



## Decisão da Presidência 00071/2024-9

**Processo:** 02156/2024-6

**Classificação:** Aplicação de Penalidade

**Criação:** 22/07/2024 14:52

**Origem:** GAP - Gabinete da Presidência

**EMENTA: ADMINISTRATIVO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – APLICAÇÃO DE SANÇÃO – ADVERTÊNCIA – ARTIGO 156-ARTIGO 156, INCISO I, DA LEI Nº 14.133/2021. RECURSO. ARTIGO 166, DA LEI Nº 14.133/2021. NEGAR PROVIMENTO**

### I. RELATÓRIO

Tratam os autos de procedimentos administrativos com o fim de aplicar penalidade à empresa Foster Produtora LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ 42.769.048/0001-09, relativo ao contrato Nº 43/2023-9 que tem por objeto a gravação/captura, criação, edição, armazenamento, gerenciamento e disponibilização de informações, em áudio e vídeo digitais, serviço de natureza continuada, sob demanda, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Termo de Referência 60/2023-2 (peça 02).

O procedimento foi instaurado com base no encaminhamento de ocorrência, bem como no relatório do Fiscal Titular do Contrato, servidor Sérgio Vitor Simas Rangel, documentos acostados aos autos na Peça Complementar 11908/2024-2 (peça 09), Peça Complementar 11909/2024-7 (peça 10), e Peça Complementar 11949/2024-1 (peça 11), onde relata inexecução parcial do *Item 1 - Serviço de gravação em áudio e vídeo das sessões plenárias e câmeras*



*presenciais ou híbridas*, informando quais itens não foram atendidos parcialmente ou integralmente.

Por meio do Despacho 12507/2024-9, a Secretaria Administrativa - SAD encaminhou os autos ao Núcleo de Licitações e Contratos – NLC (peça 12) para dar seguimento ao procedimento.

O NLC elaborou a Manifestação Preliminar (peça 13) opinando pela notificação da empresa fornecedora para se manifestar em sede de defesa prévia sobre a aplicação da sanção de advertência.

Devidamente notificada por meio do Termo de Notificação Administrativa 00008/2024-5 (peça 15), a fornecedora ficou-se inerte, conforme informação prestada pela Secretaria Administrativa - SAD no Despacho 12696/2024-1 (peça 17).

Em seguida, os autos foram remetidos à Consultoria Jurídica – CJU, que através do Parecer Consultoria Jurídica 00156/2024-7 (peça 19), opinou pela aplicação de sanção administrativa de advertência à empresa contratada.

Diante disso, a Secretaria Geral Administrativa e Financeira – SEGAFI proferiu a Decisão Administrativa 001214/2024-3 (peça 20) aplicando a sanção administrativa de advertência à empresa Foster Produtora LTDA.

A empresa contratada, após ter sido devidamente notificada, apresentou recurso administrativo (peça 23), alegando, em síntese:

- a) Ocorrência de caso fortuito, que afasta a responsabilização da empresa, decorrente de:
  - i. cobrança de preços exorbitantes não praticados no mercado dos equipamentos que não foram vendidos pela antiga executora do contrato; e
  - ii. realização de novas compras em cima da hora envolvendo cotações de mercado, disponibilidade do produto no mercado, verificação de qualidade dos equipamentos e demora na entrega.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Assinado digitalmente. Conferência em [www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br) Identificador: F3D24-AEB0D-A341C

Os autos foram encaminhados à SEGAFI (peça 24), e esta encaminhou à Secretaria de Comunicação – SECOM e à Escola de Contas Públicas - ECP, para análise e manifestação acerca da defesa apresentada (peça 25).

A Secretaria de Comunicação entendeu pela manutenção da penalidade no Despacho 18813/2024-3 (peça nº 26), enquanto a ECP, por sua vez, informou *“que o fornecedor atendeu as demandas apresentadas por esta Escola de Contas, não havendo qualquer indício de descumprimento das obrigações contratuais relacionadas aos serviços sob nossa responsabilidade”* (peça 28).

Por despacho da SEGAFI, a Consultoria Jurídica foi instada a se manifestar acerca do recurso interposto, sobre o qual opinou através do Parecer Consultoria Jurídica 00235/2024-8 (peça 30) pelo improvimento do recurso, mantendo-se os fundamentos da Decisão Administrativa 00074/2024-2 (peça 20).

Ato contínuo, foi proferida a Decisão Administrativa 00181/2024-5 (peça 31) pela SEGAFI, no sentido de negar provimento ao recurso apresentado na Peça Complementar 18851/2024-9, tendo remetido os autos à Presidência para fins do disposto no art. 166, § único da Lei 14.133/21<sup>1</sup>.

É o relatório.

