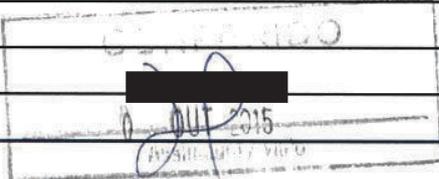


0012210

Comprovante de Protocolo	
Protocolo	1422008
Local	Atendimento
Funcionário	Stephany Regine Teixeira Lombardi
CRF-PF	
Nome	
CRF-PJ	
Razão Social	TELEFÔNICA BRASIL S/A
Solicitação	651 - Resposta Ofício PJ
Observações APRESENTA: RESPOSTA OFÍCIO Nº 55/2015, CÓPIA AUTENTICADA DA PROCURAÇÃO E CÓPIA SIMPLES DA CNH DO SR. ANTONIO JOSE GUERRA DE SOUZA. 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	08/10/2015 09:51:00
Autenticação	223035497
Funcionário	stephanyl
Site	http://www.crfsp.org.br



PR-1422008

001322



São Paulo, 08 de outubro de 2015.

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

Ref.:
Resposta à Defesa Prévia
Parecer DJ/CRF-SP 55/2015

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. 02.558.157/001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, respeitosamente, por seus representantes que abaixo subscrevem, com fundamento no art. 109, I, alínea "f", da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, apresentar:

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra o ato descrito na Resposta à Defesa Prévia datada de 29.09.2015, que decidiu pela aplicação da penalidade de multa de valor não calculado à Telefônica.

A recorrente requer a reconsideração da decisão impugnada ou, sucessivamente, o direcionamento deste recurso à autoridade superior competente para seu julgamento.

I – TEMPESTIVIDADE

A recorrente recebeu a intimação da decisão no dia 01.10.2015. Assim, o prazo de 05 (cinco) dias úteis para a interposição de recurso administrativo encerrar-se-á em 08.10.2015, sendo tempestivo, portanto, o presente recurso.

II – RAZÕES PARA ANULAÇÃO DOS ATOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

A defesa apresentada pela ora recorrente aduziu a violação do direito de apresentação de defesa prévia, uma vez que não foi citada para se defender antes da aplicação de multa por meio do Ofício 002-2015/PA-0012/2010:

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”.

(...)

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

Neste ponto, o Parecer DJ/CRF-SP 55/2015 admite, implicitamente, que não houve citação formal para apresentar defesa antes da decisão, mas não anula o ato e converte a defesa apresentada em recurso administrativo, referindo-se reiteradamente à então defendente como “recorrente” e à peça de defesa prévia como “recurso”, opinando ainda pela “manutenção” da multa, o que foi acolhido pela decisão recorrida.

As justificativas para supressão do direito de defesa prévia apontadas na manifestação da ora recorrente são as seguintes:

31.08.2015. Foram acostados relatórios das visitas técnicas realizadas por preposto da contratada, nas datas de início e término do período de indisponibilidade, segundo as quais, na primeira ocasião, o técnico averiguou o problema, sem corrigi-lo, reconhecendo a existência de "defeito da configuração de software"; na segunda oportunidade, o profissional responsável pelo reparo afirma ter encontrado e resolvido o problema.

A área técnica, por sua vez, elaborou relatório circunstanciado da ocorrência e respondeu, de forma fundamentada, a quesitos elaborados pelo Departamento Jurídico do CRF-SP no intento de verificar a efetiva ocorrência de dano justificador da aplicação de penalidades. Todos esses documentos encontram-se disponíveis nos autos do referido Processo Administrativo e possíveis de consulta/vista à Recorrente desde antes à aplicação da penalidade, denotando ter o CRF-SP oportunizado o amplo conhecimento dos fatos (exercício do contraditório e ampla defesa).

(...)

Não há que se falar, por sua vez, em irregularidades que impedissem a defesa do Recorrente, eis que os problemas eram de efetivo conhecimento da empresa contratada (vide relatórios técnicos elaborados), bem como todos os demais documentos citados integram os autos do Processo Administrativo, cuja vista NÃO foi requerida pela Recorrente.

