

**IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**

TRE / SC  
PROTOCOLO

47.368/2010

10/08/2010-15:20



Pregão Eletrônico n.º 067/2010- Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina/SC.

**Impugnante: VIVO S/A**

A (o) Sr.(a) Pregoeiro (a) do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina/SC,

VIVO S/A, sociedade anônima inscrita no CNPJ sob o n.º 02.449.992/0003-26, com filial na Rua Trompowsky, nº354 - 9º andar - Florianópolis/ SC - CEP 88.015-300 vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO ELETRÔNICO em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da lei 8666/1993 - aplicável por força do artigo 9.º da lei federal n.º 10520/2002 - e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5450/2005, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

**I - TEMPESTIVIDADE.**

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública eletrônica está prevista para 13/08/2010, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 2 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da lei 8666/1993 e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5450/2005.

1

## II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto a “contratação de 8 (oito) códigos de acesso, com fornecimento de 08 (oito) estações móveis habilitadas, que permitam conexão à Internet móvel em banda larga, através de conexão USB a computador portátil.”

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discreparem do rito estabelecido na lei 8666/1993 (com alterações posteriores) e na lei federal n.º 10520/2002, quer por restringirem a competitividade, condição esta essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório.

Pretende também apontar situações que devem ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas.

Cinco são os fundamentos que justificam a presente impugnação, conforme exposição a seguir.

## III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

### 1) DETERMINAÇÃO DA VELOCIDADE MÍNIMA NO ITEM REFERENTE À INTERNET. IMPOSSIBILIDADE DE GARANTIA DO MÍNIMO DE VELOCIDADE DE 1 Mbps.

Em relação ao Acesso Móvel à Internet, o edital indica a obrigatoriedade de uma velocidade mínima de **1Mbps**. (subitem 3 do item 3 do ANEXO I – Projeto Básico bem como item 1.1.1 da Minuta de Termo de Contrato).

Todavia, considerando a peculiaridade do serviço de Internet Móvel no aspecto da abrangência de locais de acesso (a critério do usuário), não é possível garantir tal mínimo de velocidade, dado que a **velocidade de conexão está condicionada a diversos fatores externos que interferem na tecnologia da rede, dependendo do local de acesso.**

Diferente situação ocorreria se o acesso à INTERNET ocorresse em um único lugar específico, em que as circunstâncias de tempo e espaço constantes permitem um monitoramento real da velocidade, dado que as condições variam pouco nesta hipótese.

No caso da INTERNET móvel - especialmente considerando que existe uma preferência de voz sobre dados na transmissão do sinal - o local pode repercutir decisivamente na velocidade de acesso, considerando a proximidade maior ou menor a centros de transmissão da operadora, a concentração de outros sinais de qualquer natureza, questões climáticas e de relevo, dentre outros.

Assim, **o desempenho da rede varia constantemente conforme o local em que esteja o usuário da INTERNET**, não sendo possível a qualquer operadora garantir a velocidade mínima pretendida pelo edital, considerando a mutabilidade de espaço inerente ao tipo de serviço objeto da pretendida contratação.

Requer-se, portanto, seja alterada tal exigência mínima, dada a impossibilidade de garantia da velocidade pretendida, devendo ser mantida apenas a obrigatoriedade da tecnologia e a previsão de **VELOCIDADE MÉDIA**, cuja oferta depende, esta sim, exclusivamente da atuação da operadora, sem influência de fatores externos que repercutam no desempenho da rede.

Caso não seja alterada tal condição de velocidade mínima do edital, no acesso móvel à Internet, ocorrerá certamente a não-participação das operadoras no certame, em função dos ônus contratuais decorrentes da inadimplência (que seria iminente) quanto a tal obrigação durante a execução do ajuste.

