



## Acórdão 00756/2022-7 - Plenário

**Processo:** 01304/2022-6

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** SEJUS - Secretaria de Estado da Justiça

**Relator:** Domingos Augusto Taufner

**Representante:** SPACECOMM MONITORAMENTO S/A

**Responsável:** MARCELLO PAIVA DE MELLO, REGINA CELIA MENDONCA MAGALHAES

**Procurador:** PEDRO HENRIQUE COSTODIO RODRIGUES (OAB: 35228-DF, OAB: 387469-SP)

### **EMENTA LICITAÇÃO – DEMANDA INCERTA – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS –TAXA DE JUROS MORATÓRIOS CONVENCIONADA – POSSIBILIDADE - IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.**

1. A utilização do Sistema de Registro de Preços é adequada em situações em que a demanda é incerta, seja em relação a sua ocorrência, seja no que concerne à quantidade de bens a ser demandada.
2. O possível impacto de uma condição imposta pela administração deve ser mensurada nos custos dos serviços prestados, e considerando a informação de que a possibilidade de reembolso indiscriminado de dispositivos extraviados ou danificados para a contratada sem a existência de referida cláusula poderia ensejar em conduta antieconômica.
3. É possível convencionar a taxa de juros moratórios a ser aplicada nos contratos para os casos de

pagamentos com atraso por parte da Administração, observado o princípio da razoabilidade, porquanto a Lei 8.666/1993 não impõe o tipo de compensação financeira a ser aplicado nessas situações (art. 40, inciso XIV, alínea d, da lei).

## **O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:**

### **1. RELATÓRIO**

Tratam os presentes autos de Representação, com pedido cautelar, protocolizada pela empresa Spacecomm Monitoramento S/A, em face da Secretaria de Estado de Justiça (SEJUS), relatando supostas irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico nº 12/2022 (Processo SEJUS nº 2021-H6HR0), que tem por objeto o “Registro de Preços visando a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de Monitoramento Eletrônico de Custodiado, por meio de DISPOSITIVO eletrônico portátil”.

Argui a empresa representante que o certame possui vícios que merecem adequação e que inviabilizam seu prosseguimento, quais sejam:

1. Houve definição imprecisa dos quantitativos que efetivamente serão utilizados no futuro contrato originado do presente certame, uma vez que o edital estipulou o limite mínimo de contratação em apenas 100 unidades e o máximo em 3.500 unidades, o que se apresenta como intervalo tão considerável que as licitantes se veem em situação de total “adivinhação” na formatação de seus custos;
2. Os itens 10.8, 10.9 e 10.10 do Termo de Referência estabelecem condição abusiva, que favorece o desequilíbrio contratual e viola o princípio da eficiência, uma vez que isentam a Administração Pública de indenizar a empresa contratada pela substituição de dispositivos eletrônicos danificados ou extraviados;
3. O Edital não prevê itens que tratam do pagamento de encargos moratórios pelos atrasos nos pagamentos que a Administração venha a dar causa.

Ao final, requer adoção de providência legais cabíveis, bem como que seja concedida medida cautelar, para que seja suspenso o edital do Pregão Eletrônico nº.

12/2022, e no mérito, que seja julgada procedente a representação com expedição de determinação a SEJUS para que promova a adequação do edital quanto aos pontos acima citados.

A presente representação foi conhecida por meio da Decisão Monocrática 167/2022 (doc. 09), momento que foi determinada a notificação dos responsáveis para apresentarem justificativas e documentos que julgassem necessários.

Os responsáveis foram devidamente notificados, por meio dos Termos de Notificação, 329/2022-9<sup>1</sup>, 331/2022-6<sup>2</sup> (docs. 11 e 12) e apresentaram suas justificativas, por meio das Defesa/Justificativas 313/2022-8<sup>3</sup> e 310/2022-8<sup>4</sup> (docs. 17 e 18, respectivamente).