Assim, o Parecer DJ/CRF-SP 55/2015 busca justificar a reconhecida ilegalidade de supressão do direito de defesa prévia aduzindo que os autos já existiam e que a contratada já conhecia os problemas muito embora a contratada não tenha sido citada para apresentar defesa antes da aplicação da referida sanção, não tenha sido comunicada da abertura do processo administrativo sancionador, nem devidamente informada dos pressupostos jurídicos da acusação, conforme exige o art. 26 da Lei 9.784/1999.

Com o devido respeito, a justificativa apresentada é absurda. Afinal, como a recorrente poderia ter requerido vista aos autos e dos documentos em referência para formular defesa PRÉVIA se somente foi comunicada da instauração do processo DEPOIS da aplicação da sanção?

O suposto conhecimento da ocorrência dos fatos não autoriza a Administração Pública a suprimir o direito de defesa prévia explicitamente garantido no caput e no § 2º do art. 87 da Lei 8.666/1993, nem impõe à contratada o dever de adivinhar que há uma pretensão sancionatória contra si ou que os estão disponíveis para consulta.

Neste contexto, a citação para defesa continua viciada, por ter revelado a aplicação preordenada de penalidade antes do exercício do direito de defesa prévia e por não ter permitido a participação da recorrente na instrução do processo. A decisão subsequente, ora recorrida, encontra-se igualmente viciada, por ter reconhecido e mantido a ilegalidade apontada, motivo pelo qual deve ser anulada pela autoridade competente para a apreciação deste recurso.

III - RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO.

Inicialmente ressalta-se que o parecer adotado como motivação da decisão ora recorrida sustenta-se, integralmente, no equívoco de que a indisponibilidade teria ocorrido no período de 19.08.2015 a 31.08.2015. Veja-se:

Ouvida a área técnica, responsável pela gestão e fiscalização da execução do objeto contratual, esta afirmou que a indisponibilidade dos serviços corresponde ao período de **19.08.2015 a 31.08.2015**. Foram acostados relatórios das visitas técnicas realizadas por preposto da contratada, nas datas de início e término do período de indisponibilidade, segundo as quais, na primeira ocasião, o técnico averiguou o problema, sem corrigi-lo, reconhecendo a existência de "defeito da configuração de software"; na segunda oportunidade, o profissional responsável pelo reparo afirma ter encontrado e resolvido o problema.

Esse pressuposto é falso. Conforme o relatório exposto no Ofício 002-2015/PA-0012/2010 o link foi restabelecido no mesmo dia 19.08.2015:

- *As 16:00h o técnico Edson Rosa entrou em contato e disse que chegaria ao CRFSP as 17:00 h para acessar fisicamente o modem para o reparo.*
- *As 17:15h o técnico chegou e após realizar testes identificou o problema na central. Modulo de porta com problema. Solicitou alteração.*
- *As 19:00h o Link voltou a funcionar com velocidade baixa e com muitas falhas. O técnico ficou em contato com a central até a estabilização do Link. Fomos informados que a origem do problema era o software na central.*
- *As 20:00h a funcionária Silvia da área pós venda ligou informando restabelecimento do Link. Informamos que o Link estava restabelecido, mas estava operando com velocidade baixo. O link contratado é de 10 MB mas está operando com 8 MB.*
- *No dia 20.08.2015 as 9:00h – Recebemos ligação do Cristiano dizendo que para resolver o problema da velocidade depende da área técnica e nada pode fazer, sem previsão.*

Ora, INDISPONIBILIDADE significa que um circuito está fora de operação e, por isso, não está DISPONÍVEL.

Redução da velocidade do *link*, por sua vez, não é o mesmo que indisponibilidade. Neste contexto, a decisão baseia-se nessa confusão terminológica, tratando uma **REDUÇÃO DE VELOCIDADE** como **INDISPONIBILIDADE**, a despeito do conteúdo preciso de cada um desses conceito técnicos, o que tem por consequência o aumento indevido da quantidade de dias e o agravamento da sanção supostamente aplicável.

Conforme se aduz, “no relatório que acompanhou o ofício n° 002-2015/PA012-2010 consta que o Sr. Antônio foi cientificado dos fatos em 20.08.2015 (...), limitando-se a recorrente a alegar ausência de identificação do período de indisponibilidade, o qual não foi inicialmente definido pois, por óbvio, os serviços ainda estavam **INDISPONÍVEIS** (conforme constatação expressa do referido ofício)”.