## **2) AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA SUBSTITUIÇÃO DOS EQUIPAMENTOS EM CASO DE FALHAS. PRAZO EXÍGUO PARA SUBSTITUIÇÃO DOS EQUIPAMENTOS.**

Em relação aos equipamentos, verifica-se que o edital estabelece, no item 12.1.4 (bem como item 10.1.4 da Minuta do Termo de contrato e subitem 4 do item 3 do ANEXO I – Projeto Básico), a responsabilidade da operadora em substituir, durante a vigência do contrato, em caso de falhas, os equipamentos

danificados por outros com as mesmas características em até 48 (Quarenta e oito) horas.

Neste ponto, ressalta-se que os eventuais casos de falhas e/ou paralisações dos serviços não ensejam quaisquer ressarcimentos, descontos, indenizações à contratante ou substituição dos equipamentos, uma vez que eventuais situações ocorrem por força maior ou caso fortuito, sem responsabilidade da contratada. Assim sendo, como não é procedimento da empresa efetuar a substituição dos equipamentos.

Ademais, tal situação atua em descompasso com o regime de prestação do serviço, considerando que o **equipamento é apenas e tão-somente meio para que possa se efetivar o serviço de dados, equipamento este cujo funcionamento regular é de responsabilidade direta do fabricante.**

Assim, nos termos do artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8078/1990), quem responde pelos problemas inerentes ao equipamento é o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador. Neste sentido, é incorreta a previsão editalícia que, de imediato, tenta compelir a operadora a resolver problema não diretamente relacionado ao serviço de internet propriamente dita.

De fato, o equipamento é apenas meio para o exercício do serviço de internet, sendo a fabricação realizada por outras empresas diferentes da prestadora do serviço em referência.

Assim, caso o equipamento seja danificado, a ritualística correta é o envio do equipamento para a **assistência técnica do fabricante** detectar eventual problema, bem como realizar um laudo técnico.

A partir desta informação, verificar-se-á qual a origem do problema, sendo, somente após tal análise prévia, determinado se seria ou não responsabilidade da operadora a troca do equipamento.

Sob outro aspecto, ainda que fosse possível determinar a responsabilidade da operadora pela substituição do equipamento, evidente que o

prazo de 48 (quarenta e oito) para entrega de outro equipamento é absolutamente exíguo para que possa ser cumprida tal diligência.

De fato, **o prazo indicado é INSUFICIENTE para que os equipamentos possam ser entregues por qualquer operadora.** A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que a entrega dos equipamentos - ainda que em disponibilidade imediata - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos da operadora, tais como: solicitação junto ao fornecedor, expedição da ordem de entrega, verificação do estoque, emissão da nota fiscal do produto e frete dentre outros. Neste contexto, o prazo é bastante curto para a efetivação da entrega dos equipamentos.

Ressalta-se que os equipamentos não são produzidos pela operadora, sendo obtidos junto aos respectivos fabricantes e, ainda que haja uma compra constante, sempre há sujeição a questões mercadológicas que não permitem seja assumido o compromisso de entrega no exíguo prazo indicado no edital.

Assim, o prejuízo para a Administração Pública em se manter este curto prazo de entrega dos equipamentos é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de entrega dos equipamentos induz a aplicação das penalidades contratuais, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

Tal restrição à competitividade é absolutamente ilegal, com ferimento direto ao artigo 3.º, §1.º, inciso I da lei 8666/93:

*Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da*

*publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

**§ 1º É vedado aos agentes públicos:**

***I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (Redação alterada pela Medida Provisória n.º 495, de 19 de julho de 2010). (grifos de nossa autoria)***

### **3) MULTAS DO ATO CONVOCATÓRIO E DO CONTRATO FIXADAS EM PERCENTUAL EXCESSIVO: RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE LIMITADORES DO VALOR DA CLÁUSULA PENAL.**

O edital estabelece, na alínea “b” do item 10.3 (bem como alínea “b” do item 11.3 da Minuta de Termo de Contrato), uma multa em percentual que atinge 20% (vinte por cento) sobre o valor resultante da multiplicação do preço total da última fatura paga pelo TRE - SC por 6 (seis), no caso de inexecução parcial do contrato. Tal multa também está prevista, na alínea “c” do item 10.3 do edital (bem como alínea “c” do item 11.3 da Minuta de Termo de Contrato) que indica multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor resultante da multiplicação do preço total da última fatura paga pelo TRE - SC por 12 (doze), no caso de inexecução total do contrato.