## II FUNDAMENTAÇÃO

De início, cabe mencionar que o Termo de notificação Administrativa 00005/2024-1 foi encaminhado em 03 de junho de 2024 e a empresa contratada, apresentou recurso em 12 de junho de 2024, dentro do prazo de 15 dias, sendo,

---

<sup>1</sup> Lei nº 14.133/2021. Art. 166. Da aplicação das sanções previstas nos [incisos I, II e III do caput do art. 156 desta Lei](#) caberá recurso no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

Parágrafo único. O recurso de que trata o **caput** deste artigo será dirigido à autoridade que tiver proferido a decisão recorrida, que, se não a reconsiderar no prazo de 5 (cinco) dias úteis, encaminhará o recurso com sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado do recebimento dos autos.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Assinado digitalmente. Conferência em [www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br) Identificador: F3D24-AEB0D-A341C

portanto, tempestivo, conforme atestado pela SEGAFI no Despacho 17951/2024-1 (peça 25).

A Decisão Administrativa 00121/2024-2, ora recorrida, proferida pela SEGAFI, teve como fundamento o Parecer da Consultoria Jurídica 00156/2024-7, no sentido de aplicar a sanção administrativa de advertência a empresa contratada, considerando os problemas relatados pelo fiscal do contrato na peça 10, quanto a inexecução contratual foram, especificamente, quando em 04/04/2024, a Secretaria de Comunicação – SECOM foi informada sobre a remoção de equipamentos utilizados pela contratada, remoção esta que iria ser realizada até o dia 12/04/2024 em razão de desacordos comerciais entre a empresa FOSTER e a empresa contratada anteriormente por este TCEES.

Ocorre que os equipamentos a serem removidos eram utilizados na transmissão das Sessões Plenárias desta Corte de Contas e considerando que haveria Sessão Plenária em data próxima - dia 16/04/2024 - a SECOM encaminhou e-mail solicitando que a empresa confirmasse a instalação de novos equipamentos para a transmissão daquela sessão plenária, tendo a empresa respondido em 05/04/2024 que apesar da remoção, a transmissão seguinte ocorreria sem problemas, conforme e-mail acostado na peça 11.

Entretanto, conforme destacado pelo fiscal, uma parte ínfima de equipamentos chegou ao Tribunal em 12/04/2024, “em desacordo com o padrão e quantidades exigida no contrato o que causou prejuízo a execução”. Para tentar suprir essa limitação técnica, o fiscal alega que foi necessário o auxílio de equipamentos desta Corte como forma de melhorar a qualidade da transmissão, além de submeter o Plenário a intervenções improvisadas que foram notadas tanto pelos Conselheiros quanto pelo público.

Descreve ainda que, mesmo com a ajuda, a transmissão ocorreu de forma “semiprofissional”, com qualidade inferior em razão da escassez de equipamentos. Além deste episódio, o fiscal relata que “esses fatos se somam a outras circunstâncias ocorridas na execução, como atraso para cumprir as demandas e dificuldades de comunicação entre as partes.”



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Assinado digitalmente. Conferência em [www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br) Identificador: F3D24-AEB0D-A341C

Ressalto que a empresa contratada foi devidamente notificada para apresentar defesa prévia acerca dos fatos narrados acima, e consoante registrado no Despacho da SAD à peça 17, ficou-se inerte.

Contudo conforme ressaltado pela CJU no Parecer Consultoria Jurídica 00235/204-8 (peça 30):

Preliminarmente, compete apontar que a Administração Pública deve prezar pelo princípio da verdade material ou da verdade real, referente ao poder-dever de decidir com base nos fatos tais como se apresentam na realidade.

Desta forma, em que pese a empresa tenha permanecido silente ao ser notificada da infração administrativa (peça nº 16), não há impedimento para a análise dos fatos trazidos pela empresa em seu Recurso Administrativo (peça nº 23). Desta forma, passa-se à análise dos novos fatos trazidos pela empresa.

Pois bem.

No caso em apreço, verifico que as especificações e quantidades dos itens objeto do contrato se encontram descritas detalhadamente no anexo I do Termo de Referência 60/2023.

Observo que em seu recurso administrativo (peça nº 23) a empresa Foster requer o afastamento da responsabilização em razão de fator externo. Atribui o descumprimento do item 8.1.5. ao destrato de acordo firmado com uma terceira empresa e ao aumento de preço de mercado dos bens, alegando que tais fatos são supervenientes e imprevisíveis, razão pela qual afastam sua responsabilização, conforme transcrição abaixo:

(....)

Tem-se ciência de que firmamos o contrato no Órgão, assim sendo assumimos as obrigações do Edital. Porém neste caso, a falta se deu SUPERVENIENTEMENTE e de modo IMPREVISÍVEL, sendo que, estava certo de que a empresa ficaria com os equipamentos da antiga contratada por preços razoavelmente praticados em mercado.

