

**À TELEMAR NORTE LESTE S/A – OI**

Prezados Senhores,

Ref.: Audiência Pública relativa ao Pregão Eletrônico 2014/05462 (7421) - Contratação de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, por meio de códigos não geográficos e de Número Único Nacional, contemplando demais serviços de valor adicionado/agregado, desde que façam parte do portfólio do LICITANTE, para todo o Conglomerado BANCO DO BRASIL.

Apresentamos as nossas respostas aos comentários e/ou questionamentos ao edital supra:

**1. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO – DINOP**

"O item 7.2, "g" do Edital prevê o seguinte

*sociedades anônimas (capital aberto ou fechado) que tenham em seu quadro acionário funcionário do Banco do Brasil S.A., ainda que em gozo de licença não remunerada, ou membro da Administração desta Instituição, mesmo subcontratado, como acionista detentor de até 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto e que atue em área do Banco;"*

**1.1) Nossos comentários:**

"Tal exigência mostra-se excessiva, na medida em que não possui finalidade correlata à execução do objeto. Além disso, as empresas de capital aberto que possuem um volume muito expressivo de acionistas detentores de percentuais do capital votante inferiores a 5%, encontrarão grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão específicas, como o vínculo empregatício de seu quadro acionário, a qual inclusive, não é informada quando da aquisição das ações pelo público em geral. Nesse contexto, é relevante destacar que o instrumento convocatório deve se abster de incluir cláusulas e exigências desnecessárias à finalidade da contratação, bem como aquelas que frustrem o caráter competitivo do certame."

"A exigência imposta pelo Edital é medida extremamente restritiva à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação de todos os serviços licitados. Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item 7.2, "g" do Edital."

**Resposta: Mantido o disposto no edital.**

**Após o encerramento da etapa de lances, o Banco solicitará à empresa arrematante que encaminhe a relação com seus acionistas controladores para que, de posse das informações, verifique se dentre os indicados há funcionários do Banco.**

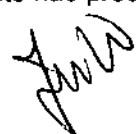
**2. CREDENCIAMENTO NO APLICATIVO LICITAÇÕES I**

*8.3. As pessoas jurídicas ou firmas individuais deverão credenciar representantes, mediante a apresentação de procuração por instrumento público ou particular, nos moldes do Anexo 3, com firma reconhecida, atribuindo poderes para formular lances de preços e praticar todos os demais atos e operações no licitações-e.*

**"2.1) Nossos comentários:**

Considerando que a procuração por instrumento público é aquela lavrada por tabelião público em seu livro de notas, por escritura pública, da qual se fornece certidão, verifica-se que o notário lavra o ato e certifica com fé pública de que tudo aquilo que está escrito reflete exatamente a vontade das partes. Assim, o reconhecimento de firmas não se faz necessário.

Nesse sentido, a Oi entende que o Edital deverá ser adequado para que a procuração por instrumento público apresentada pelo representante da empresa por ocasião do credenciamento não precise ter firma reconhecida, mas apenas nos casos de procuração por instrumento particular."



**Resposta: Mantido o disposto no edital.**

**A exigência refere-se apenas à procuração por instrumento particular.**

### **3. CREDENCIAMENTO NO APLICATIVO LICITAÇÕES II**

*8.6 Na hipótese de ocorrer reorganização societária do PROPONENTE, por motivo de incorporação, fusão, cisão, aquisição ou associação, no transcorrer do prazo de validade do credenciamento, o BANCO deverá ser comunicado imediatamente, para que o PREGOEIRO possa distinguir com precisão a empresa que está participando do certame.*

*8.6.1 Neste caso, a empresa resultante da incorporação, fusão, cisão, aquisição ou associação deverá providenciar a regularização da chave de identificação e senha para continuidade da participação no certame, junto à Agência do Banco do Brasil onde foi efetuado o credenciamento original.*

#### **“3.1) Nossos comentários:**

“Nos parece ter o Banco exorbitado sua competência considerando o disposto no referido item, pois é razoável que a Contratada lhe de ciência, em prazo razoável, no caso de eventual operação societária desde que não afete a boa execução do contrato.”