Em quaisquer dos casos, o percentual da multa é desproporcional ao dano eventualmente causado, dado que o limite razoável para penalidades desta natureza é até 10% (dez por cento) sobre o valor resultante da multiplicação do preço total da última fatura paga pelo TRE - SC por 6 (seis) ou sobre o valor resultante da multiplicação do preço total da última fatura paga pelo TRE-SC por 12 (doze).

Com efeito, pela mera inexecução total ou parcial, mais que suficiente para sancionar o eventual infrator é a indicação da multa até o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor resultante da multiplicação do preço total da

última fatura paga pelo TRESP por 06 (seis) ou sobre o valor resultante da multiplicação do preço total da última fatura paga pelo TRESP por 12 (doze).

As penalidades, em qualquer situação, não devem significar um ônus exagerado à parte infratora, sob pena de descaracterizar a própria proporção que deve existir entre a infração cometida e a multa aplicada.

E, no caso concreto, a aplicação de multa acima de 10% (dez por cento) sobre o valor resultante da multiplicação do preço total da última fatura paga pelo TRESP por 6 (seis) ou sobre o valor resultante da multiplicação do preço total da última fatura paga pelo TRESP por 12 (doze), em quaisquer situações, não contém a proporção juridicamente aceita, dado que a penalidade não pode significar excesso de ônus para o infrator, nem enriquecimento do beneficiário da cláusula penal.

A lei de licitações indica a possibilidade de a multa ser fixada no ato convocatório ou no contrato (artigo 86 da lei 8666/1993); tal constatação, contudo, não significa que a Administração tenha oportunidade de fixar a penalidade sem um limite balizado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que constituem princípios implícitos aplicáveis à atividade administrativa e extraídos da própria Constituição da República.

A liberdade da Administração existe na determinação da penalidade desejável para caso concreto, conforme o objeto da licitação e o tipo de violação eventualmente definido, como forma de inibir determinada conduta violadora do certame ou de cláusula contratual.

Entretanto, esta "liberdade" está limitada pelos critérios acima indicados, intuitivos de que o percentual das multas previstas no edital em referência está bastante superior àqueles admitidos pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, deve ser reduzido substancialmente o percentual das multas indicadas acima, limitando-o até no máximo 10% (dez por cento) sobre o valor resultante da multiplicação do preço total da última fatura paga pelo TRE-SC por 6 (seis) ou sobre o valor resultante da multiplicação do preço total da última fatura paga pelo TRE-SC por 12 (doze), conforme o caso.



74

**4) PAGAMENTO EM CONTA BANCÁRIA E PRAZO DO VENCIMENTO DA FATURA EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO N.º 477/2007 DA ANATEL.**

Quanto aos critérios de pagamento, o item 13.1 do Edital (bem como item 6.1 da Minuta de Termo de Contrato) prevê o pagamento mediante depósito Bancário.

Ademais, o item 13.2 do edital (bem como item 6.2 da Minuta de Termo de Contrato) prevê como prazo máximo para a efetivação do pagamento, 5 (cinco) dias úteis após o recebimento definitivo dos serviços pelo gestor do respectivo contrato.

Todavia, o pagamento da conta telefônica não pode divergir da norma contida na Resolução n.º 477/2007 da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) - que aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal.

Frisa-se que a **licitação para serviços de telecomunicações, dentre os quais os de telefonia celular e acesso à internet, possuem regência pela ANATEL, cuja normatização vincula o modo e os critérios da prestação do serviço**, estando as operadoras adstritas a tal regramento.

