001308

CRF SP
CONSELHO REGIONAL
DE FARMÁCIA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, 29 de setembro de 2015.

Resposta à Defesa Prévia

Recorrente: Telefônica Brasil S/A – CNPJ 02.558.157/0001-62

Referente: Processo Administrativo nº 012/2010 – Pregão Eletrônico nº 004/2010 – Prestação de serviços de conexão direta na Rede do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo – CRF-SP para o acesso à Rede Internet, através de 02 (dois) links privativos e dedicados, com largura de banda efetiva, ou seja, Full Duplex de no mínimo 04 Mbps cada um com disponibilização de pelo menos 10 (dez) endereços IP reais cada um, incluindo o fornecimento e configuração de todos os equipamentos necessários ao funcionamento do serviço

Acolho o Parecer DJ/CRF-SP nº 055/2015, por seus fundamentos fáticos e jurídicos, e decido acatá-lo para os fins de resposta a solicitação de defesa prévia da referida empresa, sendo este o meu posicionamento enquanto responsável pelo Departamento de Licitações e Contratos.

Dê-se ciência à recorrente.

[redacted]

Elizabeth Adaniya
Depto de Licitações e Contratos

CRF SP
CONSELHO REGIONAL
DE FARMÁCIA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Parecer DJ/CRF-SP 55/2015

São Paulo, 24 de Setembro de 2015.

Consulta-nos o Departamento de Licitações e Contratos do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo acerca da Defesa Prévia apresentada pela Empresa Telefonica Brasil SA em face do Ofício 002-2015/PA-0012/2010, a qual alega, em apertada síntese, que, preliminarmente, não houve coleta de provas, nem abertura ao contraditório da empresa contratada, devendo ser a decisão pela aplicação de multa anulada. No mérito, alega carência de provas que justifiquem a sanção, bem como a não indicação de indisponibilidade dos serviços, ressaltando a ausência de proporcionalidade na aplicação da penalidade, eis que se deveria tê-la sancionado com advertência. Por fim, caso se entenda pela aplicação de multa, que seja minorado o montante com fulcro na gravidade dos fatos que, segundo a recorrente, são de menor reprovabilidade.

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.

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).

Logo, após análise da peça apresentada, considerando os autos do Processo Administrativo em epígrafe, verifica-se que melhor sorte não socorre ao Recorrente, senão vejamos:

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. 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.

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.

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.

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 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.

Ademais, no relatório que acompanhou o ofício nº 002-2015/PA012-2010 consta que o Sr. Antônio foi cientificado dos fatos em 20.08.2015, NÃO tendo a recorrente rebatido as alegações tampouco trazidos elementos probatórios que infirmem a versão da área técnica gestora, 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).

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:

a) **Controladoria**: Sistemas Implanta, Receita Federal, Bancos, Prefeituras, etc;

b) **Jurídico**: Envio de documentos, consultas jurisprudenciais, páginas técnicas, transmissão de prazos judiciais etc.;

c) **Assessoria de Comunicação**: downloads e uploads de grandes imagens e vídeos – TV CRF, utilização de sistema para mala direta, atualização de conteúdo no portal oficial e redes sociais;

d) **Central de Deslocamento**: Acesso a sistemas para reserva de hotéis, compra de passagens;

e) **Gestão de Pessoas**: Pesquisa em redes sociais e outros sistemas para a contratação de pessoal;

f) **DTI**: Lançamento de novas ferramentas de trabalho como "Nuvem CRF", Atendimento Eletrônico e novos Sites.

Resta, assim, totalmente possível a defesa da recorrente, eis que garantidos o contraditório e ampla defesa. Ademais, além de ausente qualquer prejuízo à defesa, demonstramos o prejuízo efetivo ao CRF-SP, o qual embasa aplicação da penalidade, inclusive na forma definida, com supedâneo no fundamento contratual definido no ofício nº 002-**2015/PA012-2010 (***descumprimento do item 2.1, "a" da Cláusula Segunda do contrato, alterado pelo 3º aditivo c.c. Cláusula Sétima, item 7.1, alínea "c" do mesmo instrumento*), juntamente com o artigo 87, "caput", inciso II, da Lei nº 8.666/1993. Há na multa plena motivação e, assim, regularidade quanto aos requisitos de formação do referido Ato Administrativo.

No que concerne à desclassificação da penalidade de multa para advertência, ou diminuição do valor, nítida é a existência de efetivo prejuízo ao CRF-SP na medida em que o atraso referido baseia-se em multa previamente definida, da qual tem conhecimento a recorrente e embasada nos pressupostos da estrita legalidade.

O caráter compensatório é ínsito à penalidade e tem a função de punir a contratada pela conduta faltosa e inibir futuros descumprimentos, razão pela qual não pode ser irrisório. **A recorrente já apresenta histórico de descumprimento contratual, o que favorece entendimento de que a penalidade deve cumprir sua finalidade pedagógica e, ainda, influir na modificação de comportamento da**

Recorrente que inspire maior eficiência e zelo no trato com os contratantes.

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 eqüidade, 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]

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]

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

[1] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, v. 7, p.378.
[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 255

8.666/1993. Dessa forma, plenamente possível o procedimento, com espeque no princípio da estrita legalidade!

Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais Regionais já se manifestaram:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DE MULTA IMPOSTA POR INEXECUÇÃO TOTAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O ato impugnado neste mandado de segurança consubstanciado no indeferimento da solicitação de dispensa de pagamento de multa prevista em contrato administrativo não viola o princípio da legalidade a que se refere o art. 37, caput, da Constituição da República, tampouco os arts. 393 do Código Civil e 70 da Lei 8.666/93.* ***A inexecução contratual não decorreu de força maior ou de fato de terceiro, mas de conduta culposa da impetrante****. 2. Não assiste razão à recorrente quando alega que teria havido violação do princípio do interesse público. A pretensão de que a multa não seja aplicada constitui e integra o rol dos interesses meramente privados da impetrante. A sua aplicação, ao reverso, tem por escopo o interesse público: (I) por conferir* ***efetividade às normas da Lei 8.666/93 relativas à inexecução contratual****; (II)* ***por ter efeito e caráter didático, obstando ações temerárias por parte dos pretendentes a contratar com a Administração Pública*** *(e a conduta da impetrante foi temerária e negligente). O contrato tem por objeto atender* ***finalidade pública*** *que será postergada e adiada pela necessidade de se realizar nova contratação. Há que ser considerado o tempo e os recursos financeiros e humanos empreendidos na licitação e na contratação.* ***Portanto, violadora do interesse público seria a não aplicação de sanção legal e contratualmente prevista para a hipótese****. 3. Não procede a alegada violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Dada a inexecução do contrato administrativo em questão, para o qual ficou avençado o valor total de R$ 3.877.046,00,* ***não deve ser considerada desproporcional ou desrazoável a multa fixada em vinte por cento (20%)*** *sobre o valor correspondente apenas aos componentes de hardware e software da Solução de Automação de Fitoteca contratada. 4. Não merece prosperar a alegada violação do princípio da motivação dos atos administrativos. A decisão que indeferiu a solicitação de dispensa da multa contratual indicou os fundamentos de fato e de direito necessários para a*

imposição da sanção administrativa. ***O motivo de direito foi a previsão legal e contratual expressa da multa****. O motivo de fato foram a inexecução contratual e a conduta culposa da impetrante. 5. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RMS: 21949 PR 2006/0105194-0, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010*) (g.n.)

CONTRATO ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO DE ENTREGA. **MULTA. FUNDAMENTO LEGAL. ALEGAÇÃO DE CASO FORTUITO. ÁLEA CONTRATUAL. IMPROCEDÊNCIA.** I – Vencedora de licitação que previa a obrigação de entrega dos materiais hospitalares em 60 dias, a empresa contratada *não cumpriu o prazo estabelecido, o que torna legítima a multa aplicada com fundamento nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/93.* II – **Fatos particulares e previsíveis, ocorridos na empresa selecionada para fornecer os produtos licitados, não podem ser opostos ao Poder Público**, tampouco caracterizam caso fortuito, já que a livre escolha de fornecedor pela licitante está inserida na álea do contrato e vinculada aos riscos da atividade econômica daquele que contrata com a Administração. III – Apelação da autora improvida. (TJDF, Apelação Cível 20070110738978APC, Relatora: Desembargadora Nídia Corrêa Lima – 6ª Turma Cível, e-DJF1: 27/02/2012).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO FIRMADO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. **ATRASO NA ENTREGA DOS PRODUTOS. SUSPENSÃO DO DIREITO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÕES E DE CONTRATAR PELO PRAZO DE 24 MESES. PENALIDADE ADMINISTRATIVA. LEGALIDADE. ART. 87, III, DA LEI Nº 8.666/93. 1.** Pretensão da Impetrante de invalidar a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, que lhe fora aplicada em virtude de descumprimento de contrato firmado com a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Hospital Universitário Onofre Lopes). **2.** ***Uma vez que a contratada se encontra parcialmente inadimplente para com a Administração Pública, por não ter fornecido todos os equipamentos objeto do contrato administrativo, tendo ela própria admitido tal descumprimento, cabível é a aplicação da penalidade administrativa citada***. Apelação improvida.(TRF5 - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 80253-RN (2001.84.00.011127-8), Relator: Desembargador Federal Élio Siqueira – Terceira Turma, DJU Nº 40, DE 28/02/08)

CRF SP
CONSELHO REGIONAL
DE FARMÁCIA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Presentes, pois, a razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da penalidade, a qual, baseada no item 7.1, alínea "c" do Contrato, atendeu aos **princípios da estrita legalidade e "pacta sunt servanda"**, bem como ao que dispõe o artigo 87, "caput", inciso II, da Lei nº 8.666/1993, demonstrando o substrato legal e fático, inerente à cominação e manutenção da penalidade.

Dessa forma, tendo a conduta da contratada recorrente gerado efetivos prejuízos ao CRF-SP, nos termos supramencionados, considerando o elevado prazo para resolução/readequação dos serviços, restou configurado descumprimento *do item 2.1, "a" da Cláusula Segunda do contrato, alterado pelo 3º aditivo*, cuja consequência é a aplicação de penalidade de multa nos termos do item 7.1, alínea "c" do referido instrumento da avença c.c. artigo 87, "caput", inciso II, da Lei nº 8.666/1993. **OPINAMOS**, pois, pela manutenção da multa, nos moldes descritos no Ofício 001-2015/PA-018/2014, cujo valor deverá ser atualizado até a data do efetivo pagamento, atentando-se ao que prevê o item 7.1, alínea "h" do instrumento contratual.

É, S.M.J., o Parecer.

Atenciosamente,

[redacted]

Samuel Henrique Delapria
OAB/SP 280.110
Procurado do CRF-SP