**Resposta: Mantido o disposto no edital.**

**A Lei 8.666/93, em seu artigo 78, inc. VI que constituem motivo para rescisão do contrato, a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato.**

**Cabe, então, à Administração avaliar se o evento reorganização societária pode importar em vícios que poderiam violar as regras disciplinadoras da licitação ou prejudicar a execução do futuro contrato ou. A exigência da informação imediata de que se trata objetiva garantir que a contratação da empresa em que houve a reestruturação da pessoa jurídica atende ao contido no instrumento convocatório, não ofende os princípios licitatórios, evitando-se, desse modo, frustrar a finalidade buscada pelo certame.**

**Assim, é imperioso que, tão logo caracterizada a reorganização societária, seja o Banco tempestivamente informado do fato para que seja procedida à análise dos requisitos licitatórios em face da reestruturação da pessoa jurídica participante da licitação.**

### **4. ABERTURA**

*8.35 No caso de ocorrer atraso na entrega da Carta-Proposta, sem as justificativas aceitas pelo PREGOEIRO, ou na hipótese de apresentação desta em desacordo com as especificações previstas neste Edital, poderá ser aplicada ao PROPONENTE a penalidade de suspensão temporária pelo prazo de 6 (seis) meses.*

#### **“4.1) Nossos comentários:**

De acordo com a Lei 8.666 em seu artigo 87, as hipóteses de desconformidade que poderiam ensejar a penalidade de suspensão são as seguintes: inexecução total ou parcial do contrato.

“Considerando que a hipótese trazida no item não encontra respaldo no dispositivo mencionado, a Oi entende que o mesmo deve ser excluído do edital, sob pena de contrariar o princípio da legalidade.”

**Resposta: Mantido o disposto no edital.**

**A sanção prevista no item 8.35 está de acordo com os artigos 7º e 9º da Lei Federal 10.520/02 (Lei do Pregão), que prevê a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a 2 (dois) anos.**



## 5. GARANTIA

13.1: A Contratada se obriga a manter, durante toda a vigência do contrato, garantia no valor equivalente a 5% (cinco por cento) do preço total contratado, devendo apresentar ao CONTRATANTE, conforme previsão contratual (Anexo 07), o comprovante de uma das modalidades a seguir:

**CLÁUSULA SEXTA** – A CONTRATADA entregará ao CONTRATANTE comprovante de garantia, no valor correspondente a 5% (cinco por cento) do valor deste contrato, como forma de garantir a perfeita execução de seu objeto, em uma das seguintes modalidades;”

### “5.1) Nossos comentários:

Considerando que o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato, e que a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a exigência de apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não se mostra razoável, e, por isso, a Oi entende pela necessidade de sua adequação.”

**Resposta:** Mantido o disposto no edital.

A exigência de garantia contratual e o percentual estabelecido têm amparo justamente no artigo 56 da Lei 8.666/93. O objetivo é assegurar a plena execução do contrato e a evitar prejuízos ao Banco, em face da monta e complexidade do objeto.

## 6. DOCUMENTOS COMPLEMENTARES (ANEXO II DO EDITAL)

3.3 prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei 12.440/2011.

### “6.1) Nossos comentários:

Considerando a previsão insculpida no artigo 642, §2º da CLT que permite a apresentação de certidão positiva com efeito de negativa para os débitos trabalhistas, a Oi entende ser devida a alteração do Edital para que conste previsão nesse sentido.”

**Resposta:** Mantido o disposto no edital.

A legislação citada pela própria já declara que a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa é equivalente e substitui a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e é aceita para fins licitatórios por este Centro. Não há razão para alteração do Edital.