Essa afirmação, portanto, é manifestamente equivocada. **Os serviços não estavam indisponíveis no dia 20.08.2015, nem estavam indisponíveis no dia 31.08.2015**, com afirma o parecer, **contrariando o relatório elaborado pela própria Administração** e incluso no Ofício n° 002-2015/PA012-2010. O relatório indica claramente que a indisponibilidade foi corrigida no mesmo dia 19.08.2015,

persistindo apenas o problema de velocidade, que – reitere-se – não se confunde com indisponibilidade.

A motivação da decisão recorrida se contradiz logo em seguida. Imediatamente depois de aduzir que os sistemas estavam INDISPONÍVEIS de 19.08.2015 a 31.08.2015, o parecer assume que estavam operacionais e considera que o problema persistente seriam oscilações e velocidade reduzida:

Consoante se verifica das respostas das áreas técnicas envolvidas com os sistemas de informática do CRF-SP, foi ratificado que o nível de comprometimento do serviço foi total eis que, mesmo que o "link" estivesse operacional, a oscilação e a baixa velocidade atingida tornaram impossível a utilização dos sistemas dependentes de internet.

As alegadas "oscilações" foram relatadas às 19:00 do dia 19.08.2015 e corrigida às 20:00 do mesmo dia, conforme o relatório. A partir daí, repita-se, o problema persistente teria sido apenas de velocidade. Veja-se novamente o relatório elaborado pelo próprio CRF:

- *As 19:00h o Link voltou a funcionar com velocidade baixa e com muitas falhas. O técnico ficou em contato com a central até a estabilização do Link. Fomos informados que a origem do problema era o software na central.*
- *As 20:00h a funcionária Sílvia da área pós venda ligou informando restabelecimento do Link. Informamos que o Link estava restabelecido, mas estava operando com velocidade baixo. O link contratado é de 10 MB mas está operando com 8 MB.*

Neste contexto, é totalmente inverossímil que os "inúmeros serviços" do CRF-SP que dependem essencialmente de internet, relacionados no parecer, teriam sido "interrompidos" em função de uma redução da velocidade de 10Mbps para 8 Mbps. Vale dizer também que essas alegações não são comprovadas. Todas elas baseiam-se exclusivamente no relato da própria Administração e em suposições extraídas desse relato, mas não em quaisquer medições ou registros por meios idôneos.

O parecer ainda atribui à acusada o ônus de comprovar inexistência de elemento subjetivo da infração a ela imputada:

A recorrente não se desincumbiu do ônus de apresentar **efetiva justificativa** que atenuasse ou lhe retirasse o elemento culpa, a fim de que pudesse, de forma plausível e motivada, não ser penalizada, nos termos do que dispõe o artigo 36, da Lei nº 9.784/1999, "primeira parte", *ad litteram*:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei. (g.n.)

Não instruiu seu recurso com qualquer comprovação da alegada ausência de responsabilidade pela má prestação dos serviços.

De fato, cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado e é dever do órgão competente instruir o processo. Interessado, nos termos do art. 9º da lei 9784/1999 seriam apenas a pessoa que inicia o processo administrativo, mas a norma do citado art. 36 encerra um princípio processual geral segundo o qual o ônus da prova é de quem faz a alegação.

Ocorre que o CRF não está litigando judicialmente sob as normas de processo civil, mas está exercendo poder punitivo do Estado, por meio de uma prerrogativa administrativa extraordinária que lhe permite penalizar o particular contratado mediante processo administrativo vinculado às garantias constitucionais de devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência e correlatos.

O elemento subjetivo de culpa, neste contexto, é elemento essencial da infração administrativa e não uma condição extintiva ou modificativa do direito do autor, como no direito privado. Quando a Administração acusa o contratado de ter descumprido o contrato, pretendendo não apenas a compensação financeira, mas também a punição da conduta, necessariamente acusa o contratado de tê-lo feito ou

com dolo ou com culpa, motivo pelo qual se impõe à acusação o ônus de comprovar esse elemento da infração.