Ante as justificativas e documentos encaminhados pelo responsável, os autos foram remetidos para o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, que se manifestou por meio da Instrução Técnica Conclusiva - ITC 1164/2022-7 (doc. 21), opinando pelo indeferimento da medida cautelar em razão da ausência dos requisitos autorizadores, bem como pela improcedência da presente representação.

Seguindo os trâmites regimentais o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 2214/2022-3 (doc. 25) de lavra do procurador Luís Henrique Anastácio da Silva, manifestou-se ratificando o entendimento proposto pela equipe técnica na ITC 1164/2022-7.

É o sucinto relatório.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1. ADMISSIBILIDADE**

Precipuamente, cumpre destacar que o presente processo encontra respaldo no art. 101<sup>5</sup> da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar Estadual 621/2012) e estão

---

<sup>1</sup> Termo de Notificação de Marcello Paiva de Mello – Secretário Estadual de Justiça

<sup>2</sup> Termo de Notificação de Regina Célia Mendonça Magalhães - Pregoeira

<sup>3</sup> Justificativas de Marcello Paiva de Mello – Secretário Estadual de Justiça

<sup>4</sup> Justificativas de Regina Célia Mendonça - Pregoeira

<sup>5</sup> Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, visando a resguardar o interesse público, sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante

presentes as condições de admissibilidade, insertas no art. 177 c/c 186<sup>6</sup> do Regimento Interno desta Corte de Contas, estando, portanto, atendidos os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual ratifico a Decisão Monocrática nº 167/2022-9 (doc. 09) e conheço o presente Representação .

## 2.2. DA MEDIDA CAUTELAR

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece no inciso X, do art. 71 que o Tribunal de Contas tem o poder de sustar a execução de atos. Assim também estabelece o inciso XI da CE/89.

Nesse sentido, o Regimento Interno deste Tribunal de Contas determina no art. 376, que são requisitos autorizadores para a concessão de medida cautelar o fundado receio de grave ofensa ao interesse público e o risco de ineficácia da decisão de mérito, vejamos:

**Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares**, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

- I – **fundado receio de grave ofensa ao interesse público;**
- II – **risco de ineficácia da decisão de mérito.**

Parágrafo único. Em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator ou do Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII deste Regimento, devendo ser submetidas à ratificação do Tribunal na primeira sessão subsequente, sob pena de perda de eficácia da decisão. (grifo nosso)

Assim, no caso em tela deve-se verificar no Pregão Eletrônico nº. 12/2022 (Processo SEJUS nº. 2021-H6HR0) promovido pela Secretaria de Estado de Justiça - SEJUS,

---

<sup>6</sup> **Art. 177.** São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:  
I – ser redigida com clareza;  
II – conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;  
III - estar acompanhada de indício de prova;  
IV – se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;  
V – se pessoa jurídica, prova de sua existência, e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.  
§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.  
§ 2º Caberá ao Relator o juízo de admissibilidade da denúncia.  
§ 3º Na hipótese de não conhecimento, a decisão deverá ser submetida ao Plenário.  
[...]  
**Art. 186.** Aplicam-se às representações previstas nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

cujo objeto é o “Registro de Preços visando a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de Monitoramento Eletrônico de Custodiado, por meio de DISPOSITIVO eletrônico portátil”, se há indícios de irregularidades que configuram grave ofensa ao interesse público e, sendo o caso, se há risco de ineficácia da decisão de mérito.

**Do fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou *fumus boni iuris***

O fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou *fumus boni iuris* consiste na plausibilidade do direito alegado, ou seja, deve-se verificar se há indícios de grave ofensa ao interesse público, não havendo necessidade, neste momento, de se provar a existência da irregularidade.

Inicialmente, como dito alhures, o representante não fundamentou seu pedido expondo a presença do fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou *fumus boni iuris*, entretanto, passo a analisar os fundamentos trazidos pelo representante.

Pois bem.

