



São Paulo, 05 de novembro de 2015.

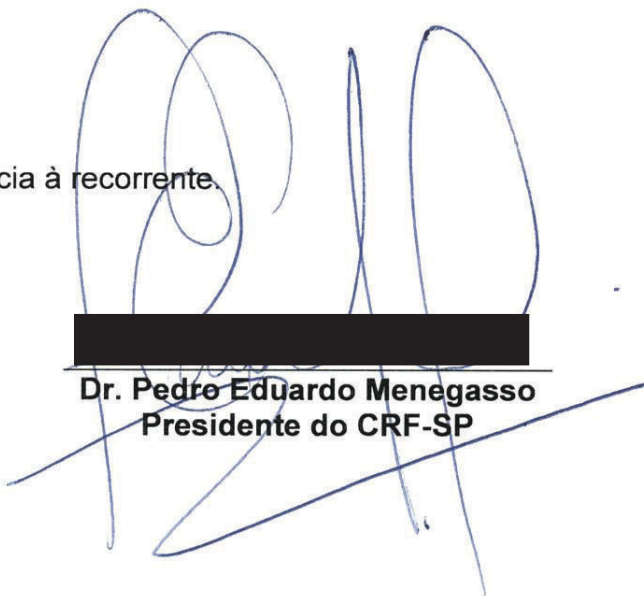
Resposta ao Recurso Administrativo

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 062/2015, por seus fundamentos fáticos e jurídicos, e decido acatá-lo para os fins de resposta a solicitação de recurso da referida empresa, sendo este o meu posicionamento enquanto Autoridade Superior.

Dê-se ciência à recorrente.



Dr. Pedro Eduardo Menegasso
Presidente do CRF-SP



Parecer DJ/CRF-SP 62/2015



São Paulo, 28 de outubro de 2015.

Consulta-nos o Departamento de Licitações e Contratos do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo acerca do Recurso Administrativo apresentado pela **Empresa Telefonica Brasil SA** em face do Ofício 002-2015/PA-0012/2010, a qual alega, em apertada síntese, que:

- 1) Deveria ter sido "citada" para se defender previamente à aplicação da penalidade;
- 2) Não houve indisponibilidade, tendo havido redução de velocidade dos serviços oferecidos pela empresa contratada, durante o período mencionado;
- 3) Não teria havido comprovação da culpa da Recorrente que ensejasse a aplicação de penalidade pelo processo administrativo sancionador;
- 4) Não há provas idôneas para aplicação de sanção;
- 5) Da permanência de suposta dupla penalização por parte do CRF-SP;

Ouvida novamente a Área gestora do contrato, esta reiterou manifestação anterior, no sentido de que houve a **INDISPONIBILIDADE** dos serviços contratados, bem como os prejuízos relatados no Parecer que analisou a Defesa Prévia.

É o breve relatório.



Melhor sorte não assiste à recorrente **Telefonica Brasil SA**. Senão vejamos:

Inicialmente, cumpre-nos tecer algumas considerações quanto aos **contratos administrativos**, pois, no contexto contratual, a Administração mantém prerrogativas, podendo sujeitar o particular ao seu poder de império.

Essas prerrogativas contratuais da Administração Pública configuram as chamadas cláusulas exorbitantes, as quais sujeitam o contratado à aplicação das penalidades contratualmente previstas, de forma a garantir que o interesse público não esteja à mercê dos interesses particulares. Neste sentido, leciona Lucas Rocha Furtado:

Os contratos administrativos têm como sua maior particularidade **a busca constante pela realização do interesse público**. Isto faz com que as partes do contrato administrativo (Administração contratante e terceiro contratado) não sejam colocadas em situação de igualdade. O contrato somente vincula as partes se elas concordarem com a sua celebração. Se não houver a concordância do particular, o contrato administrativo não o obriga. Porém, uma vez firmado o acordo, em nome da **supremacia do interesse público**, são conferidas à Administração Pública prerrogativas que lhe colocam em patamar diferenciado, de superioridade em face do particular que com ela contrata. Essa supremacia irá manifestar-se por meio de determinadas cláusulas contratuais denominadas "cláusulas exorbitantes". Essa terminologia decorre do simples fato de que elas extrapolam as regras do Direito privado e conferem poderes exorbitantes à Administração



contratante em face do particular contratado (grifos nossos).¹

A aplicação da penalidade à contratada decorreu, assim, de adequado uso do poder conferido por lei ao CRF-SP, explicitado nas cláusulas contratuais, sem qualquer pecha de desproporcionalidade ou vício. Os prejuízos foram devidamente cientificados e a inércia contumaz da contratada em solucionar os problemas relatados ocasionaram o supedâneo fático à aplicação da sanção.

Nessa perspectiva, não trouxe a recorrente qualquer comprovação do quanto alegado, limitando-se a proferir alegações genéricas, sem qualquer respaldo fático que subsidie sua tese. Exemplifica-se pela ausência de juntada de comprovantes de medições do período de **INSTABILIDADE** que ocasionaram os prejuízos alegados pelo CRF-SP no período já citado. O CRF-SP motivou a decisão com fulcro em relatórios e demais documentos acostados aos autos do processo administrativo, tendo ficado todos os fatos devidamente comprovados.

