



Acórdão 00623/2022-1 - Plenário

Processos: 01408/2021-9, 10504/2016-6, 06475/2015-5

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: PMJN - Prefeitura Municipal de João Neiva

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: Cidadão, ROMERO GOBBO FIGUEREDO, EVERALDO GRIPPA, MONIQUE L AMOUR GUASTI SANTANA, GEISEARA PASSOS PASOLINI

Recorrente: CONTCOM SERVICOS DE LIMPEZA E CONSERVACAO EIRELI

Procuradores: CARLOS ESTEVAN FIOROT MALACARNE (OAB: 12401-ES), EDWAR BARBOSA FELIX (OAB: 9056-ES), FRANCISCO ADAO SILVA DE CARVALHO (CPF: 004.860.937-43), FRANK CORREA (CPF: 075.131.717-93), LUIS FILIPE MARQUES PORTO SA PINTO (OAB: 10569-ES), LUZIA TONON

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – CONHECER –
SUPERFATURAMENTO - DAR PARCIAL
PROVIMENTO – ARQUIVAR.**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE
MACEDO:**

1 RELATÓRIO

Trata-se de **Recurso de Reconsideração**, com **pedido de sustentação oral**, interposto por **CONTCOM Serviços de Limpeza e Conservação Eireli**, em face do **Acórdão TC 117/2021 – 2ª Câmara**, proferido nos autos do Processo TC 6475/2015 – Fiscalização posteriormente convertido em Tomada de Contas, nos seguintes termos:

1. ACÓRDÃO TC-117/2021-2

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. CONVERTER, preliminarmente, o processo de fiscalização em tomada de contas especial, nos termos do artigo 115, caput, da Lei Complementar 621/2012 e do artigo 207, VI c/c art. 317, caput, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do ES, aprovado pela Resolução TC 261/2013;

1.2. MANTER as irregularidades e respectivos ressarcimentos, sem registro de alteração das conclusões da MT 12.495/2019, nos seguintes casos:

1.2.1. Item 2.1 da MT 12.495/2019: Superfaturamento de quantitativos e valores dos serviços do contrato - de quantitativos de produção de lixo por habitante/dia e da produção de resíduos domiciliares mensais.

Ressarcimento total: 792.395,81 VRTE, sendo: Ressarcimento: 399.250,90 VRTE; Responsáveis: Romero Gobbo Figueredo, Everaldo Grippa, Monique Guasti L'amour Santana, Contcom - Serviços de Limpeza e Conservação Ltda. Ressarcimento: 279.942,59 VRTE - Responsáveis: Romero Gobbo Figueredo, Everaldo Grippa, Contcom - Serviços de Limpeza e Conservação Ltda.

1.2.2- Item 2.5 da MT 12.495/2019: Não utilização de caminhão compactador de lixo, negligência na utilização de bem público.

Ressarcimento total: 113.202,32 VRTE - Responsável: Romero Gobbo Figueredo;

1.3. MANTER as irregularidades formais relatadas, sem registro de alteração das conclusões da MT 12.495/2019 nos seguintes casos:

1.3.1. Item 2.3 da MT 12.495/2019: Ausência de designação formal de fiscal do contrato 107/2012 e termos aditivos 1º e 2º (item 4.2 da ITI-680/2016).

Responsável: Romero Gobbo Figueredo.

1.3.2. Item 2.4 da MT 12.495/2019: Irregularidades nos procedimentos de informações ao sistema Geo-obras do TCE-ES (item 4.3 da ITI-680/2016).

Responsável: Geisara Passos Pasolini.

1.3.3. Item 2.6 da MT 12.495/2019: Operação de transbordo irregular de resíduos sólidos (item 4.5 da ITI-680/2016).

Responsáveis: Romero Gobbo Figueredo, Everaldo Grippa, Contcom - Serviços de Limpeza e Conservação Ltda.

1.4. REJEITAR as razões de justificativa do agente Romero Gobbo Figueredo, tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados nos itens 3.3.a e 3.3.c da ITC, bem como pelo cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, dispostas itens 3.2.a e 3.2.b da ITC, com fulcro no art. 84, III, "c", "d" e "e" da LC 621/2012, condenando o ao ressarcimento ao erário estadual no montante total de 792.395,81 VRTE, solidariamente com Everaldo Grippa (792.395,81 VRTE), Monique Guasti L'amour Santana (399.250,90 VRTE) e a empresa Contcom - Serviços de Limpeza e Conservação Ltda. (792.395,81 VRTE), bem como a aplicação de multa no valor de R\$ 10.000,00 (...), com amparo no art. 135, II e III, da LC 621/2012;

1.5. REJEITAR as razões de justificativa da agente Monique Guasti L'amour Santana tendo em vista o cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, dispostas itens **3.2.a da ITC**, com fulcro no art. 84, III, "c", "d" e "e" da LC 621/2012, condenando a ao ressarcimento ao erário estadual no montante total de 399.250,90 VRTE,

solidariamente com Romero Gobbo Figueredo, Everaldo Grippa e a empresa Contcom - Serviços de Limpeza e Conservação Ltda., bem como a aplicação de multa no valor de R\$ 1.000, 00 (...), com amparo no art. 135, II e III, da LC 621/2012.

1.6. REJEITAR as razões de justificativa do agente Everaldo Grippa tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados nos itens 3.3.c da ITC, bem como pelo cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, dispostas item **3.2.a da ITC**, com fulcro no art. 84, III, "c", "d" e "e" da LC 621/2012, condenando o ao ressarcimento ao erário estadual no montante total de 679.193,49 VRTE, solidariamente com Romero Gobbo Figueredo (679.193,4VRTE), Monique Guasti L'amour Santana (399.250,90 VRTE) e a empresa Contcom - Serviços de Limpeza e Conservação Ltda. (679.193,4 VRTE), bem como a aplicação de multa no valor de R\$ 1.000, 00 (...) com amparo no art. 135, II e III, da LC 621/2012.

1.7. REJEITAR as razões de justificativa da empresa Contcom - Serviços de Limpeza e Conservação Ltda., tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados nos itens 3.3.c desta ITC, bem como pelo cometimento de infrações que causaram injustificado prejuízo ao erário, dispostas item **3.2.a desta ITC**, com fulcro no art. 84, III, "c", "d" e "e" da LC 621/2012, condenando o ao ressarcimento ao erário estadual no montante total de 679.193,49 VRTE, solidariamente com Romero Gobbo Figueredo (679.193,4 VRTE), Everaldo Grippa (679.193,4VRTE) e Monique Guasti L'amour Santana (399.250,90 VRTE), bem como a aplicação de multa no valor de R\$ 1.000, 00 (...) com amparo no art. 135, II e III, da LC 621/2012.

1.8. REJEITAR as razões de justificativa da agente Geisara Passos Pasolini, tendo em vista as práticas de atos ilegais indicados nos itens 3.3.b da ITC, aplicando-se multa de R\$ 10.000,00 (...), com amparo no art. 135, II, da LC 621/2012.

1.9. DETERMINAR ao controle interno da PMJN que atualize os prejuízos ao erário posteriores a 25/10/2015 do bem em questão, relativos à irregularidade descrita no item 2.5 da MT, assim como a verificação de ocorrência de outras falhas de controle de ociosidade e desperdício comparáveis ou piores que a apresentada no item 2.5 da MT e encaminhe a esse Tribunal as conclusões do controle interno da PMJN sobre a questão de auditoria indicada.