## 7. VIGÊNCIA E RESCISÃO

### CLÁUSULA SEGUNDA

*Parágrafo quarto – A rescisão também poderá ocorrer, quando a CONTRATADA:*

- a) não apresentar comprovante de garantia na forma da Cláusula Sétima para o cumprimento das obrigações contratuais;*
- b) motivar a suspensão dos serviços por parte de autoridades competentes. Neste caso, a CONTRATADA responderá por eventual aumento de custos daí decorrentes e por perdas e danos que o CONTRATANTE, como consequência, venha a sofrer;*
- c) deixar de comprovar sua regularidade fiscal e trabalhista, inclusive contribuições previdenciárias e depósitos do FGTS, para com seus empregados;*
- d) for responsável por operações em curso anormal junto a qualquer agência do CONTRATANTE, desde que o endividamento venha a comprometer a execução do Contrato;*
- e) vier a ser declarada inidônea por qualquer órgão da Administração Pública;*
- f) vier a ser atingida por protesto de título, execução fiscal ou outros fatos que comprometam a sua capacidade econômico-financeira; e*
- g) utilizar em benefício próprio ou de terceiros informações sigilosas às quais tenha acesso por força de suas atribuições contratuais.*



#### **“7.1) Nossos comentários:**

Considerando que as hipóteses de rescisão acima descritas extrapolam as dispostas no Art. 78 da Lei 8.666/93, a Oi entende que em atenção ao princípio da legalidade, as mesmas devem ser retiradas do Edital.”

**Resposta: Mantido o disposto no edital.**

**Trata-se de direito reservado ao CONTRATANTE, e não uma obrigação. Encontra amparo nos incisos do artigo 78 da Lei 8.666/93.**

#### **8. DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO SOBRE REAJUSTE**

“O reajuste consiste em uma alteração de preços para compensar os efeitos das variações inflacionárias. Representa uma cautela prévia para impedir o rompimento do referido equilíbrio, materializado na aplicação periódica e automática de um índice de atualização dos preços inicialmente contratados, nos termos do inciso III do artigo 55 da Lei de 8.666 de 21/6/93, senão vejamos:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;” (grifos nossos)

A ausência de previsão de reajuste exclui o direito do contratante à recomposição de preços, o qual, com a Constituição de 1988, ganhou status constitucional. Tal aspecto merece, pois, ser revisto, a fim de que sejam apontados os critérios de reajuste dos preços contratados, em cumprimento ao disposto, acima bem como o inciso XI do art. 40 da Lei 8.666/93, sob pena de violação ao princípio da preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos com a Administração Pública.

**Diante da obrigação legal acima, considerado a previsão de 60 meses de vigência do contrato, torna-se imperiosa a necessidade de inclusão de cláusula de repactuação E reajuste onde a** ‘A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste, o IGP-DI (Índice Geral de Preços - Fundação Getúlio Vargas) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações.”

**Resposta: Mantido o disposto no edital.**

Apesar das previsões contidas no art. 40, inciso XI da Lei 8.666/93, e no art. 2º da Lei 10.192/01 no sentido de que é admitida a estipulação de índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos para fins de reajuste de preços em contratos com vigências superiores a 12 meses, não há a obrigatoriedade dessa prática. Para atender a necessidade de realinhamento dos preços a cada período anual, o Banco do Brasil adota o instituto da repactuação de preços, conforme disciplinado na cláusula quarta da minuta de contrato, Anexo 7 ao Edital da presente licitação.

#### **9. DA NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE CRITÉRIOS DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA NO CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO - DINOP**

“O presente instrumento convocatório não trouxe qualquer previsão acerca de eventual correção dos valores devidos no caso de eventual atraso de pagamento das faturas relativas aos serviços que usufruídos pela Contratante.

No entanto, não se pode desconsiderar que as sanções por inadimplemento do usuário devem ser aplicadas, e são as constantes dos contratos firmados entre este e a prestadoras de serviços de telecomunicações, com base na legislação aplicável, em especial, a Lei Geral de Telecomunicações e na regulamentação da ANATEL, da qual a Operadora contratada não pode se afastar sob pena de punição!

Aliás, as Operadoras de telecomunicações são obrigadas a conceder tratamento isonômico a todos os seus usuários. É de se imaginar o que causaria no setor se todos os usuários, a partir deste direito, se eximissem de arcar com multas e juros de mora em caso de inadimplência.