Da análise perfunctória dos autos, verifico que a representante narra vícios no certame licitatório, quanto a definição imprecisa dos quantitativos que efetivamente serão utilizados no futuro contrato originado do presente certame, bem como, quanto aos 10.8, 10.9 e 10.10 do Termo de Referência, os quais, segundo o representante, estabelecem condição abusiva, que favorece o desequilíbrio contratual e viola o princípio da eficiência, uma vez que isentam a Administração Pública de indenizar a empresa contratada pela substituição de dispositivos eletrônicos danificados ou extraviados e por fim, argumenta que o Edital não prevê itens que tratam do pagamento de encargos moratórios pelos atrasos nos pagamentos que a Administração venha a dar causa.

Acerca dos pontos abordados pela empresa representante, os responsáveis, aduzem que “*as quantidades a serem contratadas serão estabelecidas em segundo momento, quando da assinatura do contrato e que independentemente do quantitativo a ser contratado, o faturamento e o posterior pagamento ocorrerão*

*considerando-se o quantitativo de dispositivos que estiverem ativos, conforme estabelecido no Edital. ”*

Quanto aos itens 10.8, 10.9 e 10.10 do Termo de Referência, os responsáveis aduzem que *“a referida cláusula visa a garantir a exequibilidade do contrato, sob o viés do princípio da eficiência e da escolha mais vantajosa para a Administração Pública. Isso porque, quando de contratação anterior, a ausência de cláusula semelhante, à época, tornou a contratação antieconômica para a Administração, face à possibilidade de reembolso indiscriminado de dispositivos danificados e extraviados, em favor da Contratada. Logo, não há o que se falar em condição abusiva ou desarrazoada. ”*

E, por fim, quanto a ausência de previsão no edital de itens que tratem do pagamento de encargos moratórios pelos atrasos nos pagamentos que a Administração venha a dar causa, aduzem os responsáveis que *“o Edital de Pregão Eletrônico nº 12/2022 “traz, em seu Anexo V, minuta de contrato contendo, nos itens 4.3 e 4.4, a previsão de multa financeira em caso de atrasos de pagamentos que venham a ser causados pela Administração”, contendo, inclusive, a “fórmula para cálculo de encargos moratórios”.*

Observa-se que embora o representante aponte pontos do edital que entende como irregulares não demonstra a existência do requisito fundado receio de grave ofensa ao interesse público, demonstrando apenas sua insatisfação quanto a edital publicado.

Assim, entendo que não se encontra presente o requisito fundado receio de grave ofensa ao interesse público, explícito no artigo 376, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

#### **2.2.1. Do risco de ineficácia da decisão de mérito ou *periculum in mora***

Acerca do risco de ineficácia da decisão de mérito, deve-se avaliar os possíveis efeitos da demora de agir, podendo, ao final, a decisão de mérito ser ineficaz.

E, como dito anteriormente, o representante não fundamentou seu pedido demonstrando a existência do risco de ineficácia da decisão de mérito ou *periculum in mora*, no entanto, analisarei se o requisito encontra-se presente.

No caso em tela, observa-se que o Pregão Presencial já aconteceu tendo sido declarada vencedora a empresa UE BRASIL TECNOLOGIA LTDA., com a proposta de R\$ 719.845,00 (setecentos e dezenove mil, oitocentos e quarenta e cinco reais), de acordo com a defesa dos gestores (fl. 11 da Defesa/Justificativa 313/2022 – doc. 17).

Ademais, o objeto do presente certame consiste no fornecimento de dispositivo eletrônico que será utilizado no monitoramento de pessoas custodiadas pela Justiça, ou seja, está relacionado à Segurança Pública da população.

Segurança Pública é serviço essencial à população e, a interrupção desses serviços poderia gerar grave dano a população de modo geral, visto que, poderá inclusive comprometer o cumprimento de decisões judiciais e, poderá ocasionar o chamado ***periculum in mora reverso***, quando o dano resultante da medida adotada é superior ao que se deseja evitar.

E, restando configurado o *periculum in mora reverso*, que abrange o dano irreparável à parte contrária, ou seja, quando o dano resultante da concessão da medida cautelar for superior ao que se deseja evitar, não se deve conceder a tutelar de urgência.