1.10. Seja dada ciência ao Representante do teor da Decisão final a ser proferida por este Egrégio TCEES, conforme preconiza o art. 307, § 7º, da Res. TC 261/2013.

1.11. Após a confecção do Acórdão deste julgamento, remetam-se os autos ao ilustre representante do Ministério Público de Contas, nos termos do art. 62, § único da lei Complementar nº 621/2012.

1.12- ARQUIVAR, após o trânsito em julgado.

Após autuação, proferi o **Despacho 14099/2021** (doc.09), solicitando esclarecimentos à Secretaria Geral das Sessões (SGS) acerca do prazo para interposição do recurso. Em resposta, a SGS prestou as informações pertinentes por meio do **Despacho 14810/2021** (doc.10).

Em seguida o feito foi encaminhado ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas que, por meio da **Instrução Técnica de Recurso 210/2021** (doc.13), opinou pelo conhecimento do presente recurso e no mérito pelo parcial provimento, nos seguintes termos:

4- CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO.

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente Instrução Técnica de Recurso, opina-se pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do presente **RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO** interposto pela empresa Contcom Serviços de Limpeza e Conservação Eireli, para:

- **MANTER** os termos do Acórdão 0117/2021-2 quanto ao item “1.3.3. Item 2.6 da MT 12.495/2019: Operação de transbordo irregular de resíduos sólidos (item 4.5 da ITI-680/2016)”;
- **REFORMAR** o Acórdão 0117/2021-2, afastando a irregularidade do item “1.2.1. Item 2.1 da MT 12.495/2019: Superfaturamento de quantitativos e valores dos serviços do contrato - de quantitativos de produção de lixo por habitante/dia e da produção de resíduos domiciliares mensais” e o respectivo ressarcimento.

Cabe registrar, ainda, que a Recorrente se manifestou no sentido de realizar defesa oral, com fundamento no art. 61, §1º, da Lei Complementar 621/2012.

O Ministério Público de Contas, em manifestação da lavra do Procurador Luciano Vieira (**Parecer 6004/2021** - doc.17), diverge parcialmente da área técnica:

Posto isso, oficia o **Ministério Público de Contas**, com fulcro no disposto nos arts. 152, inciso I, e 164 da LC n. 621/2012, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, seja totalmente desprovido, mantendo-se incólume os termos do v. Acórdão 00117/2021-2 – 2ª Câmara.

No dia 10 de maio de 2022, a empresa Contcom Serviços de Limpeza e Conservação Eireli, por intermédio de seu advogado, protocolou tempestivamente a Petição Intercorrente 346/2022 - protocolo nº 8898/2022, apresentando sustentação oral (Áudio ou Vídeo da Sustentação Oral 79/2022).

Verificado o caso específico em tela, procedi à juntada aos autos instrumento peticionário, conforme Despacho 18477/2022.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Da admissibilidade

No que concerne à admissibilidade, acolho o entendimento da área técnica exarado na **Instrução Técnica de Recurso 210/2021**, com a qual anuiu o Ministério Público de Contas, nos seguintes termos:

“(…) Em sede de admissibilidade, verifica-se que a parte é capaz, possui interesse e legitimidade processuais.

Quanto à tempestividade, verifica-se, de acordo com o **Despacho SGS 14810/2021-8** (doc. 10), que a publicação do **Acórdão TC-117/2021**, prolatado no processo TC 1408/2021, ocorreu em **23/03/2021**:

Informamos que o **Recurso de Reconsideração** interposto por Contcom Serviços de Limpeza e Conservação Eireli **foi protocolizado em 23/03/2021**, e que a notificação do **Acórdão TC-117/2021**, prolatado no processo TC nº 6475/2015, foi disponibilizada no Diário Oficial Eletrônico deste Tribunal no dia 18/02/2021, considerando-se publicada no dia 19/02/2021, nos termos dos artigos 62 e 66, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 c/c art. 5º da Resolução TC nº 262/2013.

Portanto, considerando o disposto no art. 405, §2º do Regimento Interno do TCEES, o prazo para interposição do Recurso de Reconsideração em face do mencionado **Acórdão venceu em 23/03/2021**.

Assim, tendo em conta que o presente Recurso de Reconsideração foi protocolado na data de **23/03/2021**, tem-se o mesmo como **TEMPESTIVO**, nos termos do art. 164, LC 621/2012.

Quanto ao cabimento, é necessário observar que, a teor do disposto no art. 164, da LC 621/2012, o Recurso de Reconsideração é o instrumento cabível, na medida em que se presta à impugnação de decisões de mérito proferidas em processos de prestação ou tomada de contas.

Dessa forma, tendo em vista que o presente expediente recursal foi interposto em face de acórdão que julgou o mérito de processo com natureza de prestação de contas, tem-se que o recurso apresentado é cabível.

Desse modo, considerando que se encontram presentes os pressupostos recursais de admissibilidade, opina-se pelo **CONHECIMENTO** do presente **RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO**. (…)

2.3 Do Mérito

Quanto ao mérito, **ratifico integralmente** o posicionamento da área técnica e dirijo parcialmente do entendimento do Ministério Público Especial de Contas, para **tomar como razão de decidir a fundamentação exarada na Instrução Técnica de Recurso 2021/2021**, nos seguintes termos:

“(…) 3- ANÁLISE DO PRESENTE RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO.

3.1- Do recurso de reconsideração apresentado.

Em síntese, a Recorrente alega:

DAS IRREGULARIDADES MANTIDAS NO ACORDÃO 00117/2021-2 - 2ª CÂMARA.

ITEM 1.2 (2.1 DA MT 12.495/2019) - SUPERFATURAMENTO DE QUANTITATIVOS E VALORES DOS SERVIÇOS DO CONTRATO - DE QUANTITATIVOS DE PRODUÇÃO DE LIXO POR HABITANTE/DIA E DA PRODUÇÃO DE RESÍDUOS DOMICILIARES MENSAIS.

Conduta/nexo: Receber por serviços de varrição e capina montantes bem acima dos praticados em municípios similares, com indícios de superfaturamento.

(…)

DA DEFESA

Excelentíssimo Sr. Conselheiro Relator, se observarmos todos os argumentos da Manifestação Técnica 12.495/2019, recepcionados pelo Acórdão ora combatido, verificaremos que para a manutenção da irregularidade utiliza-se metodologia de que em estimativa por peso das origens de resíduos sólidos 93,57% são RSD e 6,43% são varrição e capina (respectivamente 0,6kg/hab/dia e 0,04kg/hab/dia), conforme tabela constante da MT, fls. 1361.

Bem como utiliza comparação com o município de Fundão (considerado pelo Representante como Município semelhante, o que desde já a recorrente impugna, pois vários são os fatores relevantes para tal afirmativa), para afirmar superfaturamento de quantitativos de produção de lixo por habitante/dia e da produção de resíduos domiciliares mensais.

Pois bem, inicialmente importante salientar que todo o recebimento da destinação final dos resíduos sólidos urbanos e de limpeza urbana e pesagem, previstos no contrato 107/2012, era realizado pela MARCA AMBIENTAL, empresa proprietária do Aterro Sanitário localizado no Município de Cariacica, com apresentação de certificados, atestando a veracidade das informações via certificados e que não foram levados em consideração.

Ou seja, Excelência, mesmo com documentos legítimos da realização da pesagem, a área técnica prefere desconsiderar e alegar superfaturamento fazendo comparativo entre Contratos realizados em Municípios distintos, onde entende que geração per capita com base em estudos é relevante para supostamente identificar superfaturamento ou como a autora da ITC mesmo sugere, na dúvida a favor do erário, sem nenhuma base jurídica para isso e também sem nenhuma comprovação da existência de superfaturamento, apenas hipóteses com base em estudos alheios ao caso em específico.