Visto tal situação, prontamente a empresa *FORTER* precisou enviar alguns equipamentos de imediato que já tinha sobre seu domínio, bem como, realizar a compra de última de novos equipamentos aprimorados, restando por fim, alguns detalhes a serem ajustados para cumprir integralmente com o contrato.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Assinado digitalmente. Conferência em [www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br) Identificador: F3D24-AEB0D-A341C

Ainda, a aquisição inesperada dos novos equipamentos, após a frustrada negociação com a antiga empresa que executava o contrato, demonstra a boa-fé da *Notificada* de cumprir do contrato. Além disso, informa-se que os equipamentos faltantes já estão nas localidades do *Notificado*, com instalação prevista instaladas no dia 04 de maio de 2024, prontos para a próxima sessão.

Ademais, a *Notificada* sempre valorizou o diálogo no andamento de seus contratos administrativos como meios de solução de conflitos, assim, avisou e alinhou o ocorrido e medidas a serem tomadas de forma imediato junto ao seu funcionário que se encontrava nas intermediações no local da execução dos serviços. Ou seja, a empresa *Notificada* não agiu com destreza ou descaso na referida situação.

Portanto, a empresa *Notificada* reafirmou sua prontidão em solucionar uma situação imprevisível, não se negando em resolver tal situação. Logo, o atraso isenta a *Notificada* de penalidades, visto que, ocorrido FATO SUPERVENIENTE E IMPREVISÍVEL, o que caracteriza Caso Fortuito, pois não havíamos como prever a FALTA/ESPERA DO RECEBIMENTO.

Portanto, o atraso que ocorre trata-se de ATRASO JUSTIFICADO, conforme explicações nesta trazidas e provadas.

(....)

É cediço que, ao assumir as obrigações decorrentes do Contrato nº 43/2023 (peça nº 05), a contratada se compromete a atender todas as especificações decorrentes do Termo de Referência.

Assim sendo, nos termos dos itens 8.1.5 e 8.1.6 do Termo de Referência (peça nº 02), a contratada tem como obrigação o fornecimento de materiais necessários a perfeita execução dos serviços com devido armazenamento, emprego de materiais de qualidade e quantidades estimadas:

#### TERMO DE REFERÊNCIA

8.1.5. A CONTRATADA deve fornecer os materiais e equipamentos necessários à perfeita execução dos serviços, incluindo as unidades de armazenamento dos arquivos, empregando somente materiais de qualidade, nas quantidades estimadas e qualidades estabelecidas no ANEXO I deste termo de referência, promovendo sua substituição quando necessário.

Deste modo, uma vez assumida a obrigação, cabe à empresa cumpri-la. Logo, para que seja possível o afastamento da responsabilidade é necessário que esteja demonstrado nos autos a ocorrência de fato excludente, como o caso



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Assinado digitalmente. Conferência em [www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br) Identificador: F3D24-AEB0D-A341C



fortuito, força maior e fato do príncipe, o que não se verificou na situação vertente, conforme muito bem destacado pela Consultoria Jurídica desta Corte de Contas, no posicionamento que passo a transcrever:

o que se observa, no presente caso, é que os fatores impeditivos do cumprimento contratual são decorrentes da escolha da própria empresa Foster Produtora LTDA, que optou por adquirir os equipamentos necessários à prestação do serviço diretamente da contratada anterior do TCE-ES, ao invés de comprá-los diretamente do mercado.

Nesse sentido, de acordo com a teoria do risco do empreendimento, quem oferece bens e serviços deve ser responsável pelos problemas e defeitos resultantes desses negócios, independentemente de culpa, uma vez que a responsabilização advém da própria atividade de produzir, distribuir, comercializar ou prestar serviços específicos.

É assim, inclusive, que vem entendendo a jurisprudência pátria:

CONSUMIDOR. TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. DANOS MATERIAIS. COMPROVADOS. RESSARCIMENTO. DEVIDO. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA 1) A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, regulando-se pelo disposto na Lei 8.078/90. Por essa razão, impõe-se a inteira aplicação das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, que positiva um núcleo de regras e princípios protetores dos direitos dos consumidores. Da leitura do art. 14 do CDC, **verifica-se que a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva e somente não responderá pela reparação dos danos causados se provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou o fato é exclusivo do consumidor ou de terceiro.** 2) **Em consonância com a teoria do risco do empreendimento, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes dos negócios, independentemente de sua culpa, pois a responsabilidade decorre da atividade de produzir, distribuir e comercializar ou executar determinados serviços.** 3) No caso dos autos, ficou comprovado o dano causado ao autor. Assim, deve ser ressarcido. 4) Recurso conhecido e não provido. Honorário de 20% sobre o valor da condenação. (TJ-AP - RI: 00227019320208030001 AP, Relator: MÁRIO MAZUREK, Data de Julgamento: 22/06/2021, Turma recursal) (**grifo nosso**)