Ora, o processo administrativo sancionador, iniciado pela própria Administração, tem como pressuposto o **ônus de prova atribuído integralmente à acusação**. Trata-se de garantia ínsita ao princípio do devido processo legal e ao próprio Estado de Direito. Nenhum acusado tem dever de produzir qualquer prova, embora possa fazê-lo, se quiser. **Invariavelmente, é dever do Estado, nesta condição, comprovar todos os elementos do ilícito que imputa a qualquer pessoa, inclusive a culpa ou o dolo.**

A decisão recorrida, no entanto, baseou-se exclusivamente nas impressões dos agentes públicos envolvidos e não em qualquer elemento objetivo de prova da alegada culpa. Veja-se:

Olvida-se a Recorrente que, tratando-se de serviço diferenciado, a alegação de evento massivo não se adequa à natureza do serviço contratado, eis que com valor mais elevado para que haja tratamento diferenciado dos demais usuários, tampouco é fato proveniente de caso fortuito ou força maior. Ao revés, denota ausência de infraestrutura e planejamento estratégico da atividade empresarial que, ao prejudicar enormemente o CRF-SP pela paralisação de inúmeros serviços, exclusivamente tratados na forma "on line", ensejam a plena responsabilização da Recorrente, nos moldes do que prevê o contrato e a legislação pertinente.

(...)

Com efeito, o que se observou durante as tratativas com a Recorrente foi recorrente descaso na resolução dos problemas, que ocasionaram lentidão na respectiva resolução (**cerca de 12 dias**), não tendo sido os serviços prestados adequadamente. Tal conjuntura, devidamente comprovada nos autos, é suficiente para ensejar a aplicação da penalidade e, por ora, a sua manutenção.

Não ficou comprovada a “ausência de infraestrutura e planejamento estratégico”. Não ficou comprovado descaso (pelo contrário, o relatório indica que a atuação da contratada se iniciou proativamente e que o contratante foi informado dos procedimentos adotados). Não ficou demonstrado que a contratada agiu de modo incompatível com as técnicas e procedimentos comuns no mercado do objeto contratado. Não ficou comprovado que a falha poderia ter sido evitada, mas não foi por culpa da contratada. Muito menos ficou demonstrado que o problema poderia ter sido diagnosticado e solucionado em prazo menor, mas não foi em razão de culpa da contratada.

E quanto à natureza do serviço contratado, é importante ressaltar que o objeto do contrato é um serviço comum, licitado por meio de pregão eletrônico que, nos estritos termos do art. 1º da Lei 10520/2002 deve ser, necessariamente, COMUM. O argumento de que teria “valor mais elevado para que haja tratamento diferenciado dos demais usuários” não elide a possibilidade de ocorrência de evento massivo, nem demonstra existência de elemento de culpa da contratada.

Quanto à apreciação da justificativa técnica, verifica-se mais um equívoco:

A recorrente afirma que houve evento massivo, (Protocolo nº TA 1006968), encerrado em 02.09.2015. Contudo, os relatórios técnicos efetuados pelo preposto que se dirigiu à Sede do CRF-SP denotam regularização dos serviços em 31.08.2015, data a qual efetivamente foram regularizados. Tal fato demonstra que os problemas causados ao CRF-SP em nada guardam relação com o evento mencionado, ressalta-se, encerrado em 02.09.2015, quando os serviços já tinham sido normalizado no CRF-SP desde 31.08.2015.

O fato de que os serviços foram regularizados para o CRF no dia 31.08.2015 não determina o imediato fechamento do chamado que não foi aberto pelo órgão. Vale reiterar, o problema era massivo, o que significa que a

solução para o CRF não significa que houve solução definitiva para todos os outros usuários. E, como é sabido, os procedimentos de correção técnica dependem de testes, monitoramento e outras atividades depois da regularização. O fato, portanto NÃO demonstra que os problemas experimentados pelo CRF não têm relação com o evento massivo. Esta é, *data venia*, apenas mais uma suposição do parecerista, acolhida pelo ato decisório.

Ademais, mesmo que houvesse relação entre os eventos, diante da previsibilidade de tais fatos e dos serviços contratados, conforme cláusula segunda do instrumento (fls. 320, do PA nº 012/2010), que exigem velocidade mínima "Full Duplex" e resolução de problemas em período de 4 (quatro) horas, excetuada apenas situação calamitosa.