Dessa forma, levando em consideração às manifestações e a metodologia constantes da Manifestação Técnica 12495/2019-3, as mesmas até que poderiam ser consideradas validas, desde que os valores das quantidades pesadas mensalmente que originaram os pagamentos fossem aferidos pela própria recorrente.

(...)

Ou seja, Excelência, sendo que os recebimentos dos pagamentos pela Recorrente só ocorriam quando da apresentação da Nota fiscal com a respectiva pesagem certificada pela Empresa Marca Ambiental, o que a área técnica deveria ter proposto era o chamamento da Empresa Marca Ambiental aos autos para que a mesma se manifestasse sobre a veracidade ou não dos documentos que a mesma emitiu que fundamentaram os pagamentos.

Registre-se que não se tem conhecimento no Estado do Espírito Santo, quiçá no Brasil, onde uma empresa idônea apresenta um documento dizendo que recebeu uma quantidade x de resíduos sólidos e a área técnica de um Corte de Contas afirma categoricamente que foi outra.

E perceba-se Senhor Relator que a Marca Ambiental é a detentora do maior aterro sanitário do Estado e por um longo período foi o único em operação.

Se a documentação que a mesma emite não tem validade ou são falsos ideologicamente, esta Corte deveria tomar providências drásticas e interditar o aterro sanitário da mesma por estar provocando danos ao erário.

Assim, resta comprovado por meio de certificado de disposição final de resíduos da empresa Marca Ambiental atendendo ao disposto no item 3.4 do projeto básico, que as quantidades de Resíduos Sólidos Urbanos e de Limpeza Pública que geraram os recebimentos por parte da recorrente são legítimas, efetivas e em nenhum momento tiveram a sua legalidade posta sob suspeita, logo não podem deixar de ser considerados como se de fato não existissem.

Assim, alegar superfaturamento utilizando como referência outro contrato é inaplicável, inaceitável e inadmissível, uma vez que está sendo feita a troca de prova material conforme acostados, por estudos que apenas indicam situações diante de uma metodologia adotada, mas, não são de fato capazes de contrariar uma prova material jamais colocada em dúvida.

Outro fator e que já foi alegado em sede de justificativa inicial é que os contratos possuem itens diferentes na sua composição e objetos, além de fatores importantes que não foram considerados para se chegar ao valor pretendido de ressarcimento, quais sejam: a varrição diária realizada em João Neiva; capina com rasgagem de terra e areia; resíduos públicos e comerciais, dentre outros; o fato do IDH de João Neiva ser superior ao de Fundão, o que contribui de forma decisiva para a produção de resíduos domiciliares em quantidade maior, ou seja, enquanto Fundão figurava à época em 19º lugar de IDH do Estado do Espírito Santo, João Neiva já figurava em 3º.

Outro fator relevante é que a MT não considerou nos estudos de produção de resíduos hab/dia apresentado na justificativa inicial produzidos na região Sudeste, pelo fato de na mesma constarem capitais que em tese produziram mais lixo que o município de João Neiva, no entanto, não usou o fato de que Vitória está em 1º lugar no IDH do Estado e João Neiva em 3º, ou seja, existe similaridade no tipo de renda das duas cidades, no entanto, tal similaridade não pode ser usada porque uma é capital e outra cidade do interior, como se isso fosse fator preponderante – e não o IDH – para considerar a produção de lixo hab/dia.

Impressiona e muito, o fato da MT assumir que não seria crível considerar a comparação de produção de resíduos entre João Neiva e Fundão como

fator preponderante para concluir pelo superfaturamento, mas, sim a literatura sobre o tema, no entanto, por incrível que pareça, anui com os valores apurados na ITI para ressarcimento na monta de R\$ 1.733.321,98 e que levou em consideração exatamente a diferença de quantidade de resíduos sólidos produzidos entre as duas cidades com base na produção de Fundão, ou seja, aspecto unilateral.

Dessa forma, a comparação não pode existir, mas, os valores decorrentes desta comparação são os que devem ser ressarcidos, ou seja ainda, o raciocínio é ilógico, pois seria mais ou menos assim: “a conta está errada, mas, os valores errados apurados nesta conta estão corretos”.

Vejamos o que o MT em questão relata sobre o tema acima abordado:

Páginas 12 em diante da MT:

Registra-se também que média que sofre grande variabilidade em função da cobertura vegetal, percentual de áreas podadas e vias varridas. Entendemos que para efeito de ressarcimento, aceitar valores médios seria um estímulo para municípios não realizarem o adequado projeto básico e fiscalização, sugerindo, para efeitos de ressarcimento, os limites de projeto que gerem o melhor preço final para a sociedade. Não obstante, em razão de não haver registro de falhas na prestação do serviço, não recomendamos parâmetros abaixo do mínimo normal.

(...)

Como se observa, dos trechos da MT acima transcritos, resta claro que embora a concordância com a defesa não seja tácita de que as comparações entre os resíduos produzidos e medidos por João Neiva e Fundão não sejam levadas em comparação, trechos da MT concordam com tal entendimento, porém, se sustenta naquilo que reza a literatura sobre o tema, ou seja, claramente indica – sem querer colocar palavras que não está na MT – que a comparação não deve ser o fator preponderante, mas a literatura.

Assim, se há concordância explícita de que a comparação não deve balizar a apuração de resíduos produzidos e medidos pelas duas cidades, mas, sim a literatura, porque se concordou com os valores determinados de ressarcimento que tomou como base exatamente a comparação de produção de resíduos entre as duas cidades?

Vejamos o trecho em que a MT concorda com os valores a serem ressarcidos, embora diga que essa não seja a forma ideal de apura-los:

Dessa forma, entendemos que não se altera a ausência de controle apontada na ITI-680/2016 que permitiu a contestação da geração per capita de resíduos e entendemos que se mantêm as razões de sugestão de ressarcimento, resultando num prejuízo de R\$ 1.733.321,98 (...) ou 679.193,49 VRTE's.

(...)

Respeitosamente, há uma grande incoerência nisso e que não pode ser perpetrado a ponto de ensejar enriquecimento ilícito do poder público, uma vez que os serviços foram efetivamente prestados, os valores recebidos foram também efetivamente liquidados, ou seja, houve o cumprimento pleno das condições de recebimento da despesa pública com fundamento no art. 63 da Lei 4.320/64, e essa liquidação foi feita com base nas quantidades medidas pela empresa proprietária do aterro sanitário onde foram recebidos a destinação final dos resíduos sólidos, conforme previsto no item 3.4 do Projeto Básico e 4.2 do Contrato 107/2012, conforme já referenciado, além da documentação ora acostada, documentos 01 a 04 referentes à 2013 à 2016.

(...)

Outro fator impressionante é que a MT fala de forma indireta que “a fonte da irregularidade” estaria no Projeto Básico, e atribui culpa à recorrente na qualidade de contratado. Vejamos

Concordamos em parte sobre a dificuldade de comparação, mas diante da ausência de um projeto básico adequado para o objeto contratado, que considerasse minimamente aspectos de engenharia da limpeza pública da localidade e normativos sobre o tema, principalmente quanto a demanda, fica prejudicada uma metodologia mais apropriada, muito em decorrência da negligência do contratante e solidarizada pelo contratado (que conhecia o projeto básico do edital) assume o risco de se candidatar como concorrente. Entre as normas, podemos citar:

(...)