Neste contexto, os artigos 44 e seguintes da Resolução mencionada discriminam os critérios para emissão das faturas de cobrança:

***“RESOLUÇÃO N.º 477/07 - Regulamento para a Prestação do SMP***

*Art. 44. A entrega do documento de cobrança ao Usuário, constituído de demonstrativos e faturas dos serviços prestados, deve ocorrer pelo menos 5 (cinco) dias antes do seu vencimento.*

*§1º Os documentos de cobrança devem ser apresentados de maneira clara, explicativa e indevassável discriminando o tipo e a quantidade de cada serviço prestado ao Usuário.*

*§2º A prestadora pode lançar no documento de cobrança, desde que de forma clara e explícita, os valores devidos em função da exploração de serviços de valor adicionado, bem como de outras comodidades ou facilidades relacionadas com o serviço autorizado.*

§3º A inclusão, na cobrança, de qualquer valor devido que não decorra da prestação de serviços de telecomunicações, depende de prévia autorização do Usuário.

§4º A qualquer tempo, o Usuário poderá requerer, sem ônus, outro documento de cobrança, que contenha exclusivamente valores correspondentes à prestação do SMP.

§5º A prestadora deve oferecer ao Usuário no mínimo seis possíveis datas para efetuar seus pagamentos mensais.

§6º Havendo concordância do Usuário, os demonstrativos e faturas do serviço de duas ou mais Estações Móveis podem ser apresentados em um único documento de cobrança, agrupando seus Códigos de Acesso.

Art. 45. A Prestadora deve apresentar ao Usuário a cobrança dos valores relativos aos serviços prestados no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da efetiva prestação do serviço.

§1º A cobrança de serviço prestado em prazo superior ao estabelecido no caput deve ocorrer em fatura separada, salvo manifestação em contrário por parte do Usuário, sem acréscimo de encargos, e a forma de pagamento ser objeto de negociação prévia entre a prestadora e o Usuário.

§2º Na negociação a que se refere o §1º, a prestadora deve ofertar a possibilidade de parcelamento dos valores pelo número de meses correspondentes ao período de atraso na apresentação da cobrança.

§3º O prazo para cobrança de chamada de outro serviço de telecomunicações em fatura do SMP segue a norma do respectivo serviço.

§4º Para Usuários com Planos de Serviço de franquias em minutos, a cobrança referida no caput deverá considerar os minutos não utilizados da franquia no período em que a chamada foi realizada.

Art. 46. É admitido o faturamento conjunto dos serviços de telecomunicações executados por outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo utilizados por Usuário do SMP.

§1º As prestadoras de SMP que pactuarem acordos para faturamento conjunto são obrigadas a estender as condições da avença de forma equivalente às demais interessadas.

§2º O disposto no parágrafo anterior se aplica ao faturamento conjunto de serviços de telecomunicações distintos prestados por uma mesma prestadora.

Art. 47. A Prestadora de SMP deve permitir o pagamento parcial do débito, mediante contestação.

Art. 48. O documento de cobrança deve permitir ao Usuário o pagamento da fatura em qualquer dos locais indicados pela prestadora, que devem estar convenientemente distribuídos na localidade.

Art. 49. As chamadas de SMP a cobrar podem ser faturadas em documento de cobrança de terceiro, desde que o mesmo autorize.

Art. 50. O Usuário do SMP deverá receber aviso do não pagamento de débito, objeto de documento de cobrança de prestação de serviço, de periodicidade regular.

Parágrafo único. Todos os avisos de cobrança devem alertar para a existência de débito vencido e os prazos para suspensão parcial, suspensão total e cancelamento do serviço.

Art. 51. Havendo situação de inadimplência, a prestadora pode tomar as seguintes providências:

I - transcorridos 15 (quinze) dias do vencimento da conta de serviços: suspender parcialmente o provimento do serviço, com bloqueio das chamadas originadas e das chamadas terminadas que importem em débito para o Usuário;

II - transcorridos 30 (trinta) dias desde a suspensão parcial: suspender totalmente o provimento do serviço, inabilitando-o a originar e receber chamadas;

III - transcorridos 45 (quarenta e cinco) dias da suspensão total do provimento do serviço: desativar definitivamente a Estação Móvel do Usuário e rescindir o Contrato de Prestação do SMP.

§1º As providências previstas nos incisos I, II e III devem ser precedidas de aviso ao Usuário, comunicando-o:

I - do direito de receber o relatório detalhado de serviços;

II - da possibilidade, forma e prazo para contestação do débito;

III - da sanção a que está sujeito na ausência de contestação.