Desta forma, a falha do modo como a empresa prestadora do serviço escolhe reger o seu negócio não pode ser suportada pela contratante.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Assinado digitalmente. Conferência em [www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br) Identificador: F3D24-AEB0D-A341C

Assim, em que pese a destrato ocorrido e o eventual aumento do preço do equipamento no mercado serem supervenientes à elaboração do Contrato nº 43/2023, estes são fatos previsíveis ou de fácil previsibilidade, relacionados com os riscos inerentes da atividade. Desta forma, a falha do modo como a empresa escolhe reger o seu negócio não pode ser suportada pela contratante.

Ademais, a conduta da empresa é agravada pelo fato de não ter agido com diligência, deixando de comunicar ao TCE-ES, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas que antecede a data da entrega, os motivos que impossibilitariam o cumprimento do prazo, nos termos do item 10.10 do Termo de Referência:

#### TERMO DE REFERÊNCIA

10.10. Comunicar ao CONTRATANTE, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas que antecede a data da entrega, os motivos que impossibilitem o cumprimento do prazo previsto, com a devida comprovação;

Desta forma, diante da inexecução de obrigações assumidas no Contrato nº 43/2023 (peça nº 05) e considerando que a empresa não foi capaz de demonstrar a ocorrência de fator **externo** à sua atividade, capaz de afastar sua responsabilização, entende-se pelo não provimento do recurso administrativo.

Por derradeiro, conveniente registrar que a Administração Pública deve prezar pela coerência na aplicação das penalidades decorrentes de descumprimento de cláusulas contratuais, levando em consideração o grau de prejuízo causado, bem como a razoabilidade. Ademais, deve-se buscar reduzir a insegurança jurídica e dispensar tratamento isonômico aos contratados, com a adoção de padrões para a aplicação de sanções dentro do próprio órgão.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Assinado digitalmente. Conferência em [www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br) Identificador: F3D24-AEB0D-A341C



Não obstante as razões expostas pela contratada em seu recurso, coaduno com os argumentos expostos pela Secretaria de Comunicação à peça 26 pela manutenção da aplicação de penalidade aplicada, haja vista que a recorrente não apresentou justificativas capazes de elidir os fatos apontados em seu desfavor no que concerne à execução da contratação realizada junto a este Tribunal (e que deram causa ao descumprimento de cláusulas relacionadas à execução da Contratação TC nº 43/2023 com o TCEES), de forma que os argumentos apresentados não modificam a situação de descumprimento das cláusulas contratuais perante o contratante, e nem isenta das obrigações assumidas ao contratar a Administração

Dessa forma, corroboro entendimento da Consultoria Jurídica por entender que as razões de recurso apresentadas pela recorrente não são capazes de afastar a sua responsabilidade no cumprimento da obrigação perante a contratante, de forma que deve ser negado provimento e mantida a aplicação da sanção administrativa de advertência à empresa **Foster Produtora LTDA por meio da Decisão Administrativa 000121/2024-3** (peça nº 20) com fulcro no artigo 156, inciso I, da Lei nº 14.133/21 c/c item 11.2.1, Cláusula Décima Primeira do Contrato nº 43/2023 (peça nº 05) e no Termo de Referência, item 12.2.1 (peça nº 02), diante da inexecução de obrigações assumidas no Contrato TC nº 43/2023.

### III DECISÃO

Por todo o exposto, nos termos do disposto no art. 166, § único da Lei 14.133/21, **CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso apresentado na Peça Complementar 18852/2024-3, mantendo-se a Decisão Administrativa 00121/2024-3 (peça nº 20) pela aplicação de sanção administrativa de advertência à empresa Foster Produtora LTDA com base no Artigo 156, inciso I, da Lei nº 14.133/21 c/c Cláusula Décima Primeira, item 11.2.1. do Contrato 43/2023 (peça nº 05) e 12.2.1 no Termo de Referência.

Determino à SAD que dê ciência à empresa **Foster Produtora LTDA** do teor desta Decisão, bem como da Decisão Administrativa 00181/2024-5 (peça 31)



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Assinado digitalmente. Conferência em [www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br) Identificador: F3D24-AEB0D-A341C

que em análise de reconsideração nos termos do parágrafo único do artigo 166 da Lei nº 14.133/21, manteve a Decisão Administrativa 00121/2024-3 (peça nº 20).

**LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA**

**Conselheiro Presidente, em exercício**



+55 27 3334-7600



[www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br)



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913

Assinado digitalmente. Conferência em [www.tcees.tc.br](http://www.tcees.tc.br) Identificador: F3D24-AEB0D-A341C