Assim, soa irreal querer atribuir ao recorrente na qualidade de contratado, solidariedade por erros contidos no Projeto Básico que é de responsabilidade exclusiva de quem o elaborou, no caso, o município de João Neiva na qualidade de contratante, e como se não bastasse, sustentar a irregularidade do item em questão em tal fato para imputar à recorrente ressarcimento indevido.

Se por ventura há erro no Projeto Básico, que se puna quem o elaborou, mas, não quem simplesmente participou da licitação e por ter apresentado a proposta mais vantajosa sagrou-se vencedor da licitação, como se isso fosse suficiente para levar responsabilidade à recorrente em fase interna do processo na qual não era parte.

Questiona ainda a área técnica, com base na tabela comparativa constante da página 28 da ITI 00680/2016-3, suposta falta de controle em virtude de haver diferença mensal para mais ou para menos entre aquilo que a empresa apresentou como medição mensalmente e aquilo que fora atestado recebimento pela Marca Ambiental, questionamento também que não merece prosperar, pois, conforme se verifica dos documentos acostados, o período de pesagem era entre o dia 26 de um mês a 25 do outro, enquanto que o período de pagamento mensal dos serviços contratados, levava em conta os serviços prestados entre os dias 1º e 30 de cada mês, mas, levando em consideração as medições aferidas, atestadas e certificadas pela Marca Ambiental, conforme consta dos processos mensais de pagamentos, cujas cópias dos certificados de recebimentos de todos os meses do contrato estão sendo anexadas a este recurso. Tanto é assim, que ao final da tabela comparativa já mencionada, a diferença apurada pela ITI é desfavorável à recorrente em -7,24 toneladas, ou seja, não existe diferença de fato, apenas período de apurações diferentes.

(...)

ITEM 1.3 (1.3.3) (2.6 DA MT 12.495/201) - OPERAÇÃO DE TRANSBORDO IRREGULAR DE RESÍDUOS SÓLIDOS (ITEM 4.5 DA ITI-680/2016)

Conduta/nexo: Descumprir cláusulas contratuais ao realizar operações de transbordo não previstas, bem como não dar ciência desta ação à Prefeitura. Esta ação/omissão infringiu as cláusulas contratuais, bem como às legislações ambientais com riscos de dano ao meio-ambiente.

Excelentíssimo relator, observa-se que reconhece a área técnica na Manifestação Técnica 12495/2019-3 todos os esforços da recorrente para corrigir um erro oriundo do projeto base ao obrigar o contratado a realizar o Transporte de Resíduos sólidos coletados até o destino final através dos veículos coletores/compactadores, conforme item 4.0 do Projeto Básico que assim previa:

(...)

Ou seja, Excelência, com base no que era previsto no referido item, era responsabilidade da Contratada - depois de realizado uma parte da coleta que já produziria resíduos suficientes para encher um veículo compactador - obrigado a se deslocar até o aterro sanitário, localizado a mais de 90km de distância, despejar os resíduos e retornar para continuar a coleta. Convenhamos Excelência que nos termos previsto no projeto básico uma limpeza urbana em todas as vias do Município que duraria menos de um dia, seria realizada em quase uma semana e olhe lá.

Ciente da situação, a recorrente, que já dispunha de uma área prévia para isso, porém ainda sem Licença de Operação de Estação de Transbordo, tendo então de imediato a recorrente providenciado o requerimento para a regularização da área junto ao órgão competente em 09/01/2013, conforme já justificado na defesa inicial e reconhecido pela área técnica.

Com o requerimento, e a contratada não encontrando outros meios para a realização do transbordo, pois, conforme informado acima o transporte através do veículo compactador como previsto no item 4.0 do projeto básico era impraticável, utilizou-se da área cedida, tendo o IEMA com base no requerimento da recorrente, realizado vistoria no local e constatado a irregularidade aplicando multa. Multa Excelência não por suposto dano ambiental e sim por atividade sem a respectiva licença, tanto é que mesmo após a constatação da irregularidade não indeferiu a Licença, tendo sido concedida no dia 22/06/2015.

Dessa forma, Excelência indevida a alegação de descumprimento de contrato na forma descrita na conduta/nexo, pois conforme reconhecido pela própria ITI 00680/2016-3 "Inicialmente, por meio do contrato firmado, não haveria qualquer problema no pagamento do serviço "transporte de resíduos sólidos coletados até o destino final" na planilha de medição, já que o contrato contemplava a execução deste serviço pelo mesmo veículo previsto para o serviço de coleta, a saber, o caminhão coletor/compactador de lixo.

(...)

DOS PEDIDOS

Diante da cristalina exposição de direito, dos documentos comprobatórios acostados, e das jurisprudências mencionadas e/ou transcritas no presente RECURSO, requer-se:

- 1 - Que seja conhecido o presente Recurso de Reconsideração, com efeito suspensivo, pois é tempestivo e estão presentes no mesmo todos os requisitos legais para o juízo de admissibilidade;
- 2 - Que, no mérito, seja provido o presente Recurso de Reconsideração, a fim de atribuir nova decisão ao processo TC- 06475/2015-5, por ser medida de inteira justiça, afastando as irregularidades apontadas, bem como os ressarcimentos e multa pretendidos, reformando o ACÓRDÃO 00117/2021-2 - 2ª CÂMARA, para reconhecer como regulares os atos praticados pela recorrente e arquivando os autos;
- 3 - Que quando da tramitação do processo em pauta, seja intimado o recorrente na pessoa dos seus procuradores para a apresentação de sustentação oral, o que já requeremos neste momento.

3.2- Análise

3.2.1- “Item 1.2 (2.1 da MT 12.495/2019) - superfaturamento de quantitativos e valores dos serviços do contrato - de quantitativos de produção de lixo por habitante/dia e da produção de resíduos domiciliares mensais”.

Cabe lembrar que a representação (TC 6475/2015, doc. 02) da qual originou o presente processo, relatou que:

Segundo estudos técnicos realizados, que inclusive consta no item 6.2 **edital de concorrência pública nº 002/2007** da própria Prefeitura municipal de João Neiva, conforme (Doc.07), a quantidade média estimada de lixo produzida por habitante por dia é de 550g (...).

(...)

Em tempo informa-se que conforme página 32 do edital de concorrência pública 002/2007 em anexo (Doc.07), referente aos mesmos serviços de limpeza pública, nos itens 6.2, 6.3 e 6.4 estima exatamente a quantidade 550 grama/habitante/dia, como critério de medição de toneladas mensais, gerando uma estimativa de 300 Toneladas/Mês. **No entanto já no edital de concorrência pública no 003/2011 em anexo (Doc.13) que deu origem em contrato 107/2012, este parâmetro de 550 gramas foi suprimido, de forma intencional, certamente visando retirar esta base de fiscalização,** de modo que conforme última planilha de medição referente a Abril/2015 (Doc.12) já "beira" 600 toneladas, ou seja o dobro.

Segundo a representação, em 2007, o edital de concorrência pública nº 002/2007 de João Neiva (população estimada em 2014 = 16.946) trazia a “média estimada de lixo produzida por habitante por dia [...] de 550g”, informação que não constou” do edital de concorrência pública nº 003/2011, que resultou no Contrato 107/2014 com a Contcom.

