.: Ofício 001-2015/PA-0012/2010**

**TELEFÔNICA BRASIL S/A**, Companhia Aberta com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, em atenção a ofício em epígrafe, datado de 20.05.2015, apresentar **DEFESA PRÉVIA**, nos seguintes termos:

Demonstra-se a tempestividade desta defesa prévia, tendo em vista que o Ofício 001-2015/PA-0012/2010 foi recebido em 18.06.2015. Desta forma, o prazo de 05 (cinco) dias úteis esgotar-se-á em 25.06.2015.

Preliminarmente, registra-se que foi facultada a apresentação de defesa prévia, que, todavia, é prévia apenas nominalmente. O Ofício 001-2015/PA-0012/2010 dá conta de que a decisão já foi tomada, de forma preordenada, pela Administração, ao informar que "*o Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo, decide pela aplicação de multa de 02% (dois por cento), do valor global do contrato*". Trata-se de conduta que viola a ordem constitucional, conforme o exemplo de MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>1</sup>:

Deve reputar-se que a ausência de cumprimento ao devido processo legal configura-se não apenas quando há negativa direta e imediata na produção da decisão punitiva, mas também quando existe um arremedo de processo. Ou seja, o mais comum é a autoridade simular a implantação de um processo, enfocado como mera formalidade

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários sobre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 12ª. ed., São Paulo: Dialética, 2008. p. 797/798

para surgir a sanção cuja imposição já estava predeterminada. Assim, instaura-se o processo e se convoca o particular para defender-se. Recusa-se a produção de qualquer prova, sempre sob o fundamento de impertinência, produzindo-se imediatamente a punição. Nesse caso, rejeitam-se sumariamente as defesas do particular, sendo muito comum a decisão *in petita*. Ou seja, se o particular invocou argumentos de procedência irrefutável, costuma-se ignorar sua existência. Decide-se pura e simplesmente pela punição, invocando-se a seguir a auto-executoriedade do ato administrativo para impor coercitivamente a solução que fora preordenada de antemão.

O ofício também falha em descrever integralmente os fatos e a conduta imputada à contratada, conforme exige o art. 26, § 1º, inc. VI da Lei 9784/1999. Note-se que foi definido o “*termo inicial para contagem do período sancionatório*”, mas a peça acusatória é omissa em relação à quantidade de dias do suposto descumprimento e quanto ao valor da multa, além de não descrever os fatos de modo pormenorizado, limitando-se à alegação genérica de “*oscilação e instabilidade*”, o que impede o exercício pleno do direito ao contraditório em relação a estes aspectos. Acerca do direito de informação/comunicação, Fábio Medina Osório leciona o seguinte:

*Nos processos administrativos, a ciência do acusado acerca das imputações que lhe são formuladas é condição básica de validade do feito. Qualquer acusado, em processo ou procedimento administrativo, tem direito de saber o conteúdo das imputações, dos fatos ilícitos que lhe são atribuídos, e isso implica não apenas a ciência a respeito da peça acusatória, mas também o conhecimento dos atos procedimentais, com possibilidade de manifestação. (...) Não é à toa que se consagra o devido processo legal: o processo devido há de ser visível, transparente e facilitador dos direitos de defesa, em homenagem à presunção de inocência das pessoas e aos direitos fundamentais em jogo. (grifos nossos)<sup>2</sup>*

Tal situação, portanto, vicia a notificação, por não atender ao requisito de acusação formal, pressuposto do devido processo legal e do direito à informação, este essencial ao exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório, e é apta a motivar anulação de todo o processo administrativo em sede de controle administrativo ou judicial de legalidade, motivo pelo qual desde já se requer a anulação do ato, no exercício da autotutela desta Administração.

No mérito, alega-se o “*não cumprimento do item 2.1. "a" da Cláusula Segunda do contrato, alterado pelo 3º aditivo, tendo o link terminal nº 3085-1582, tipo LP apresentado oscilação e instabilidade, restando impossibilitado de utilização para qualquer tipo de trabalho, desde 08/06/2015*”.

<sup>2</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 4 ed. São Paulo: RT, 2010. p. 427.

**Os fatos alegados não foram comprovados ou, ao menos, não há indicação dos elementos de prova constantes dos autos do processo administrativo sancionador, senão pelas alegações da própria Administração, a despeito do ônus probatório da acusação, conforme o disposto no art. 29 da Lei 9784/1999:**

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

(...)

Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.

Sendo assim, por mera eventualidade, cabe ressaltar que a atuação da Administração deve vincular-se a parâmetros de **proporcionalidade**, princípio implicitamente extraído do próprio devido processo legal, em sentido substantivo, insculpido no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República e expressamente previsto no art. 2º da Lei 9784/1999:

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.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

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;** (grifos nossos)

Somente a verificação e a demonstração de que a adoção de uma medida é **necessária**, que determinada medida é a **mais adequada** e que ela **não poderia ser menos grave**, nem em qualidade, nem em quantidade, que legitima o exercício das potestades administrativas. Conforme HUMBERTO ÁVILA<sup>3</sup>, o princípio da proporcionalidade:

(...) se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (**o meio promove o fim?**), o da necessidade (**dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para**

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos** - 4.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p.112/113

promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (grifos nossos)

As penalidades, em qualquer situação, não devem significar um ônus exagerado à parte infratora, sob pena de descaracterizar a proporção que deve **NECESSARIAMENTE** existir entre a infração cometida e a pena aplicada. Vale recorrer novamente à sempre lúcida posição do Prof. MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>4</sup>:

Ainda quando se insista acerca da legalidade e da ausência discricionariedade, é pacífico que o **sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados. O tema traz a lume o princípio da proporcionalidade.**

Aliás, a incidência do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo federal foi objeto de explícita consagração por parte do artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei 9784/99, que exigiu "adequação entre os meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público."

De todo o modo, a orientação é comum a todos os povos civilizados, no tocante ao Direito Punitivo. Lembre-se a exposição de FRANCK MODERNE, no sentido de que:

'Como o princípio da especificação e o princípio da não retroatividade, o princípio da proporcionalidade originalmente se impôs no Direito Penal. De lá, foi passado ao Direito Administrativo Repressivo, onde ele é entranhado das mesmas preocupações e produz os mesmos efeitos: adaptar a sanção à gravidade da infração, evitar as punições excessivas em relação aos fatos que as motivam (o que implica a motivação das decisões).'

Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes a contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotados de diversos graus de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente.

Há interessante precedente jurisprudencial sobre o tema. O STJ reconheceu a aplicação das razões acima esquematizadas, por ocasião do julgamento do MS n. 7311/DF. É adequado transcrever a síntese do voto do ministro Franciulli Neto, que expressa orientação consagrada, tal como abaixo se vê:

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 815/816.

“Mandado de segurança. Declaração de inidoneidade. Descumprimento do contrato administrativo. Culpa da empresa contratada. Impossibilidade da aplicação da penalidade mais grave a comportamento que não é o mais grave. Ressalvada a aplicação de outra sanção pelo poder público.

**Não é lícito ao poder público, diante da imprecisão da Lei aplicar os incisos do artigo 87, sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções, embora não esteja o Administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da Proporcionalidade.**

Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento”. (grifos nossos)

O inciso I do artigo 87 da Lei 8666/1993, antes de indicar a aplicação de qualquer sanção mais grave, prevê a figura da “**advertência**”, sendo esta a figura jurídica cabível na espécie, **caso, por eventualidade, se entenda pela possibilidade e pela necessidade de aplicação de qualquer pena.**

**E, ainda que se mantenha a pretensão de aplicação de multa, o valor final deve ser reduzido para se adequar à gravidade dos fatos, à reprovabilidade da conduta da empresa contratada e aos prejuízos comprovadamente causados à Administração, por aplicação do princípio da proporcionalidade, em sentido estrito.**

Sendo assim, a Telefônica **requer seja afastada qualquer penalidade**, pelos motivos expostos nesta defesa e, sucessivamente, caso se entenda pela possibilidade e pela necessidade de sancionamento, requer seja aplicada apenas uma advertência, à luz do princípio da proporcionalidade.