Sendo assim, é necessário destacar que a Lei 8.666/93, em seu artigo 55, determina que estejam previstas na minuta contratual as penalidades e critérios de atualização financeira aplicáveis, conforme destacado a seguir, a saber:

*'Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:*

*...  
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;" (q.n.)*

Sendo assim, deve ser acrescentado item que preveja a punição à que se sujeitará a Administração, caso inadimplente, mediante pagamento de: a) multa moratória de 2%; b) juros moratórios de 1% ao mês, calculados pro-rata-die; e c) correção monetária, calculada pro-rata-die, com base na variação do IGP-DI (FGV)."

**Resposta:** Quanto à ausência de previsão de atualização monetária dos valores a serem pagos, em caso de atraso nos pagamentos, o artigo 2º, § 1º da Lei 10.192/2001, bem como no art. 28, § 1º da Lei 9.069/95 que impedem a previsão de atualização financeira em virtude da sistemática consagrada no Plano Real. De mais a mais, o Banco do Brasil recebeu ofício do Tribunal de Contas da União (Of. 412/94) determinando que não fosse incluída em seus editais a estipulação de atualização monetária, ainda que para a hipótese de atraso de pagamento.

Além disso, o Acórdão nº 4724/2008 – TCU – 2ª Câmara deliberou no sentido de que o Banco não "inclua em seus futuros editais de licitação e contratos a previsão de atualização financeira por eventual atraso nos pagamentos".

Desse modo, em consonância com o previsto com na legislação supracitada, bem como com base nas decisões do TCU, não cabe ao Banco fazer constar, nas minutas de contrato das licitações conduzidas por esta Instituição, cláusula prevendo atualização financeira de valores devidos em caso de eventuais atrasos de pagamento.

## **10. CLÁUSULAS GERAIS**

**A) CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA** – Será de responsabilidade da CONTRATADA o ônus resultante de quaisquer ações, demandas, custos e despesas decorrentes de danos diretos, ocorridos por culpa de qualquer de seus empregados e/ou prepostos, obrigando-se por quaisquer responsabilidades decorrentes de ações judiciais que lhe venham a ser atribuídas por força da lei, desde que sua culpa seja comprovada legalmente, relacionadas com o cumprimento do presente contrato, na extensão dos termos da Cláusula Vigésima Segunda.

"Oportuno esclarecer que, quanto à responsabilidade da Contratada pelos danos causados à Administração, o art. 70 da Lei n.º. 8.666/1993 é claro ao determinar que tais responsabilidades estejam adstritas aos danos diretos:

*'Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.'*

Apenas para que não parem dúvidas, a Oi solicita seja adequado o referido item do Edital aos termos do artigo 70 da Lei n.º. 8.666/1993 (acima transcritos)."

**Resposta:** Mantido o disposto no edital

A redação da cláusula está adequada ao contido no art. 70, não merecendo reparo. Conforme previsto na própria cláusula, a apuração da responsabilidade ocorrerá observadas as normas legais.

**B) CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA** – Qualquer reclamação sobre a inexecução ou deficiente execução dos serviços ora contratados, deverá ser feita pelo CONTRATANTE à CONTRATADA, por escrito, e a esta entregue mediante protocolo. O não atendimento aos termos da reclamação a que alude esta cláusula, dentro de 5 (cinco) dias úteis a contar da data da entrega da reclamação, sem que a CONTRATADA tenha se manifestado a respeito, facultará a rescisão contratual, sem prejuízo do disposto na Cláusula anterior e da aplicação das penalidades estabelecidas neste contrato.

"O item acima traz uma hipótese de rescisão contratual que não encontra respaldo no art. 78 da Lei 8.666/93. Por essa razão, a Oi entende que ele deve ser excluído.



**Resposta: Mantido o disposto no edital**

O contido nessa cláusula diz respeito ao não atendimento pela contratada de reclamação do contratante sobre a inexecução ou deficiente execução dos serviços contratados, sendo, portanto, condutas passíveis de rescisão contratual, conforme dispõe o art. 78 da Lei de licitações. A cláusula será mantida.

**C) CLÁUSULA DÉCIMA SETIMA** – Na hipótese de fusão, cisão, incorporação ou associação da CONTRATADA com outrem, o CONTRATANTE reserva-se o direito de rescindir o contrato.

“O item acima determina também ser causa de rescisão contratual a associação, fusão, cisão ou incorporação da Contratada.

Ocorre que, somente em caso de comprovado prejuízo à execução dos serviços, haveria motivo para a rescisão contratual, razão pela qual, a Oi entende que o item acima deverá ser excluído.”

**Resposta: Mantido o disposto no edital**

O Art. 78 da Lei 8.666/93 prevê:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;”

Ou seja, o próprio legislador cuidou de tratar da circunstância relativa à reorganização societária, pois, a Administração Pública não pode ser compelida a manter vínculo com os sucessores do contratante particular - pessoas jurídicas diversas a quem não selecionou e com quem nada contratou. Afinal, o contrato, mesmo o administrativo, é lei entre as partes e suas disposições são de atendimento obrigatório. “A contratada tem por obrigação zelar pela manutenção do ajuste, preservando as condições que secundaram a habilitação e qualificação, que a elegeram como capaz de melhor atender à execução do contrato e às necessidades da Administração Pública” (cf. GASPARINE, Diogenes. Direito Administrativo, 6. ed. rev., atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 2001).

Assim, a interpretação do art.78 deve ser norteadada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. A transferência da obrigação contratual a terceiros, em quaisquer hipóteses, deve ser vista com cautela. Na prática, a Administração passa a contratar com pessoa que não se submeteu ao procedimento de licitação pública, com todos os seus desdobramentos consequentes.

Certamente, as empresas, na gestão de sua vida empresarial, detêm toda autonomia e liberdade para realizar as operações que julgarem oportunas. Contudo, a Administração Pública não há que se sujeitar, ou mesmo se conformar, a tal liberdade negocial. Isso porque as instituições públicas estão adstritas ao âmbito da legalidade estrita, na qual a atividade do administrador se encontra subsumida à lei

Por meio da licitação, examina-se a capacidade e a idoneidade do ente contratado, cabendo-lhe executar o objeto do contrato. Assim, pode acontecer que, em decorrência de um processo de incorporação empresarial, a nova empresa não atenda as condições exigidas na licitação e, nesse caso, deverá a Administração rescindir o contrato, daí a previsibilidade dessa possibilidade na cláusula de que se trata.

**D) CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA** - O CONTRATANTE poderá aplicar à CONTRATADA multa por inexecução total ou parcial do contrato correspondente a até 20% (vinte por cento) do valor da nota fiscal/fatura de serviços apresentada no mês anterior para os serviços descritos na CLÁUSULA PRIMEIRA.

*Parágrafo Primeiro* - Em caso de reincidência, o valor da multa estipulada no “caput” desta cláusula será elevado em 1% (um por cento) a cada reincidência, até o limite de 30% (trinta por cento) do valor da nota fiscal/fatura de serviços apresentada no mês anterior.

“Os itens acima determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de 'multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato'. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:

'Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau 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 correspondente**' (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o quantum a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir 'adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público'.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou."

**Resposta: Mantido o disposto no edital**

As penalidades têm o caráter de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, além da compensação por perdas e danos diretos. Por outro lado, o contratado que não descumprir o contrato não sofrerá as penalidades aplicáveis à hipótese. Como a Lei de Licitações não estabelece um limite para a fixação da multa, o Banco adota um critério de razoabilidade de acordo com o objeto do contrato, de modo que os valores fixados tenham a função de desestimular a inadimplência do contratado.

Destaque-se que os percentuais fixados no contrato não configuram cobrança abusiva. Segundo a fundamentação contida no art. 412 do Código Civil Brasileiro, o valor da cominação imposta pode ser determinada até o valor da obrigação legal (contratual), esse entendimento é firmado pela doutrina e jurisprudência.