Logo, entendo que não há risco de ineficácia da decisão de mérito, disposto no artigo 376, inciso II, do RITCEES.

Assim, ante a ausência dos requisitos autorizadores da medida cautelar entendo que a mesma deve ser indeferida.

## **2.3 MÉRITO**

### **2.3.1 Imprecisão quantitativa do objeto do certame e da ausência de cronograma físico para o conhecimento da demanda.**

Aduz a representante, em síntese, que o Edital de Pregão Eletrônico nº 12/2022 trouxe uma definição imprecisa dos quantitativos que efetivamente serão utilizados no futuro contrato, originado deste certame, pois estabeleceu um grande lapso quantitativo na demanda estimada, ao fixar os limites mínimo e máximo de contratação, respectivamente, em 100 unidades e em 3.500 unidades de

dispositivos eletrônicos de monitoramento, o que geraria dificuldade para as empresas participantes formularem os preços a serem ofertados na proposta.

Os responsáveis, argumentam que *“as quantidades a serem contratadas serão estabelecidas em segundo momento, quando da assinatura do contrato e que independentemente do quantitativo a ser contratado, o faturamento e o posterior pagamento ocorrerão considerando-se o quantitativo de dispositivos que estiverem ativos, conforme estabelecido no Edital.”*

Sustentam, ainda, os responsáveis, que embora a SEJUS seja responsável por “providenciar a disponibilização do serviço de monitoramento eletrônico de custodiados”, a demanda deste serviço é estabelecida pelas “decisões proferidas pelo Poder Judiciário”, que determinem o uso do dispositivo eletrônico portátil. Logo, como a SEJUS não tem ingerência sobre as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, os gestores afirmam que não conseguem “estabelecer um quantitativo mínimo a ser utilizado no início da contratação, ainda que a título de previsão, nem mesmo é possível garantir a utilização do quantitativo total de dispositivos”.

O Corpo Técnico opina por afastar a irregularidade visto que não era necessário nem sequer ter estipulado o quantitativo mínimo a ser contratado no Edital, já que isto construía mera faculdade.

Pois bem.

Conforme sustenta a equipe técnica a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), é pacífica, ao dispor que o Sistema de Registro de Preços é destinado para situações em que a demanda é incerta, seja quanto à sua ocorrência, seja quanto à quantidade de bens ou serviços a ser demandada, vejamos:

Enunciado

A utilização do Sistema de Registro de Preços é adequada em situações em que a demanda é incerta, seja em relação a sua ocorrência, seja no que concerne à quantidade de bens a ser demandada. (Acórdão 2197/2015, Ministro BENJAMIN ZYMLER, Plenário, Data da sessão: 02/09/2015)

O TCU, em sua jurisprudência, entende ainda, como obrigatória somente a fixação de quantitativos máximos a serem contratados por meio da Ata de Registro de



Preços com objetivo de evitar excesso de adesão à ata por caronas que gere a burla ao procedimento licitatório, vejamos:

Enunciado

A fixação de quantitativos máximos a serem contratados por meio dos contratos derivados de ata de registro de preços é obrigação e não faculdade do gestor, devendo a ata correspondente ser gerenciada de forma que a soma dos quantitativos contratados em todos os contratos derivados não supere o quantitativo máximo previsto no edital. (Acórdão 409/2013, Ministro RAIMUNDO CARREIRO, Plenário, Data da sessão: 06/03/2013)

Enunciado

É obrigatória a fixação, em edital, dos quantitativos máximos a serem adquiridos por meio dos contratos decorrentes de ata de registro de preços. Compete à entidade que gerencia a ata impedir que a soma dos quantitativos dos contratos dela derivados supere o quantitativo máximo previsto no edital. (Acórdão 2311/2012, Ministro AROLDO CEDRAZ, Plenário, Data da sessão: 29/08/2012)

Logo, conforme entende o TCU e a equipe técnica deste Tribunal, observa-se que no caso *sub examine* não era necessário a SEJUS sequer ter estipulado o quantitativo mínimo a ser contratado no Edital de Pregão Eletrônico nº 12/2022, já que isto constituía mera faculdade. Como os gestores da SEJUS estipularam, no edital do certame, a quantidade máxima de dispositivos eletrônicos de monitoramento a ser utilizada por mês, entendemos que foi atendida a obrigatoriedade imposta pela jurisprudência, considerando-se a incerteza da demanda, de modo que não subsiste a alegada irregularidade apontada pela representante.