A ITI 680/2016 elaborou a seguinte tabela (Quadro 3 – Comparativo entre os resultados de medições do município de João Neiva e Fundão):

ANO	POPULAÇÃO		Geração (kg/hab/dia)		Coleta e destinação mensal (ton/mês)	
	JOÃO NEIVA	FUNDÃO	JOÃO NEIVA	FUNDÃO	JOÃO NEIVA	FUNDÃO
2013	16869	19177	0,861	0,542	442,25	317,98
2014	16946	19585	1,011	0,614	520,71	366,13
2015	17022	19985	1,035	0,619	535,62	375,59
2016*	17022	19985	1,047	0,778	533,98	467,9

* Adotada a mesma população de 2015 (última informação disponível do IBGE)

Neste caso, observa-se que a geração de lixo (kg/hab/dia), em João Neiva, mostra-se, de fato, exorbitante, quando comparada com o município de Fundão, além do que o “índice do município de João Neiva é bem acima da média de municípios do Sudeste com mesma população e da média do estado do Espírito Santo”, e, mais ainda, é quase o dobro do montante indicado no edital de concorrência pública nº 002/2007 (550g), a despeito do intercurso temporal.

Entendemos que tais fatos evidenciam diversas irregularidades na contratação, em especial porque o edital de concorrência pública nº 003/2011, segundo a representação, suprimiu a estimativa de coleta baseada em índices populacionais, como havia feito no edital anterior (02/2007), deficiência apontada na ITI 680/2016:

Analisando o Projeto Básico disponibilizado, constata-se a ausência de vários itens, o que fere o art. 6º, IX, da Lei de Licitações, dentre os quais:

- **estudos detalhados para justificar tecnicamente os quantitativos adotados para os serviços de coleta, transporte e destinação de resíduos;**
- ausência de mapeamento da região com detalhes suficientes (inclusive periodicidade detalhada dos serviços por ruas e bairros, apresentação das condições atuais das vias, etc.) para a realização dos serviços de limpeza urbana, como varrição e capina.
- diagnóstico da situação dos resíduos sólidos gerados no respectivo território, na forma do art. 19 da Lei 12.305/2010 (lei anterior ao início da elaboração do Projeto).
- plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, na forma do § 9º do art. 19 da Lei 12.305/2010 (lei anterior ao início da elaboração do Projeto Básico).

- planta da região a ser atendida pela coleta de resíduos e para os serviços de varrição e capina, identificando as áreas, com suas extensões, tipo da região (urbana ou rural), quais as formas de acessos (trechos, ruas, tipo de pavimento e grau de dificuldade) e previsão de resíduo médio por trecho.
- definição de critérios de medições adequados, se possível por meio de balança rodoviária, obedecidos os quesitos da NBR 10.004/04.
- estabelecer exigências mínimas necessárias para atendimento a legislação ambiental, estabelecendo penalidades rígidas no caso de não cumprimento, para inibir ações que causem dano ao meio ambiente, como por exemplo, aquelas vinculadas a operações

Assim, observa-se que a presente irregularidade se origina do projeto básico falho, deficiente e inadequado – especialmente a ausência de estudos detalhados para justificar tecnicamente os quantitativos adotados - conforme MT 12495/2019:

Concordamos em parte sobre a dificuldade de comparação, mas diante da ausência de um projeto básico adequado para o objeto contratado, que considerasse minimamente aspectos de engenharia da limpeza pública da localidade e normativos sobre o tema, principalmente quanto a demanda, fica prejudicada uma metodologia mais apropriada, muito em decorrência da negligência do contratante e solidarizada pelo contratado (que conhecia o projeto básico do edital) assume o risco de se candidatar como concorrente.

(...)

Dessa forma, entendemos que dentro do princípio que cabe ao administrador público a cumprir as obrigações legais que demonstrem correção na utilização do erário e considerando que o contratante e contratado participaram das lacunas verificadas no projeto básico (que poderiam permitir uma comparação mais apropriada), sugerimos como regra considerar as margens de indecisão em favor do erário.

Por seu lado, a Recorrente questiona a metodologia (“estimativa por peso das origens de resíduos sólidos”) utilizada pela MT 12495/2019 para a definição da irregularidade e ressarcimento, além do fato de ter se utilizado, como referência comparativa dos quantitativos de produção de lixo e resíduos domiciliares, contrato com objeto similar, firmado pelo município de Fundão, de forma que o dano foi imputado “sem nenhuma comprovação da existência de superfaturamento, apenas hipóteses com base em estudos alheios ao caso em específico”.

A metodologia adotada considera que a produção *per capita* de resíduos produzidos e medidos por João Neiva e Fundão são similares, com base,

segundo a MT 12495/2019, na “literatura clássica do tema [...]. Tabela 6-3, *Solid waste generation and collection rates* do livro *Integrated solid waste managemet* de Tchobanoglous, G. e outros)”, sendo, entretanto, necessário “que se normalize para as condições expressas no objeto do contrato (RSD, RSC, varrição e capina)” de João Neiva.

A Recorrente recorda, ainda, que o lixo e resíduos coletados (resíduos sólidos urbanos e de limpeza pública) eram destinados a um aterro sanitário sob controle e administração da empresa Marca Ambiental, que emitia “certificado de disposição final de resíduos”, documento de registro do recebimento das cargas coletadas em João Neiva, que teriam sido desconsiderados pela MT 12495/2019 como prova da efetiva prestação dos serviços.

Assim, além da metodologia utilizada e de desconsiderar os registros da empresa Marca Ambiental, a MT 12495/2019 optou por utilizar, na definição do dano apurado, parâmetros obtidos nos dados e informações referente à execução do contrato do município de Fundão, no mesmo período, procedimento indevido, segundo a Recorrente:

Assim, alegar superfaturamento utilizando como referência outro contrato é inaplicável, inaceitável e inadmissível, uma vez que está sendo feita a troca de prova material conforme acostados, por estudos que apenas indicam situações diante de uma metodologia adotada, mas, não são de fato capazes de contrariar uma prova material jamais colocada em dúvida.

Outro fator e que já foi alegado em sede de justificativa inicial é que os contratos possuem itens diferentes na sua composição e objetos, além de fatores importantes que não foram considerados para se chegar ao valor pretendido de ressarcimento, quais sejam: a varrição diária realizada em João Neiva; capina com rasgagem de terra e areia; resíduos públicos e comerciais, dentre outros; o fato do IDH de João Neiva ser superior ao de Fundão, o que contribui de forma decisiva para a produção de resíduos domiciliares em quantidade maior, ou seja, enquanto Fundão figurava à época em 19º lugar de IDH do Estado do Espírito Santo, João Neiva já figurava em 3º.

(...)

Impressiona e muito, o fato da MT assumir que não seria crível considerar a comparação de produção de resíduos entre João Neiva e Fundão como fator preponderante para concluir pelo superfaturamento, mas, sim a literatura sobre o tema, no entanto, por incrível que pareça, anui com os valores apurados na ITI para ressarcimento na monta de R\$ 1.733.321,98 e que levou em consideração exatamente a diferença de quantidade de resíduos sólidos produzidos entre as duas cidades com base na produção de Fundão, ou seja, aspecto unilateral.

Dessa forma, a comparação não pode existir, mas, os valores decorrentes desta comparação são os que devem ser ressarcidos, ou seja ainda, o raciocínio é ilógico, pois seria mais ou menos assim: “a conta está errada, mas, os valores errados apurados nesta conta estão corretos”.

Entendemos caber razão à Recorrente no tocante à sua responsabilização, apesar da existência dos diversos indícios de irregularidades e vícios desde a fase interna do procedimento licitatório.