§2º Quando da suspensão total do provimento do serviço é vedada a cobrança de assinatura ou qualquer outro valor referente à prestação de serviço.

§3º É vedada a inclusão de registro de débito do Usuário em sistemas de proteção ao crédito antes da rescisão do Contrato de Prestação do SMP prevista no inciso III deste artigo, podendo a Prestadora, após rescindido o

*contrato de prestação de serviço, por inadimplência, incluir o registro de débito em sistemas de proteção ao crédito, desde que notifique ao Usuário por escrito com antecedência de 15 (quinze) dias.*

*§4º No caso de cobrança conjunta, as sanções somente podem atingir o provimento dos serviços na modalidade e prestadora em que for constatada a inadimplência do Usuário, dando-se continuidade normal à prestação das demais modalidades e prestações de serviço.*

*§5º O previsto no parágrafo anterior não se aplica quando o Usuário estiver inadimplente perante a sua Prestadora de SMP.*

*§6º É direito do Usuário, durante o período de suspensão parcial do serviço, originar chamadas que não importem em débitos para o Usuário, incluindo-se chamadas originadas a cobrar, e aquelas destinadas aos serviços públicos de emergência previstos no art. 19.*

Conforme se verifica, as faturas são documentos padronizados, emitidas em modelos que respeitam a regência estabelecida pela ANATEL, com expressa indicação de que o **pagamento realizar-se-á com utilização da FATURA emitida pela operadora**, dentro dos prazos e normas que a própria normatização estabelece.

**Ademais, a data de pagamento da nota fiscal é sempre fixa, não podendo ser condicionada e variar de acordo com a data de entrega da fatura, devendo mensalmente ter vencimento pré-determinado.**

Neste contexto, deve ser retirada a previsão contratual de pagamento mediante depósito bancário em 5 (cinco) dias úteis após o recebimento definitivo dos serviços pelo gestor do respectivo contrato, como forma de adaptar ao critério de pagamento com base na fatura emitida pela operadora, em sintonia com a normatização da ANATEL.

A impossibilidade de cumprimento desta obrigação contratual geraria a não-participação das operadoras no certame, em função dos ônus contratuais decorrentes da inadimplência (que seria iminente) quanto a tal exigência específica na nota fiscal/fatura.



#### 5) PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO.

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 03 (três) dias, conforme previsão do item 14.3 do edital, sob pena de decair do direito à contratação.

Todavia, **tal prazo é exageradamente exíguo para que o contrato possa ser assinado por qualquer operadora.** A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que o trâmite interno de uma grande empresa – com o é também em relação ao Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina – depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos de assinatura dos responsáveis legais, até mesmo a presença física dos mesmos na empresa.

Assim, o prejuízo para a Administração Pública em se manter este curto prazo de assinatura do contrato é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

Sob outro prisma, o aumento deste prazo de assinatura não acarretará qualquer ônus à Administração Pública, **sugerindo-se o prazo de 10 (dez) dias**, suficiente para que a contratação possa ser efetivada em prazo adequado à necessidade administrativa e permitindo que haja um tempo razoável para a assinatura do termo de contrato respectivo.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura do ajuste induz a aplicação das penalidades contratuais, inclusive bastante drásticas, conforme acima exposto, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

#### IV - REQUERIMENTOS.

Em síntese, requer sejam analisados os pontos detalhados nesta impugnação, com a **correção necessária** do ato convocatório para que se afaste qualquer antijuridicidade que macule todo o procedimento que se iniciará.

Tendo em vista que a sessão pública eletrônica está designada para 13/08/2010, requer, ainda, seja conferido **efeito suspensivo** a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo o ritual do artigo 4.º da lei 10520/2002 ser considerado inválido, considerados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação.

Requer, caso não corrigido o edital nos pontos ora invocados, seja mantida a irrisignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

Florianópolis/SC, 10 de agosto de 2010.



VIVO S/A  
CNPJ 02.449.992/0003-26