Em seguida, aduz-se que o problema seria previsível. A cláusula segunda (alínea 'b') do instrumento, que exige a referida "resolução de problemas em período de 4 (quatro) horas", trata apenas de paralisações para manutenção preventiva, comunicadas com antecedência, mas o caso em apreço uma indisponibilidade no dia 19.08.2015 e um problema de velocidade, a partir do dia 19.08.2015 e até dia 31.08.2015. Nenhum desses problemas decorreu de manutenção preventiva. Ambos ocorreram de forma inesperada e excepcional.

Consoante se verifica das respostas das áreas técnicas envolvidas com os sistemas de informática do CRF-SP, foi ratificado que o nível de comprometimento do serviço foi total eis que, mesmo que o "link" estivesse operacional, a oscilação e a baixa velocidade atingida tornaram impossível a utilização dos sistemas dependentes de internet.

Outrossim, confirmou-se que inúmeros serviços do CRF-SP que dependem essencialmente de internet, foram prejudicados, tais como:

O relato dos agentes da Administração não constitui prova em favor dela mesma. Como já foi exposto, o relatório incluso na intimação inicial da

contratada descreve que a indisponibilidade foi corrigida no mesmo dia 19.08.2015 e as "oscilações" ou "falhas" também foram corrigidas nessa data. O único problema persistente, nos termos do relatório, seria a redução da velocidade, de 10Mbps para 8Mbps.

Salvo prova em contrário, por meio de medições e registros idôneos, a velocidade de 8Mbps (apesar de reduzida em relação à velocidade contratada) não impossibilita a realização de quaisquer dos serviços relacionados na decisão. Mais uma vez, trata-se de mera suposição.

Aqui vale ressaltar que a redução da velocidade merece, sim, uma reparação proporcional, porque a Administração recebeu serviço com característica inferior à contratada, mas não justifica a aplicação de penalidade administrativa, porquanto estão ausentes alguns dos pressupostos do exercício do direito punitivo do Estado.

Também cabe destacar a impropriedade das citações doutrinárias transcritas na motivação da decisão:

Acerca do tema, ensina Hely Lopes Meirelles que "**A aplicação de penalidades contratuais é outra prerrogativa da Administração na execução de seus ajustes (art. 58, IV). Enquanto nos contratos privados nenhuma das partes pode impor diretamente penalidades à outra, nos contratos administrativos a própria Administração valora as infrações e aplica as sanções correspondentes.**" (Fonte: Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1999)" (g.n.)

O risco da atividade econômica é do empresário, assim como o lucro, com base no princípio capitalista insculpido na Constituição Federal de 1988. Segundo Maria Helena Diniz, a responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: "aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda)".¹

Aqui, a decisão invoca a doutrina com lições **incompatíveis entre si**. A primeira trata da incidência de normas de direito público nos contratos administrativos. A segunda trata de responsabilidade civil objetiva, exclusivamente no direito privado. Ora, **NÃO EXISTE RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**. Nem a lição de Hely Lopes Meirelles, nem a lição de Maria Helena Diniz autorizam essa conclusão, que certamente seria rechaçada por ambos os autores.

A doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro também foi descontextualizada:

Consoante o escólio de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "a teoria da imprevisão seria aplicável tão-somente na chamada álea econômica", e "haveria a álea ordinária ou empresarial, sendo o "risco que todo o empresário corre", o qual, se for previsível, será arcado pelo contratado."²

Os excertos transcritos na decisão referem-se à lição da autora acerca da alteração dos contratos administrativos e da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e nada tem a ver com o objeto deste processo. A recorrente jamais alegou álea econômica, nem pleiteou a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Alegou e ratifica a alegação de que houve fato interno ao contrato, alheio à sua vontade, não culposo, que pode estar sujeito à reparação patrimonial, sob a forma de descontos proporcionais na fatura, mas que não merece repressão, sob a forma de multa ou qualquer outra sanção.

A transcrição de precedentes jurisprudenciais na decisão, por sua vez, é inadequada na medida em que foram grifadas justamente as referências às características peculiares de cada caso julgado, com substrato fático diverso do presente. O fato de que cada um daqueles casos julgados mereceu, supostamente, um sancionamento administrativo, não significa que esta é a medida adequada no caso ora em apreço.