Assim, corroboro o entendimento técnico para afastar a presente irregularidade.

**2.3.2 Isenção de responsabilidade da SEJUS em ressarcir a contratada pelos dispositivos eletrônicos danificados ou extraviados – condição abusiva prevista nos itens 10.8, 10.9 e 10.10 do Termo de Referência.**

Segundo a representante, os itens 10.8, 10.9 e 10.10 do Termo de Referência, estabelecem condição abusiva, que favorece o desequilíbrio contratual e viola o princípio da eficiência, uma vez que isentam a Administração Pública de indenizar a empresa contratada pela substituição de dispositivos eletrônicos danificados ou extraviados até o percentual de 6% (seis por cento) ao mês, e, estipula que as

substituições de dispositivos que excederem ao referido percentual serão *“ressarcidas em 2,5 (duas vezes e meia) o valor da mensalidade unitária do equipamento”*.

Argumenta, ainda, a empresa representante, que *“a SEJUS/ES não apresentou qualquer estudo técnico”* para justificar o critério de 2,5 (duas vezes e meia) o valor da mensalidade unitária, adotado para ressarcir os dispositivos eletrônicos que fossem necessários ser substituídos acima do percentual de 6% (seis por cento). Alega ainda que o edital foi *“omisso ao definir os valores e a necessidade de ressarcimento do carregador móvel”*.

Já os responsáveis argumentam que, *“a referida cláusula visa a garantir a exequibilidade do contrato, sob o viés do princípio da eficiência e da escolha mais vantajosa para a Administração Pública. Isso porque, quando de contratação anterior, a ausência de cláusula semelhante, à época, tornou a contratação antieconômica para a Administração, face à possibilidade de reembolso indiscriminado de dispositivos danificados e extraviados, em favor da Contratada. Logo, não há o que se falar em condição abusiva ou desarrazoada.”*

O Corpo Técnico, opina pelo afastamento da irregularidade com base na decisão desta Corte de Contas proferida no processo TC 4673/2021, que trata do mesmo procedimento licitatório (embora com outra numeração, antes de os gestores efetuarem algumas modificações).

Pois bem.

Conforme exposto pela equipe técnica, este Tribunal de Contas já se manifestou sobre celeuma aqui debatida no julgamento do Processo TC 4673/2021, Representação em face da SEJUS, tendo firmado entendimento de que *“o possível impacto de uma condição imposta pela administração deve ser mensurada nos custos dos serviços prestados”* pela contratada, vejamos:

Acórdão 1335/2021-Plenário

#### “2.2.7. DAS CONDIÇÕES ABSURDAS DE EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

Quanto a este ponto o Representante inicialmente transcreveu as condições de execução do serviço, disposta no Anexo I – Termo de Referência.

Em seguido foi informado que as empresas UE Brasil Tecnologia Ltda, Georastreamento Inteligencia e Logística Ltda e Synergye Tecnologia da Informação, teriam entrado com impugnações por entenderem serem abusiva e desarrazoada a condição proposta no edital. Tal entendimento residiu no fato das empresas entenderem que em virtude do prazo de execução contratual e o volume de dispositivos eletrônicos previsto o percentual sem ressarcimento previsto pela administração (6%) implicaria em um grande volume de aparelhos que teriam o custo de reposição às custas da empresa contratada.

Nesses recursos foram solicitadas a exclusão do percentual, que sua aplicação se faça sobre o total efetivamente contratado no mês e ainda que o ressarcimento de valores também se aplique aos acessórios, como o caso do carregador trado no item anterior.