Assim, a multa prevista no edital não enseja prejuízo à empresa vencedora do certame, nem tão pouco fere o princípio da razoabilidade, vez que, partindo do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da própria responsabilidade civil atribuída à contratada pela má execução do objeto, a multa possui intuito de proteger a Administração de possíveis inadimplências, destinando-se não apenas a compensar as perdas e danos, mas tendo caráter inibitório, visando desestimular a conduta lesiva à Administração.

Contudo, as multas ao serem aplicadas não serão de modo aleatório, sendo necessário, para tanto, a realização do aludido processo administrativo, no qual reste oportunizada a possibilidade de o particular exercer os direitos de ampla defesa e contraditório prévios, conforme preceitua o art. 78, parágrafo único da Lei 8666/93. Assim, vislumbramos todos os direitos do particular garantidos em detrimento das sanções previstas no edital bem como no contrato.

#### **11. TERMO DE COMPROMISSO COM O SIGILO DA INFORMAÇÃO**

"O Termo de Compromisso com o Sigilo da Informação impõe aos prepostos da contratada a obrigação de sigilo referente a toda e qualquer informação obtida durante a execução do contrato, mencionado que 'este compromisso permanece mesmo após a extinção do contrato de trabalho com a empresa prestadora de serviços'".

Todavia, em que pese a necessidade de se manter o sigilo sobre as informações que porventura os prepostos da operadora tenham acesso, entende-se que a imputação de obrigação sem termo pré-definido não pode subsistir.



Neste diapasão, mister destacar que nem mesmo os agentes públicos são submetidos a obrigação de sigilo sem termo pré-definido, conforme se verifica pela leitura dos dispositivos da Lei nº. 12.813/2013:

"Art. 3º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - conflito de interesses: a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública; e

II - informação privilegiada: a que diz respeito a assuntos sigilosos ou aquela relevante ao processo de decisão no âmbito do Poder Executivo federal que tenha repercussão econômica ou financeira e que não seja de amplo conhecimento público  
(...)

Art. 6º - Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas; e

II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:

a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;

b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;

c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou

d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego."

Da análise do dispositivo legal acima transcrito, verifica-se que o denominado período de quarentena aplicável aos agentes públicos que tiverem exercido 'cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro' são submetidos ao dever de sigilo formal de apenas 6 (seis) meses.

Assim, não se pode imputar aos particulares a obrigação de sigilo maior do que a imposta aos agentes públicos, razão pela qual se requer a adequação do Termo de Compromisso com o Sigilo da Informação para que estabeleça período de vigência compatível com a necessidade de sigilo, definindo de forma precisa quais informações são consideradas sigilosas."

Resposta: Mantido o disposto no edital.

O teor do referido termo objetiva a proteção da informação corporativa, de forma a aumentarmos o nível de garantia dos assuntos e informações confidenciais que, independente do canal, cheguem ao conhecimento dos terceirizados. Assim, cabe ao terceirizado (empregado da contratada) comprometer-se em manter sigilo sobre as informações a que tenha acesso ou conhecimento no âmbito do Banco do Brasil em razão da realização de suas atividades profissionais.

O próprio termo já define quais são as informações consideradas sigilosas: dados, processos, informações, documentos e materiais - seja qual for o meio através do qual seja apresentada ou compartilhada: escrita em papel ou nos sistemas eletrônicos, falada em conversas formais e informais, disseminada nos meios de comunicação internos como reuniões, etc.

Registre-se que a obrigação da contratada refere-se a solicitar dos seus empregados a assinatura do mencionado termo, sendo este o responsável cumprir o sigilo mesmo após a extinção do contrato de trabalho com a empresa prestadora de serviços.





## 12. PAGAMENTO

### A) PAGAMENTO

*CLÁUSULA QUINTA – O pagamento pelos serviços prestados será creditado em conta corrente mantida ou a ser aberta no BANCO DO BRASIL, em nome da CONTRATADA, mensalmente, no 10º (décimo) dia útil a contar da entrega do arquivo de detalhamento dos serviços no padrão FEBRABAN, e da respectiva nota fiscal/fatura de prestação de serviços, o que ocorrer por último.*

Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o sistema do SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional.

Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, **requer a alteração do item acima a fim de permitir também que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.**

Resposta: Quanto ao questionamento da empresa do método utilizado pelo BB para realizar o pagamento pelos serviços prestados, esclarecemos: 1º) o BB não é integrante do SIAFI, o que inviabiliza tal procedimento para que sejam quitadas as faturas; 2º) o pagamento de faturas por meio de leitura de código de barras ocasionaria um desmedido acréscimo de despesa operacional e de dispêndio de tempo para sua liquidação, o que viola o princípio constitucional da eficiência; e 3º) desconhecemos qualquer norma que impeça a utilização do método contido na cláusula impugnada para que os serviços prestados sejam pagos.

**B) Parágrafo Quarto – Eventuais débitos vencidos, de responsabilidade da CONTRATADA junto a qualquer agência do CONTRATANTE, poderão ser compensados com recursos oriundos deste contrato, respeitadas as formalidades legais.**

“Como já mencionado acima se sabe na atividade administrativa permite-se a atuação do agente público, apenas se concedida ou deferida por norma legal. E mais, no acertado ensinamento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes ‘a vontade do administrador não pode colocar-se acima da vontade do povo, cristalizada na norma.’

É cediço que a habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a capacidade/idade do fornecedor para futura contratação. Assim, não cabe a Administração estipular exigências excessivas e indevidas para habilitação da licitante. Note que a própria Constituição Federal assim dispôs:

*‘Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.’*

Assim, cumprido a licitante todos os requisitos legais previstos nos artigos 27 ao 32 da Lei 8666/93 que tratam da habilitação, não há como o Banco invocar a exigência de novos requisitos sob o argumento da ‘proteção do Banco e do fornecedor na contratação’.



Ou seja, todo e qualquer licitante que tenha participado do procedimento licitatório e tenha cumprido os requisitos LEGAIS de habilitação, estarão aptos a contratar com a Administração Pública. Essa é a dinâmica definida para as contratações celebradas com o Poder Público. Assim, até que o Banco crie seu próprio regulamento (art. 173 da CF/88), estará limitado as previsões específicas da Lei 8666/93.

Outrossim, vale ainda observar que não foram mencionados fundamentos legais para justificar as exigências supracitadas, o que acaba por solidificar o entendimento de que se tratam de exigências excessivas. Note que a própria lei repudia claramente a inclusão de condições que possam restringir a participação das licitantes no certame.

'Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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;*

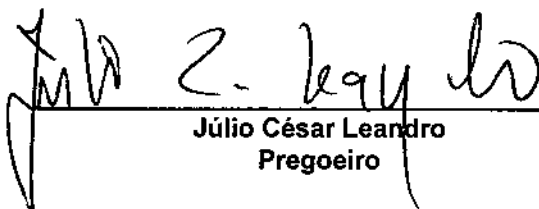
Com base nos sábios ensinamentos do mestre Marçal Justen Filho '*A Configuração de uma competência discricionária não significa validar escolhas puramente subjetivas nem exclui o dever de motivação.*'

**Alternativamente**, caso o Banco insista em seu entendimento, discordando da argumentação acima – o que se admite apenas pelo princípio da Eventualidade – a Oi destaca a necessidade de ajuste dos itens acima de forma que:

- parágrafo quarto do item 2 acima torne-se bilateral representando uma garantia material também a Contratada com a inclusão do seguinte item: '*Eventuais débitos vencidos, de responsabilidade da CONTRATANTE referente a qualquer contrato celebrado com a CONTRATADA poderão ser compensados com recursos oriundos deste Contrato, respeitadas as formalidades legais*'.

Mantido o disposto no edital.

Tal previsão não é requisito para habilitação no certame, tanto que ela está prevista na minuta contratual que é firmada após a habilitação do proponente.

  
Júlio César Leandro  
Pregoeiro