Em que pese o esforço dos auditores desta Corte na tentativa de estabelecer de forma objetiva o dano gerado ao município de João Neiva, nos parece que, antes, as irregularidades evidenciam tipos penais, distantes não só da competência deste tribunal administrativo, mas da capacidade da persecução adequada e das ferramentas disponíveis (quebra do sigilo telemático, fiscal, bancário).

Logo, quanto ao dano apontado, na forma de superfaturamento por quantidade, as peças técnicas não conseguiram estabelecer conexão rigorosa com as condutas havidas na licitação, o que, enfim, fragiliza a irregularidade na forma que foi apresentada, no sentido de que carece de suporte fático (a deficiência do plano de trabalho), o que exige elementos probatórios robustos, circunscritos e próprios do tipo (superfaturamento), suficientes para definir, indubitavelmente, a conduta e a culpabilidade dos responsáveis, assim como para suprir a ausência de conexão com condutas ilícitas prévias.

Tais elementos probatórios não foram produzidos.

Parece-nos que a ausência de elementos concretos suficientes para comprovar efetivamente o superfaturamento por quantidade poderia ser suprida por inspeção *in loco* concomitante à execução do objeto contratado, oportunidade em que se faria o controle das cargas despejadas no aterro por um período razoável (um mês, por exemplo) e a verificação dos registros gerados pela Contcom e Marca Ambiental.

Tais medidas resultariam em alguns benefícios capitais de forma a permitir: a) conhecer a produção diária de resíduo sólido por habitante do município, informação relevante não só para a análise do contrato em comento, mas também para orientar futuras contratações deste e outros

municípios b) trazer subsídio para comprovar ou não o efetivo superfaturamento por quantidade e, c) estabelecer o necessário nexo entre as falhas do edital e da fase interna da licitação e os pagamentos indevidos, emprestando robustez e certeza em relação às condutas dos agentes envolvidos nas práticas ilícitas.

Entretanto, não consta que a inspeção *in loco* tenha sido cogitada, restando à área técnica deste tribunal envidar considerável esforço com o objetivo de construir a estimativa de produção de resíduos dos habitantes de João Neiva.

Logo, o que se vê, no caso, é que o superfaturamento por quantidade¹, apontado na ITI 680/2016 e MT 12495/2019, mantido no Acórdão 117/2021, foi fundamentado em estudos técnicos e literatura (Plano Nacional de Resíduos Sólidos – IPEA; Panorama de Resíduos Sólidos no Brasil em 2014, Abrelpe; IBAM; Tchobanoglous), que permitiu identificar diferenças:

¹ Conforme o Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop) - Orientações Técnicas – IBR 005/2012, entende-se por superfaturamento:

(...)

3.39 Superfaturamento por quantidade: é o dano ao erário caracterizado pela medição de quantidades superiores às **efetivamente** executadas/fornecidas.

3.40 Superfaturamento por qualidade: é o dano ao erário caracterizado pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, vida útil ou segurança.

3.41 Superfaturamento por preços: é o dano ao erário caracterizado pelo pagamento de obras, bens e serviços por preços manifestamente superiores aos tomados como paradigma.

3.42 Superfaturamento por jogo de planilha: é o dano ao erário caracterizado pela quebra do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em desfavor da Administração por meio da alteração de quantitativos e/ou preços durante a execução da obra.

3.43 Superfaturamento por alteração de cláusulas financeiras: é o dano ao erário caracterizado pela alteração de cláusulas financeiras gerando recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração Pública ou reajustamentos irregulares de preços.

3.44 Superfaturamento por superdimensionamento: é o dano ao erário caracterizado pelo superdimensionamento de projetos, estipulando dimensões, quantidades, e/ou qualidades de materiais ou serviços além das necessárias segundo práticas e normas de engenharia vigentes à época do projeto.

a) nas quantidades coletadas em João Neiva, superiores às observadas em Fundão, detalhadas na Tabela 4 do Anexo A da ITI 680/2016;

b) em relação à média estadual e nacional de coleta de resíduos.

Entretanto, *a contrario sensu*, observa-se que a ITI 680/2016 relatou circunstâncias e fatos discrepantes da tese do efetivo superfaturamento por quantidade no presente caso:

a) “Com relação ao relatório disponibilizado pela Marca Ambiental, não se detecta grande divergência quando se compara as medições acumuladas e os relatórios enviados por essa empresa ao representante, relacionados ao período de jan/2013 a abr/2015. Porém, o **Erro! Fonte de referência não encontrada.** anterior mostra incoerências nas quantidades **mensais** apuradas”;

b) “são necessárias explicações mais detalhadas **por parte do município** para justificar o índice superior às médias apontadas por estudos e aos resultados apurados para município semelhante, bem como esclarecer como foram apuradas as quantidades mensais constantes nas medições de pagamento”;

c) na definição da conduta/nexo da Contcom: “Receber por serviços de varrição e capina montantes bem acima dos praticados em **municípios similares**, com indícios de superfaturamento” – de fato, se observa que a comparação é feita apenas com o município de Fundão, o que não se mostra adequado para definir os preços de mercado.

No mesmo sentido, a MT 12495/2019:

a) embora tenham sido observadas discrepâncias entre os registros de coleta, da empresa Marca Ambiental, controladora do aterro e dos registros apresentados pela Recorrente (Contcom), a instrução entendeu “não haver registro de falhas na prestação do serviço”;

b) A média [aritmética utilizada como referência para varrição, limpeza de logradouros e entulho] “sofre grande variabilidade em função da cobertura vegetal, percentual de áreas podadas e vias varridas”, do qual se conclui “que para efeito de ressarcimento, aceitar **valores médios** seria um

estímulo para municípios não realizarem o adequado projeto básico e fiscalização, **sugerindo, para efeitos de ressarcimento**, os limites de projeto que gerem o melhor preço final para a sociedade”;

c) “não foram identificados material com alguma legitimidade (ainda que precária) relativos à geração *per capita*” de resíduos sólidos no município.

Assim, o conjunto dos elementos analisados reflete a dificuldade de evidenciação da tese da ocorrência do efetivo superfaturamento por quantidade, a despeito das diversas evidências de irregularidades relatadas, de forma que as peças técnicas – ITI 680/2016 e MT 12495/2019 – acabaram por apoiar o dano apontado na estimativa resultante do cálculo comparativo com o município de Fundão, não na comprovação de que foram pagas despesas indevidamente.

Trata-se, portanto, de dano presumido, incapaz de amparar o seu ressarcimento na esfera administrativa de competência dos tribunais de contas e, neste sentido, está consolidada a jurisprudência:

Acórdão TCU 4055/2015-1ª Câmara

(...)

De acordo com a Lei 8.429/1992, a aplicação da pena de ressarcimento depende da **efetiva** ocorrência de dano ao patrimônio público, ou seja, da ocorrência do **efetivo** dano material a determinada pessoa jurídica de direito público (*in casu*, direito público interno):

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público salvo quanto à pena de ressarcimento. [...]