Caso se mantenha a pretensão de aplicação de multa – o que se admite por mera eventualidade – requer a aplicação do princípio da **proporcionalidade, em seu sentido estrito**, com a substancial redução do valor eventualmente calculado.

Pelo que PEDE DEFERIMENTO,

  
TELEFÔNICA BRASIL S/A

## Relatório de Ocorrências

Cliente: Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo.

| Endereço                |                           | Localidade                 |          |
|-------------------------|---------------------------|----------------------------|----------|
| Rua Capote Valente, 487 |                           | São Paulo                  |          |
| Circuito Afetado        | Tipo de Serviço           | Velocidade                 |          |
| 110003085158294         | IP DEDICADO / IP DEDICADO | 10 Mbits                   |          |
| Reclamação do Cliente   |                           | Protocolo                  |          |
| Interrompido            |                           | 1884026                    |          |
| Início da Ocorrência    |                           | Encerramento da Ocorrência |          |
| Data                    | Horário                   | Data                       | Horário  |
| 09/06/2015              | 15h05min                  | 22/06/2015                 | 10h16min |

## Descrição do Incidente

Cliente entrou em contato com a Central de Relacionamento informando que sua LP estava interrompida.

Equipe do Centro de Diagnósticos analisou o circuito e não identificou nenhuma falha vinda da rede da Telefonica/Vivo e que o circuito estava trafegando normalmente.

Em contato com o Sr. Mohamed, o mesmo informou que a LP em questão estava apresentando perda de pacotes, lentidão e que o link estava trafegando em 7Mbits e não em 10Mbits conforme contratado.

Dia 10/06/2015, em contato com o Sr. Mohamed, o mesmo informou que devido aos defeitos estava utilizando um link backup e que o circuito em questão estava desligado e solicitou novo contato às 15h30min desta mesma data para realizarmos os testes remotos.

No horário acordado contatamos o cliente e realizamos os testes, onde o mesmo isolou a rede e fez download do site usp.org.

Nos testes identificamos que a interface do roteador apresentou 9,6 Mbits de utilização, mas na soma do cliente ficou em torno de 7 Mbits.

Devido às divergências nos testes acionamos a equipe técnica de Nível 3 para testes junto ao cliente.

Conforme solicitação do Sr. Mohamed, os testes foram agendados para o dia 17/06/2015 a partir das 19h00min.

No horário acordado não conseguimos falar com o cliente (11-9785-9226 – Caixa Postal), portanto os testes foram apazados para o dia 18/06/2015.

Dia 18/06/2015 identificamos que havia um erro na configuração do Dslan que estava ocasionando a divergência das informações nos testes realizados entre Vivo e Cliente.

As configurações do Dslan foram corrigidas e contatamos o Sr. Mohamed para testes, onde isolamos a rede do cliente e saturamos a banda do link.

Durante os testes o cliente atestou que o link estava atingindo a velocidade de 10 Mbits, que não estava apresentando mais perda de pacotes e lentidão, mas solicitou que o mesmo permanecesse em monitoração até o dia 22/06/2015 para testes em sua rede, a fim de certificar a estabilidade do circuito.

Durante este período a LP não apresentou nenhuma anomalia e o Sr. Mohamed autorizou o encerramento do chamado.

vivo Conectados vivemos melhor.

001211

## Causa

LP não estava atingindo a banda contratada, devido à falha de configuração do Dslan.

## Solução Aplicada

Após a reconfiguração do Dslan o link normalizou.