Alega o Representante que frente à resposta apresentada pela Administração seria imperioso se fazer a análise de tais condições e dos apontamentos anteriormente colacionados por esta Corte de Contas, objetivando apurar se de fato tal condição seria a mais vantajosa para a Administração.

O Peticionário alegou que no seu sentir, conforme amplamente defendido pelas empresas impugnantes, tal metodologia induziria as empresas a elevarem o custo do serviço, vez que, sem informações adequadas a respeito do volume de danificações e extravios e estando obrigada a suportar um limite tão significativo de reposição seriam obrigadas a incluir no preço do serviço o risco potencial de extravio e perda dos dispositivos nas quantidades máximas que estariam sujeitas a suportar.

Já os agentes da Sejus assentaram que quanto a representação considerar “condição absurda de execução dos serviços” a delimitação trazida no Edital na cláusula 10.8, no que tange à limitação mensal de 6% (seis por cento) do quantitativo contratado para que a contratada custeie as substituições das tornozeleiras danificadas ou mesmo extraviadas pelo usuário, sem ônus para a Secretaria, tal medida visaria garantir a exequibilidade do contrato, sob o viés do princípio da eficiência e da escolha mais vantajosa para a Administração Pública.

Foi afirmado que em vista das experiências já vivenciada em contratações anteriores, onde existia a possibilidade de reembolso indiscriminado de dispositivos danificados e extraviados para a Contratada frente a ausência de cláusula semelhante à época, a Sejus entende que tal forma de

pactuação seria antieconômica para a Administração. Logo, não haveria que se falar em condição abusiva ou desarrazoada.

**Pois bem.**

Corroborando o entendimento por mim exarado em sede de cautelar ao não dar razão a irregularidade, a área técnica entendeu pela não procedência da possível irregularidade abordada:

Do exposto depreende-se, conforme já aqui assentado, que as condições do edital devem ser observadas pelos licitantes a qualquer tempo, de forma que o possível impacto de qualquer condição posta no custo dos serviços prestados certamente deve refletir nas propostas apresentadas, sendo inclusive essa imposição mencionada na própria argumentação do Representante.

Desta feita, confirmando o entendimento do Sr. Conselheiro Relator que não apontou possível inconformidade quanto ao aqui tratado, entende-se pela não procedência a suposta irregularidade proposta pelo Representante.

Também neste item, em concordância com o opinamento técnico, de que o possível impacto de uma condição imposta pela administração deve ser mensurada nos custos dos serviços prestados, e considerando a informação de que a possibilidade de reembolso indiscriminado de dispositivos extraviados ou danificados para a contratada sem a existência de referida cláusula poderia ensejar em conduta antieconômica, voto por afastar a presente irregularidade diante de sua improcedência.”

Assim, tendo esta Corte já se manifestado no sentido de que o possível impacto de uma condição imposta pela administração deve ser mensurada nos custos dos serviços prestados, e considerando a informação de que a possibilidade de reembolso indiscriminado de dispositivos extraviados ou danificados para a contratada sem a existência de referida cláusula poderia ensejar em conduta antieconômica, acompanho o entendimento técnico e para afastar a presente irregularidade.

**2.3.3 Ausência de previsão no edital de incidência de encargos moratórios pelos atrasos nos pagamentos que a administração venha a dar causa.**

Argumenta, a representante, que o Edital não prevê itens que tratam do pagamento de encargos moratórios pelos atrasos nos pagamentos que a Administração venha a dar causa.

Alega que, esta situação afronta ao que determina o artigo 40, inciso XIV da Lei 8.666/93, que prevê a obrigatoriedade de o edital conter “as condições de pagamento, prevendo as ‘compensações financeiras e penalizações’ por eventuais atrasos no pagamento”.

De outro lado, aduzem os responsáveis que “o *Edital de Pregão Eletrônico nº 12/2022* “traz, em seu Anexo V, minuta de contrato contendo, nos itens 4.3 e 4.4, a previsão de multa financeira em caso de atrasos de pagamentos que venham a ser causados pela Administração”, contendo, inclusive, a “fórmula para cálculo de encargos moratórios”.