Logo, para que o agente público seja condenado à pena de ressarcimento, é imprescindível que o autor da ação civil pública comprove a efetiva lesão ao patrimônio público (dano material emergente), por uma ação ou omissão que, por sua vez, seja dolosa ou culposa:

A configuração do dano material ressarcível observa os requisitos da lei civil. Inexistirá condenação se não houver comprovação de produção de dano direto, efetivo ou certo (art. 927 CC). Não se indenizam danos presumidos ou hipotéticos. O dano indenizável (perdas e danos) abrange o *damnum emergens* - o que o lesado efetivamente perdeu - e o *lucrum cessans* - o que o lesado razoavelmente deixou de lucrar. O ressarcimento do dano é obtido seja pela reparação natural ou específica, seja pela reparação pecuniária (indenização em dinheiro), esta última mais frequente em vista da impossibilidade de restabelecer a situação anterior ao ato danoso. (Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional, 2009. Oliveira, José Roberto Pimenta; Belo Horizonte: Fórum, 2009, pp. 310/311)

Consoante bem assinalado, não se indenizam danos presumidos ou hipotéticos, fundados em meras conjecturas fáticas, ou interpretados de acordo com presunções voltadas à condenação do gestor público.

Em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser inviável a condenação ao ressarcimento ao erário quando o dano é presumível, sedimentando a jurisprudência da Corte Superior de Justiça, que também se aplica ao caso vertente:

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10 DA LIA. DANO PRESUMIDO. EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DO DANO. DESVIO DE VERBAS [...]

As condutas descritas no art. 10 da LIA demandam a comprovação de dano efetivo ao erário público, não sendo possível caracterizá-las por mera presunção. O acórdão recorrido concluiu, quanto aos demais recorrentes, que a mera realização de despesa pública sem o prévio empenho caracteriza ato de improbidade ensejador de lesão ao erário, admitindo a existência de dano presumido, por impedir o controle dos gastos públicos. Esse entendimento destoa da jurisprudência do STJ, devendo ser afastada a condenação nesse particular. (...) (REsp 1228306/PB, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 09/10/2012. DJE 18/10/2012)

Do extrato jurisprudencial supra, destaca-se a existência de lide análoga, na qual, em um primeiro momento, concluiu-se que 'a mera realização de despesa pública sem o prévio empenho caracteriza ato de improbidade ensejador de lesão ao erário, admitindo a existência de dano presumido, por impedir o controle dos gastos públicos' caracterizaria dano ao erário, porém, após manifestação do STJ, foi determinada a remessa dos autos ao juízo a quo para fundamentar e quantificar os supostos danos, justamente porque 'as condutas descritas no art. 10 da LIA demandam a comprovação de dano efetivo ao erário público, não sendo possível caracterizá-las por mera presunção'.

Ademais, os recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça têm consagrado que, somente na hipótese de comprovação efetiva do dano, deve o gestor municipal ser condenado ao ressarcimento ao erário público, tais como doações de bens públicos a particulares; superfaturamento de obras, contratação e pagamento a empresas sem a respectiva contraprestação do serviço público etc.

Cite-se, ainda, outro precedente do STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. ART. 10. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO. RECURSO IMPROVIDO.

- O STJ entende que, para a configuração dos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10 da Lei 8.429/1992 exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa (elemento subjetivo). – Não caracterizado o efetivo prejuízo ao erário, ausente o próprio fato típico. Recurso conhecido e improvido. (REsp 1233502/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, julgado em 14/08/2012, DJE 23/08/2012).

Enfim, o fato é que, no extenso rol de condutas narradas, não há qualquer prova de dano ao erário, pelo contrário, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, nos autos do processo tombado sob o número 201400713675, por unanimidade, julgou improcedente o pedido do

município de Neópolis para que houvesse o ressarcimento de dano ao erário, em razão da constatação da utilização da verba pública pelo embargante em favor da coletividade, em conformidade com a ampla instrução processual realizada naquele feito.

Assim, resta evidente a contradição do r. acórdão uma vez que julga irregulares as contas do embargante, condena-o à devolução dos valores, em tese, desviados, e compele-o ao pagamento de multa sem que restasse comprovado o dano ao erário, devendo ser dirimida a contradição em evidência. (AC-4055-23/15-1)

Acórdão TCEES 1618/2020 - Plenário

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. (...), em face do Acórdão TC 1794/2015 - Plenário, proferido nos autos do Processo TC 7659/2009, (...).

(...) II.5: liquidação irregular da despesa, decorrente da ausência de documentação comprobatória das atividades desenvolvidas

(...) o que se vislumbra é, de fato, um indício, uma probabilidade, e, portanto, uma presunção de que tenha ocorrido a prática da irregularidade – a par do acervo fático-probatório presente nos autos, que atestam justamente que houve a prestação do serviço, ainda que o procedimento utilizado para tal possa ter ocorrido de forma deficitária.

Advirto que, para se atestar o efetivo dano com o respectivo ressarcimento INTEGRAL ao erário, far-se-ia de extrema necessidade a comprovação cabal de que a obrigação assumida não foi, nem uma única vez, prestada, tornando-se, desse modo, indubitável a ocorrência da presente irregularidade, o que não restou verificado neste caso.

(...) Estando presente acervo fático-probatório que demonstra que houve a prestação do serviço, ainda que se reconheça a existência de possíveis falhas formais e de liquidação, que possam ser deficientes à luz do que prescrevem as normas de direito público, estas não são suficientes para condenar o responsável à devolução integral dos valores despendidos, sob pena de se configurar ressarcimento por dano presumido, rechaçado pela jurisprudência dominante do STJ.

(...) É fato que, na seara criminal, em caso de dúvida ou na incerteza quanto à materialidade ou autoria da infração, recomenda-se ao juiz que absolva o réu.

Fazendo os devidos ajustes para aplicação deste princípio no âmbito das decisões desta Corte, entendo que diante da presença apenas de “provas indiciárias” que possam conduzir (ou não) a aplicação da punição de pena de ressarcimento, não haveria razão para prosperar, uma vez que a pretensão punitiva do Estado não deve prevalecer no caso de haver incerteza sobre a ocorrência ou não da prestação do serviço, quando diante de conjunto fático-probatório (ainda que deficiente), que é justamente o presente caso.

Acórdão TCEES 1783/2019 - 2ª Câmara

Trata-se de Denúncia oferecida pelo Procurador-chefe da Procuradoria de Justiça de Contas no exercício de 2009, apontando supostas irregularidades no Contrato 16/2009 realizado entre a Prefeitura Municipal de Marataízes e a empresa (...), cujo objeto é a prestação de serviços de limpeza urbana.

(...) 2. LIQUIDAÇÃO IRREGULAR DA DESPESA

A equipe técnica observou que a medição do contrato se baseou em notas fiscais e não apresentam a medição dos serviços, em dissonância com o art. 63, §2º, III, da Lei 4.320/64.

(...) O contrato firmado tem como objeto a contratação de empresa para prestação de serviços de limpeza pública, serviço essencial para a Administração Pública. Não se pode imputar ao responsável o valor total do contrato, já que a Prefeitura efetivamente utilizou os serviços contratados, a referida imputação do débito se baseou em um dano presumido e não em um desfalque efetivamente mensurado e quantificado.

Esta Corte de Contas já se posicionou acerca da impossibilidade de se imputar o ressarcimento de valores em caso de não comprovação efetiva do dano conforme se extrai de alguns julgados (Acórdão 788/2016 e 799/2015, ambos provindos do Plenário).

A metodologia utilizada pela equipe de auditoria foi equivocada, motivo pelo qual deve-se afastar a responsabilização do responsável, no sentido de que não é viável a imputação de débito por dano presumido.

Acórdão TCEES 00815/2018-2ª Câmara

A imputação de ressarcimento ao erário pressupõe a demonstração de dano efetivo, não podendo este ser presumido sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública

Acórdão TCEES 1370/2017 – Plenário

(...) Entendo que as falhas apontadas na liquidação de despesa não autorizam a conclusão de que os serviços não foram efetivamente prestados pelo Contratado, de modo que a devolução de valores constituiria enriquecimento ilícito sem causa da Administração.