Permanece, assim, afronta ao artigo 36, da Lei nº 9.784/1999, por parte da recorrente, bem como a existência de prestação ineficiente dos serviços contratados, o que enseja a aplicação da penalidade. Retomando entendimento já exposto, a defesa da recorrente não foi prejudicada, eis que garantidos o contraditório e ampla defesa. Além de ausente qualquer prejuízo à defesa, permanece incólume a situação de prejuízo evidenciada, a qual embasa a aplicação da penalidade, inclusive na forma definida, com supedâneo no fundamento contratual descrito 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,

¹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 231.



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.

O CRF-SP, por sua vez, a fim de zelar pela fiscalização do objeto contratual, exigiu adequação da contratada, primando, assim, pela garantia da supremacia do interesse público.

Ao seu turno, em relação à intensidade da penalidade aplicada, constata-se, que o **princípio da proporcionalidade** também resta atendido, sob o entendimento de que este não pode estar descurado da relação Direito e Sociedade, na proporção em que atende ao pensamento meridiano, isto é, à sensatez média da sociedade na qual a situação está submetida. Daí porque, com propriedade, destaca o Ilustre doutrinador Paulo Bonavides:

*"Do caráter teleológico do Direito infere ele também a questão instrumental; de modo que fim e meio, em razão da regra jurídica, se acham numa conexão normativa e também numa **relação sistemática**, determinada pelo conjunto do Direito e da Sociedade. Só a reflexão filosófica, diz o constitucionalista, fundamenta a proporcionalidade na relação fim e meio em ordem a que se possa determinar se tal exigência conduzirá a um princípio geral de direito cristalizado na máxima da proporcionalidade."*²

Não se pode desconsiderar, assim, que a penalidade aplicada foi necessária para punir a contratada e, ainda, garantir que, de forma pedagógica, aprimore a prestação de serviços, evitando posteriores descumprimentos.

A Jurisprudência já se manifestou nesse sentido:

² Curso de Direito Constitucional, 20ª edição, Malheiros, 2007, p. 394.



PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DA MULTA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. Havendo previsão contratual para a aplicação de sanções, e não tendo os Termos Aditivos alterado as demais cláusulas e condições do Contrato, não há falar em ilegalidade ou abuso por parte da impetrada, no que tange à imposição de multa por atraso na execução das obras. A prorrogação de prazo, ao invés da rescisão do contrato, é prerrogativa da Administração pública, que opta por um ou outro segundo critério de oportunidade e conveniência, não tendo o condão de afastar as sanções decorrentes da inexecução total ou parcial do contrato. (TRF-4 - AC: 5733 PR 2008.70.01.005733-0, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Data de Julgamento: 29/04/2009, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 01/06/2009) (g.n.)

Cumpre ainda destacar a obrigatoriedade na aplicação da penalidade, conforme nos ensina o saudoso Hely Lopes³:

"(...) a aplicação de penalidades contratuais, garantida a prévia defesa, é medida auto-executória de que se vale a administração quando verificada a inadimplência do contrato na realização do objeto do contrato, no atendimento dos prazos ou no cumprimento de outra obrigação a seu cargo (...)"

E continua:

"(...) a omissão na aplicação das penalidades contratuais acarreta responsabilidade para a autoridade omissa, pois ao administrador público não é lícito renunciar, sem justificativa, os direitos do Estado (...)"

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.



Nessa perspectiva, observando o seu dever legal, na aplicação das penalidades administrativas, o Poder Público deve respeitar os direitos e garantias dos administrados, a fim de que os princípios consagrados no corpo da Constituição Federal de 1988 sejam devidamente respeitados. A propósito, aduz Fabricio Motta que:

"Com o êxito do constitucionalismo, em que os direitos e garantias individuais restaram positivados no corpo das Constituições modernas, a atuação do Estado em face dos indivíduos foi limitada, tornando-se imprescindível o respeito a determinados princípios para se restringir a liberdade individual. Com isso, para a Administração aplicar sanções por infrações administrativas, deve-se respeito à legalidade estrita, à tipicidade, ao devido processo legal e à razoabilidade"⁴.

Exatamente, todos esses pressupostos estão presentes, razão pela qual se reitera o conteúdo do Parecer DJ/CRF-SP nº 055/2015, exarado anteriormente, pois presentes a razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da penalidade.

Dessa forma, tendo a conduta da empresa recorrente gerado prejuízo ao CRF-SP, nos termos supramencionados, 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, nos moldes descritos no Ofício 002-2015/PA-012/2010, no montante de 26% (vinte e seis por cento) do valor global do contrato, consubstanciado no valor de **R\$**

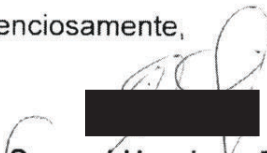
⁴ MOTTA, Fabricio. Das sanções. In: GASPARINI, Diógenes (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.117.



25.584,00 (vinte e cinco mil e quinhentos e oitenta e quatro reais), referente ao período de atraso compreendido entre os dias 19.08.2015 e 31.08.2015, 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,


[Redação]
Samuel Henrique Delapria
Procurador do CRF-SP
OAB/SP 280.110