A equipe técnica, opina por afastar a irregularidade, por entender que o Edital do Pregão Eletrônico nº 12/2022, ao estabelecer a multa financeira como compensação por eventuais atrasos no pagamento, encontra-se consentâneo com a exigência prescrita no artigo 40, inciso XIV, “d”, da Lei 8.666/93.

Pois bem.

Segundo aponta o corpo técnico, embora o artigo 40, inciso XIV, “d”, da Lei 8.666/93, imponha a obrigação de inserir cláusula no edital contendo previsão sobre as “compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos”, tal dispositivo não estabelece, especificamente, qual a compensação financeira ou penalidade deve ser aplicada, deixando a cargo do gestor definir o tipo de encargo que mais se amolda ao objeto licitado e à necessidade da Administração Pública, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XIV – condições de pagamento, prevendo:

[...]

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

Desse modo, observa-se que dentro da discricionariedade reservada à Administração Pública, a SEJUS optou por estabelecer a multa financeira como compensação por eventual atraso no pagamento, conforme se extrai das Cláusulas 4.3 e 4.4 da minuta de contrato, que integra o Anexo V do Edital do Pregão Eletrônico nº 12/2022 (fl. 80 da Defesa/Justificativa 313/2022 – doc. 17), leia-se:

4.3 - A Contratante pagará à Contratada no prazo máximo de até 30 (trinta) dias úteis após a apresentação da Nota Fiscal/Fatura correspondente, devidamente aceita pelo Contratante.

4.4- Decorrido o prazo indicado no item anterior, incidirá multa financeira nos seguintes termos:

$$VM = VF \times \frac{12}{100} \times \frac{ND}{360}$$

Onde:

VM = Valor da Multa Financeira.

VF = Valor da Nota Fiscal referente ao mês em atraso.

ND = Número de dias em atraso.

Destaca-se que esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União que deixou assentado que “a Lei 8.666/1993 não impõe o tipo de compensação financeira a ser aplicada” na hipótese de eventual atraso no pagamento por parte da Administração Pública, vejamos:

Enunciado

É possível convencionar a taxa de juros moratórios a ser aplicada nos contratos para os casos de pagamentos com atraso por parte da Administração, observado o princípio da razoabilidade, porquanto a Lei 8.666/1993 não impõe o tipo de compensação financeira a ser aplicado nessas situações (art. 40, inciso XIV, alínea d, da lei). (Acórdão 2897/2018, Ministro WEDER DE OLIVEIRA, Plenário, Data da sessão: 05/12/2018)

Assim, corroborando entendimento técnico, entendo que não há irregularidade do Edital do Pregão Eletrônico nº 12/2022, ao estabelecer a multa financeira como compensação por eventuais atrasos no pagamento, logo a presente irregularidade deve ser afastada.

Ante todo o exposto, acompanhando do entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

**DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER**

Relator

**1. ACÓRDÃO TC-756/2022:**

**VISTOS**, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas, em:

**1.1. CONHECER** a presente representação, na forma do artigo 99, §1º, II c/c artigo 94 ambos da Lei Orgânica deste Tribunal de Contas.

**1.2. INDEFERIR** a medida cautelar, em razão da ausência dos requisitos autorizadores, dispostos no artigo 124 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012 c/c artigo 376, incisos I e II, do RITCEES;

**1.3. CONSIDERAR IMPROCEDENTE** a presente **REPRESENTAÇÃO**, no mérito, nos termos do artigo 95, inciso I, c/c artigo 101, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012;

**1.4. DAR CIÊNCIA** aos interessados;

**1.5. ARQUIVAR** os autos, após os tramites regimentais.

**2. Unânime.**

**3. Data da Sessão:** 23/06/2022 – 29ª Sessão Ordinária do Plenário.

**4. Especificação do quórum:**

**4.1. Conselheiros:** Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib

Ferreira Pinto, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**Relator**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANÁSTÁCIO DA SILVA

**Procurador-geral**

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

**Secretária Geral das Sessões em  
substituição**