

001267

Comprovante de Protocolo

Protocolo	1411652		
Local	Atendimento	Funcionário	Carolina Lembo Apostolico
CRF-PF			
Nome			
CRF-PJ			
Razão Social	TELEFONICA BRASIL S/A		
Solicitação	651 - Resposta Ofício PJ		
Observações OF 002-2015/PA-0012/2010 (ANEXA CÓPIA SIMPLES CNH E CÓPIA AUTENTICADA DA PROCURAÇÃO) 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.			
Emissão	09/09/2015 15:19:00	Autenticação	221185048
Funcionário	carolinal	Site	http://www.crfsp.org.br



PR - 1411652

001268

Telefônica

vivo

São Paulo, 08 de setembro de 2015.

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

Ref.: Ofício 002-2015/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 31.08.2015, apresentar **DEFESA PRÉVIA**, nos seguintes termos:

Demonstra-se a tempestividade desta defesa prévia, tendo em vista que o Ofício 002-2015/PA-0012/2010 foi recebido em 31.08.2015. Desta forma, considerando o feriado de 07.09.2015, o prazo de 05 (cinco) dias úteis esgota-se em 08.09.2015.

Preliminarmente, registra-se que foi facultada a apresentação de defesa prévia, que, todavia, é prévia apenas nominalmente. O Ofício 002-2015/PA-0012/2010 (assim como fez o Ofício 001-2015/PA-0012/2010) dá conta de que a decisão já teria sido tomada, de forma preordenada, 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 FILHO¹:

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 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 citra 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.

Não houve instrução do processo, com a coleta de provas e com o contraditório da acusada, de forma que a "decisão" em referência é ilegal e deve ser anulada, nos termos do art. 53 da Lei 9784/1993

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 19/08/2015"*.

Assim como no caso precedente (Ofício 001-2015/PA-0012/2010), os fatos alegados e o comportamento imputado à acusada não foram comprovados ou, ao menos, não há indicação dos elementos de prova constantes dos autos do processo administrativo sancionador, senão pelas alegações e relatos da própria acusação, a despeito do ônus probatório a ela imposto, 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.

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

Apesar da pretensão de reparação em duplicidade, por meio de descontos proporcionais nas faturas e aplicação de multa, o ofício não descreve, nem justifica o tempo de indisponibilidade do serviço que teriam sido apurados.

Mas, conforme relato do próprio ofício, o link teria sido restabelecido no mesmo dia 19.08.2015. Assim, não há que se falar em **indisponibilidade** após essa data. O problema de velocidade que se seguiu relacionava-se a um evento massivo (que atinge uma pluralidade de usuários e não apenas o link em apreço), que decorria de falha no equipamento da prestadora e envolveu correções e remanejamento de cabos na central, tendo sido tratado por meio do protocolo nº TA 1006968, encerrado em 02.09.2015.

Ora, 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 ÁVILA², 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 promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?**) e o da proporcionalidade em sentido estrito (**as vantagens**

² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos** - 4.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p.112/113

trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?) (grifos nossos)

Neste contexto, representa medida suficiente à reparação de eventuais danos e satisfação do interesse público a aplicação de descontos proporcionais nas faturas, desde que haja precisão em relação à duração da indisponibilidade alegada, igualmente sujeita ao princípio do contraditório (em conformidade com o art. 2º, parágrafo único, inc. X e art. 44, ambos da Lei 9784/1999), **de forma que não há necessidade (nos termos do art. 2º, parágrafo único, inc. VI, da Lei 9784/1999), de aplicação de qualquer outra sanção.**

Se necessárias, as penalidades não podem 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 FILHO³:

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

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 815/816.

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:

“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 e à reprovabilidade da conduta da empresa contratada, 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

001273



proporcionalidade, em seu sentido estrito, com a substancial redução do valor eventualmente calculado.

Pelo que PEDE DEFERIMENTO,

TELEFÔNICA BRASIL S/A

A handwritten signature in blue ink is positioned above a solid black rectangular redaction box.

ANTONIO JOSÉ GUERRA DA SILVA
RG: 8.817.360-4
CPF: 059.470.358-12
GERENTE DE NEGOCIOS