De fato, nenhum dos julgados invocados na decisão trata de violação do devido processo por supressão de defesa prévia ou por falta de apreciação de argumento apresentado, nenhum deles aborda o ônus probatório da culpa no processo punitivo, nenhum deles trata de reparação de danos em duplicidade e a sua relação com o princípio da proporcionalidade.

Em seguida, quanto à dupla penalização supostamente alegada pela recorrente, o parecer argumenta o seguinte:

Nessa perspectiva, a recorrente equivoca-se quando afirma que há pretensão do CRF-SP em dupla penalização, haja vista que a aplicação da multa refere-se ao caráter previamente compensatório dos danos efetivamente suportados, com a prerrogativa de que o valor seja descontado das faturas seguintes, nos termos da cláusula sétima, item 7.1, alínea "h" do contrato firmado entre as partes c.c. artigo 87, §1º, da Lei nº 8.666/1993. Dessa forma, plenamente possível o procedimento, com espeque no princípio da estrita legalidade!

A recorrente não se equivocou. Alegou, na sua defesa, a existência de "reparação em duplicidade", o que a decisão chamou indevidamente de "dupla penalização". O ofício inaugural pleiteou tanto a aplicação de multa, de caráter punitivo e compensatório, quanto o abatimento proporcional dos valores correspondentes ao período de indisponibilidade, de caráter também compensatório, o que demonstra a pretensão de reparação em duplicidade e enriquecimento sem causa. Senão, veja-se:

Diante do 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, 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, por dia corrido de atraso da prestação dos serviços e/ou entrega do bem devidamente atualizado, em conformidade com a Cláusula 07, item 7.1, alínea "c" do contrato e prevista no artigo 87, inciso I da Lei nº 8.666/93.

(...)

Diante da não utilização do link terminal nº 3085-1582, informamos que os valores correspondentes ao período de indisponibilidade do serviço deverão ser abatidos proporcionalmente nas faturas, conforme art. 46 da Resolução 614/2013 da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

E, como se observa, a decisão recorrida não menciona o pleito inicial da Administração de desconto proporcional dos valores **em conjunto** com a multa dita compensatória, passando a aduzir que o caráter compensatório da multa a qualificaria como a única solução possível e proporcional para o caso concreto, o que não é verdadeiro.

Além do caráter compensatório, a multa tem caráter punitivo, de direito público, como já foi exposto anteriormente. Se a justificativa para sua imposição seria apenas a compensação de danos e não a necessidade de punir uma conduta comprovadamente culposa e culpável, a multa torna-se desnecessária, na medida em que a reparação da indisponibilidade pode ocorrer por meio de descontos proporcionais na fatura, adequando-se ao princípio da **proporcionalidade**, 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 ÁVILA¹, o princípio da proporcionalidade:

¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos** - 4.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005, p.112/113

(...) 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 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, de forma que não há necessidade (nos termos do art. 2º, parágrafo único, inc. VI, da Lei 9784/1999), de aplicação de qualquer sanção.

Ainda que se pudesse admitir a aplicabilidade da sanção de multa, tem-se que a proporcionalidade – em sentido estrito – do valor da multa em face do caso concreto não foi demonstrada. Alega-se a ocorrência de **prejuízos que foram meramente supostos e que não foram quantificados** nos autos para, em seguida, concluir-se que há proporcionalidade de multa cujo valor também não foi calculado.

III - REQUERIMENTOS.

Por todos estes motivos, a Telefônica Brasil S/A requer inicialmente a concessão do **efeito suspensivo** ao presente recurso.

Em seguida, requer o provimento do recurso para **afastar a multa aplicada** e, **por mera eventualidade**, requer seja aplicada apenas uma **advertência**, dada a ausência de dano comprovado nos autos e o fato de que a alegada infração não justifica a incidência de qualquer sanção mais grave, à luz do princípio da proporcionalidade e considerando a pretensão de desconto proporcional da indisponibilidade na fatura.

001327

Telefonica

vivo

Pelo que PEDE DEFERIMENTO,

TELEFONICA BRASIL S/A



ANTONIO JOSÉ GUERRA DA SILVA

RG: [REDACTED]

CPF: [REDACTED]

PROCURADOR