Ora, o procedimento de liquidação de despesas é formal, de controle interno da administração pública contratante, sendo que o “modo” como deve se dar a liquidação encontra respaldo na Lei 4.320/1964. A doutrina divide as fases da despesa em três etapas: i) empenho; ii) liquidação; e iii) pagamento.

Analisando os documentos acostados aos autos, pode-se constatar, no mínimo, a adequação dos procedimentos e a regular liquidação do contrato, verificando-se a existência das notas de empenho, nota de liquidação e notas fiscais com os devidos atestes da execução dos serviços (fl. 161/191), uma vez que, o presidente da Câmara Municipal por meio do Ato (fl. 160) designou o servidor (...) para acompanhar a execução da contratação em questão.

Desse modo, entendo que, no presente caso, não há demonstração de que não houve a execução do serviço. Imputar ressarcimento nesse caso configuraria possível enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública. Ademais, está-se diante de hipótese de dano presumido, ao que não se pode coadunar, na esteira dos precedentes desta Corte de Contas.

ACÓRDÃO TC-573/2014 – PLENÁRIO (...).

ACÓRDÃO TC-537/2016 – PLENÁRIO (...).

ACÓRDÃO TC-788/2016 – PLENÁRIO (...).

Assim, firmo minha convicção no sentido de que ainda que reconheça a existência de falhas formais, estas não são suficientes para condenar os responsáveis à devolução dos valores totais despendidos, sob pena de se configurar ressarcimento por dano presumido, rechaçado pela jurisprudência dominante do STJ. Precedentes do REsp nº 1.181.806 – SP (2010/0034417-0) e pelas decisões desta Corte de Contas citadas acima pela área técnica: (...)

Por outro giro, registro que da contratação realizada, a área técnica não identificou nenhuma despesa constante das prestações de contas que tivesse evidente desvio de finalidade.

Nesse sentido, na linha da jurisprudência pacificada do STJ e das decisões desta Corte de Contas, não vislumbro, no caso concreto, elementos suficientes que comprovem a má-fé ou conduta dolosa dos responsáveis, e nem mesmo prejuízo ao erário, afasto o ressarcimento exatamente pelo fato de que a deficiência na liquidação da despesa não leva a conclusão da ausência da prestação dos serviços.

Quanto a alegação de que o ônus de demonstrar a regular e efetiva aplicação dos recursos federais é do gestor, conforme previsto no ordenamento jurídico brasileiro (Constituição Federal, art. 70, p. único; Decreto-Lei 200/1967, art. 93; e Decreto 93.872/1986, art. 145) e arguida pela MT, verifica-se, como já exposto, não haver divergências substanciais nos registros produzidos pela Marca Ambiental, controladora do aterro e dos registros apresentados pela Recorrente (Contcom).

Ou seja, as próprias peças técnicas informaram (ou não contestaram) que os pagamentos realizados seguiram os valores definidos pelos preços da planilha da licitação e foram importâncias referentes à execução do objeto contratado, confirmado em duas medições, pela empresa Marca Ambiental, controladora do aterro e pela Recorrente (Contcom).

Assim, verifica-se que a ITI 680/2016 e a MT 12495/2019 concluíram pelo dano com fundamento em projeções e estimativas que, embora escoradas em estudos técnicos de inegável qualidade, não são suficientes para, no âmbito dos tribunais de contas, imputar o ressarcimento, pois caracterizam o dano presumido, como alegado pela Recorrente.

Pelo exposto, concluímos por acolher as alegações do Recorrente, opinando por afastar a irregularidade.

3.2.2- “Item 1.3 (1.3.3) (2.6 da MT 12.495/201) - operação de transbordo irregular de resíduos sólidos (item 4.5 da ITI-680/2016)”.

A Recorrente alega, em síntese, que não era viável fazer o transporte dos resíduos sempre que o veículo compactador estivesse cheio, o que ocorria ao longo do dia, pois o aterro sanitário estava localizado a mais de 90km de distância, o que levou a empresa a utilizar “uma área prévia para isso, porém ainda sem Licença de Operação de Estação de Transbordo”, o que resultou em multa por parte do IEMA.

O requerimento para a regularização da área junto ao órgão competente em 09/01/2013, tendo sido concedida a Licença dia 22/06/2015.

Como se vê, a Recorrente, neste item, não inova nas alegações em relação à defesa original, sendo que, no presente recurso, não traz fundamentação jurídica, jurisprudencial ou doutrinária dos fatos que alega.

A MT 12495/2019 já enfrentou a matéria, concluindo por manter a irregularidade, que corroboramos:

Para se afirmar que não houve prejuízo material aos munícipes (devido à ausência de cumprimento tempestivo das condicionantes ambientais) seria necessária uma investigação de solo (dentro das normas sobre o tema) na região do transbordo, o que não identificamos nos autos. Ainda assim, restariam os aspectos formais de descumprimento contratual, implantação e operação de atividade de risco sem licença ambiental exigida contratualmente.

As multas que eventualmente foram quitadas (não referenciada nos autos) junto ao órgão ambiental tratam de irregularidades previstas no código ambiental e sujeitam todos os agentes (inclusive exclusivamente privados) que deem causa a danos e riscos ambientais previstos na legislação. No presente enquadramento, ainda que possam ser estabelecidos alguns componentes de interseção como fato gerador em tela, tratam-se de legislação protetiva contra danos e riscos ao erário público e não ao direito difuso. Dessa forma, não entendemos que se trataria de dupla sanção pelo mesmo exato fato.

Pelo exposto, concluímos por não acolher as alegações do Recorrente, opinando pela manutenção da irregularidade.

4- CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO.

Diante das razões fáticas e jurídicas expostas na presente Instrução Técnica de Recurso, opina-se pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do presente **RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO** interposto pela empresa Contcom Serviços de Limpeza e Conservação Eireli, para:

- **MANTER** os termos do Acórdão 0117/2021-2 quanto ao item “1.3.3. Item 2.6 da MT 12.495/2019: Operação de transbordo irregular de resíduos sólidos (item 4.5 da ITI-680/2016)”;
- **REFORMAR** o Acórdão 0117/2021-2, afastando a irregularidade do item “1.2.1. Item 2.1 da MT 12.495/2019: Superfaturamento de quantitativos e valores dos serviços do contrato - de quantitativos de produção de lixo por habitante/dia e da produção de resíduos domiciliares mensais” e o respectivo ressarcimento.

Cabe registrar, ainda, que a Recorrente se manifestou no sentido de realizar defesa oral, com fundamento no art. 61, §1º, da Lei Complementar 621/2012. (...)”

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **subscrevendo em todos os termos do entendimento técnico e parcialmente o posicionamento do Ministério Público de Contas**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

1. ACÓRDÃO TC-623/2022:

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 DO RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO, em razão de estarem presentes todos os requisitos de admissibilidade;

1.2. DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, **para reformar** o Acórdão 0117/2021-2, afastando a irregularidade referente ao “superfaturamento de quantitativos e valores dos serviços do contrato - de quantitativos de produção de lixo por habitante/dia e da produção de resíduos domiciliares mensais” e o respectivo ressarcimento (**Item 4.1 da ITI 680/2016 e Item 2.1 da MT 12.495/2019**);

1.3. ARQUIVAR os presentes autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 19/05/2022 – 23ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

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

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões