EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, vem, tempestivamente, à presença de V. Exª., com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso III, da LC n. 451/2008, art. 152, inciso II, e 166 da LC n. 621/2012, inconformado com o Acórdão TC-01375/2024-7– 1ª Câmara, propor o presente

PEDIDO DE REEXAME

Em vista das razões anexas, requerendo após o cumprimento das formalidades legais e regimentais, seja o presente submetido à apreciação do egrégio Plenário, na forma do art. 9º, inciso XIII, do RITCEES.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 19 de março de 2025.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS

Assinado por LUCIANO VIEIRA 19/03/2025 16:03

RAZÕES DO RECURSO DE PEDIDO DE REEXAME

Processo TC: 02789/2024-7

Acórdão: TC-01375/2024-7– 1ª Câmara

EGRÉGIO PLENÁRIO,

EMINENTES CONSELHEIROS,

I – BREVE RELATO

O Acórdão TC-01375/2024-7– 1ª Câmara, exarado no Processo TC-02789/2024-7, julgou improcedente a representação aviada nos autos, nos seguintes termos:

> **1. ACÓRDÃO TC- TC-1375/2024:**
>
> **VISTOS**, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:
>
> **1.1.** Julgar **IMPROCEDENTE** a representação, com fundamento no art. 95, inciso I, da Lei Complementar Estadual 621/2012 c/c o parágrafo único de seu art. 101;
>
> **1.2. CIENTIFICAR** o representante, os interessados e o Ministério Público junto ao Tribunal, na forma regimental; e
>
> **1.3. ARQUIVAR** os autos após o trânsito em julgado.
>
> **2**. Unânime.
>
> **3.** Data da Sessão: 13/12/2024 – 54ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.
>
> **4**. Especificação do quórum:
>
> **4.1.** Conselheiros: Davi Diniz de Carvalho (presidente) e Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.
>
> **4.2**. Conselheiro substituto: Donato Volkers Moutinho (relator/Em substituição).

Configurado, no entanto, *error in judicando,* que será demonstrado nesta peça recursal, insurge este órgão do Ministério Público de Contas contra o v. acórdão na forma do art. 3º, inciso III, da Lei Complementar n. 451/2008.

II – CABIMENTO, LEGITIMIDADE E TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Preceitua o art. 166 da LC n. 621/2012 que *"cabe pedido de reexame, com efeito suspensivo, de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta"*, aplicando-lhe, no que couber "*as disposições dos artigos 164 e 165 desta Lei Complementar*".

Quanto ao interesse processual, verifica-se que o binômio interesse e adequação está devidamente demonstrado, em razão da decisão guerreada divergir do parecer ministerial e o recurso admitido ser, nos termos dos dispositivos legais supracitados, o pedido de reexame, sendo, portanto, evidenciado o cabimento e a legitimidade recursal.

Relativo à tempestividade, o art. 408, § 5º, do RITCEES estabelece que "*o prazo para interposição do pedido de reexame é de trinta dias, contados na forma prevista na Lei Orgânica do Tribunal*".

De seu turno, dispõe o art. 157 da LC n. 621/2012 que "*o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso*", iniciando-se sua contagem com a entrega dos autos com vista ao órgão ministerial (art. 62, parágrafo único).

Assim, denota-se do sistema informatizado desse tribunal (ETCEES) a disponibilização do acórdão e da íntegra do processo pela Secretaria Geral das Sessões, na sessão "Deliberações de Colegiado com prazo avaliado recentemente" no dia 20/01/2025 (segunda-feira). Logo, a contagem do prazo para a interposição do pedido de reexame iniciou-se no dia 21/01/2025 (terça-feira), nos termos dos arts. 62, parágrafo único, 66, inciso V, e 67, *caput*, da LC n. 621/2012[1].

Ademais, considerando os termos do art. 3º do anexo único da Decisão Plenária n. 14, de 14 de novembro de 2023, que "*no período de 20 de dezembro de 2024 a 20 de janeiro de 2025 ficam suspensos os prazos processuais correntes, com exceção daqueles*

[1] Art. 62. [...] Parágrafo único. A comunicação dos atos e decisões ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em qualquer caso, será feita pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista, sob pena de nulidade.
[...] Art. 66. Os prazos processuais referidos nesta Lei Complementar são peremptórios e contam-se, independente da ordem sequencial, a partir da data: [...] V - da entrega dos autos, com vista pessoal ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.
Art. 67. Para efeito do disposto nesta Lei Complementar, os prazos serão contínuos, não se interrompendo nem se suspendendo nos finais de semana e feriados, e serão computados excluindo-se o dia do início e incluindo-se o dia do vencimento, salvo disposição legal em contrário.

considerados urgentes, nos termos do artigo 64, § 4º, da Lei Complementar Estadual 621/2012 e do artigo 364, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal", conclui-se pela tempestividade da interposição deste recurso.

Perfaz-se, assim, cabível, legítimo e tempestivo o presente apelo.

III – DAS RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS

O v. Acórdão recorrido, exarado no processo TC-02789/2024-7, julgou improcedente a representação quanto à irregularidade da previsão no item 9.11.1.2 (Lote 2) do Edital de Pregão Eletrônico n. 005/2024 do Município de Sooretama (TC-02789/2024-7) relativa à exigência de Licença Ambiental para transporte rodoviário de resíduos não perigosos (Sólidos Urbanos e outros) na fase de habilitação.

Porém, a decisão recorrida merece reparo, pois como será demonstrado adiante, o v. acórdão recorrido trouxe fundamentação constituída em premissa falha, havendo nos autos clara evidência de violação à norma legal.

A princípio, denota-se que a representante no processo TC-02789/2024-7 questiona o edital do Pregão Eletrônico n. 005/2024 promovido pela Prefeitura Municipal de Sooretama, quanto à previsão contina na alínea "a" do item 9.11.1.2 que consigna exigência de apresentação de licença ambiental na fase de habilitação da licitação.

Sobre tal ponto a Unidade Técnica se manifestou da seguinte forma:

> **Instrução Técnica Conclusiva 04847/2024-4 (evento 71)**
> [...]
> **2.2 Análise**
>
> Em consulta à lei federal 14.133/2021, em seu artigo 90, extraímos:
>
> > [...] Art. 90. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.
> > § 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, por igual período, mediante solicitação da parte durante seu transcurso, devidamente justificada, e desde que o motivo apresentado seja aceito pela Administração.

> [...]
> § 3º Decorrido o prazo de validade da proposta indicado no edital sem convocação para a contratação, ficarão os licitantes liberados dos compromissos assumidos. [...]
>
> Embora a legislação não preveja objetivamente prazo para a assinatura do contrato pós homologação e adjudicação do certame, ela o limita a outros prazos, tais como o da garantia da proposta, com 60 dias, que é a metade do prazo que a fiscalização ambiental se compromete a fornecer a licença provisória (120 dias).
>
> Embora **o representante apresente robusta jurisprudência que sustentem suas alegações pelas razões de direito**, o representado traz a lume questão crucial acerca dos conflitos de prazo entre a publicação da ata do vencedor e a assinatura do contrato (muito curto) versus o prazo que a fiscalização ambiental necessita para liberar licença obrigatória para execução contratual (muito longo). (g.n)
>
> Quando há um conflito entre a lei escrita (razão de direito) e as circunstâncias reais (razão de fato), é vital que o direito seja adaptado para resolver problemas práticos e justos. A lei deve servir às pessoas, não o contrário.
>
> Dessa forma, diante da situação fática, entende-se que existem razões para que o jurisdicionado exija a licença ambiental, na hipótese do vencedor não ter licença ambiental, proceda uma diligência que aguarde até 120 dias para que se regularize a situação e caso não seja cumprido, chame a próxima melhor proposta. Diferente dessa solução, seria ou restritivo ou negligente o pregoeiro.
>
> Por essa razão, considerando os insuficientes elementos nos documentos dos autos, entendemos que este item representado carece de suficiente plausibilidade, não merecendo o seguimento da matéria.
> [...]

Conforme mencionado no Parecer do Ministério Público de Contas 06158/2024-7 (evento 72, TC-02789/2024-7), "*o entendimento da unidade técnica é contraditório quando afirma que o representante trouxe robusta jurisprudência que sustenta suas alegações, mas, em sequência, alega que são insuficientes os documentos colacionados aos autos, de forma que carece de plausabilidade a alegação da representante".*

Quanto a esse ponto, a Unidade Técnica incorreu em equívoco, uma vez que a representante anexou jurisprudência tanto do Tribunal de Contas da União quanto desta Corte de Contas, elucidando o entendimento de que a exigência de licenças, de qualquer natureza, deve ser imposta apenas ao licitante vencedor, no momento oportuno, em conformidade com os princípios da competitividade e da legalidade que regem as contratações públicas.

Outrossim, a jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União aponta que licenças ambientais, quando exigíveis, devem ser apresentadas apenas pela empresa vencedora do certame, como condição para a assinatura do contrato, e não como requisito para a fase de habilitação, conforme se depreende do excerto do Acórdão 6306/2021, 2ª Câmara, Processo 024.296/2020-1 abaixo transcrito:

> REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. PEDIDO DE CAUTELAR SUSPENSIVA. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE NO CERTAME. OITIVA PRÉVIA. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. PREJUÍZO AO PEDIDO DE CAUTELAR SUSPENSIVA. CIÊNCIA PREVENTIVA E CORRETIVA. COMUNICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:
> [...]
> 9.3. promover o envio de ciência, nos termos da Resolução TCU n.º 315, de 2020, com vistas à superveniente adoção das medidas cabíveis em prol da prevenção ou correção das irregularidades no sentido de, em futuros certames, o Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Mato Grosso do Sul abster-se de incorrer nas seguintes falhas:
> 9.3.1. exigir a comprovação da licença ambiental para todos os licitantes, como requisito de habilitação, pois essa conduta deveria ser exigida apenas do licitante vencedor, cabendo aos demais proponentes apresentar tão somente a declaração de disponibilidade ou reunir as condições de apresentá-la a partir da correspondente solicitação pela administração pública, em consonância com o art. 20, § 1º, da então IN SLTI n.º 2, de 2008, e com a jurisprudência do TCU:
> [...]

No mesmo sentido é o entendimento desta Corte de Contas no v. Acórdão 00311/2021-1 – Plenário, proferido nos autos TC-8578/2018-1, *verbis:*

> A exigência da licença ambiental por ocasião da licitação é desprovida de razoabilidade, na medida em que, somente a empresa vencedora que irá executar o contrato deverá obtê-la.
> [...]
> **Não é razoável exigir de todos os licitantes que eles obtenham a Licença Única para operação, já que apenas uma empresa irá sagrar-se vencedora do certame.** [g.n.]

Assim, denota-se irregular a exigência da comprovação de licença ambiental no momento da habilitação, tendo em vista que referido documento deve ser exigido tão somente como condição para a contratação, ou seja, a apresentação da licença ambiental apenas será feita por meio do vencedor da licitação e que exigir referido documento na fase da habilitação fere potencialmente a competitividade no certame.

O v. Acórdão em consonância com a Unidade Técnica, divergiu deste órgão ministerial aduzindo, em suma, que "*havendo vedação regulamentar à exigência de licença ambiental na fase de habilitação, como ocorre na União, ela será válida. Por outro lado, também será válida a previsão regulamentar que exija a apresentação de licença ambiental como requisito para a habilitação. Finalmente, nos casos em que não houver regulamentação específica, parece que o administrador está livre para decidir em cada caso, nos limites da razoabilidade, da proporcionalidade e da legislação ambiental, conquanto seja uma boa prática que as licenças ambientais somente sejam exigidas do vencedor da licitação*. [...] *Dessa maneira, uma vez que é exigível o licenciamento ambiental para o exercício dessas atividades e não se tendo notícia de regulamentação específica do município de Sooretama que vede a inclusão da apresentação de licença ambiental como requisito para a qualificação técnica, verifica-se que o item "9.11.1.2.a" do Edital de Pregão Eletrônico 5/2024 da Prefeitura Municipal de Sooretama está amparado pelo inciso IV do art. 67 da Lei 14.133/2021 c/c o art.10 da Lei 6.938/1981 e com os itens 23.06 a 23.08 do Anexo II da IN IEMA 15-N/2020."*

Contudo, tal argumentação não deve prosperar, uma vez que está em total desacordo com o basilar princípio da legalidade, que determina que a Administração Pública só pode atuar movida por lei. Nesse sentido, diante da inexistência de norma que permita a exigência de licenças em fase de habilitação em licitação, não pode a Administração atuar com discricionariedade, deve, a *contrario sensu*, se posicionar no sentido de se abster de adotar condutas não autorizadas pela lei.

Repisa-se, à Administração Pública não cabe atuar na ausência de vedação legal, uma vez que só pode atuar a partir de expressa determinação legal, consoante dispõe o art. 37, *caput,* da Constituição Federal.

A propósito, vaticina Niebuhr ao tecer comentários sobre a Lei n. 14.133/2021 quanto à situação similar ao caso tratado nos autos:

> O princípio da competitividade é fundamental para a licitação e ele repercute mais fortemente na fase de habilitação. A disputa deve ser ampla, franqueada a todos que tenham capacidade e idoneidade para cumprir o futuro contrato administrativo, por imperativo constitucional (parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal). Por isso, as exigências de habilitação devem servir em conjunto a apartar os que têm capacidade e idoneidade para cumprir o futuro contrato dos que não têm. Daí que o princípio da competitividade é vulnerado

> sempre que o edital contiver exigências inúteis, desnecessárias, irrelevantes ou impertinentes, tomando como parâmetro as especificidades do objeto licitado.
> [...]
> A segunda questão é se à Administração é permitido em habilitação fazer outras exigências além das previstas na Lei nº 14.133/2021. A resposta, por regra, é negativa. O artigo 67 trata dos documentos de qualificação técnica e a parte final do caput, antes de listar os documentos, prescreve que ela "será restrita a: [...]". O artigo 68, na mesma toada, prescreve que "as habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos: [...]". O artigo 69, por sua vez, anuncia que a habilitação econômico-financeira é "restrita à apresentação da seguinte documentação: [...]". O legislador, nos artigos 67 e 69, foi bem categórico, ressaltando que a comprovação é restrita aos documentos indicados por ele. O artigo 68 não é tão assertivo, não fala de restrição, mas sinaliza que os documentos de habilitações fiscal, social e trabalhista são os mencionados nos seus incisos e não outros, não dando margem à intepretação que considere que a lista de documentos seja meramente exemplificativa.
> [...]
> A vontade do legislador, vertida em linguagem compreensível, foi a de prever sistemática sobre os documentos de habitação com espaços de discricionariedade delimitados. Pode-se até discordar do legislador, mas há de se cumprir a lei sem negar o seu conteúdo literal e unívoco. É de prestigiar o princípio da legalidade, dado que à Administração não é permitido formular exigências não pressupostas em lei. Isso porque, para a Administração Pública, o princípio da legalidade reveste-se de tonalidade especial, haja vista que, de acordo com as afamadas lições de Caio Tácito, "ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente". A Administração Pública cumpre a lei; os agentes administrativos exercem competência atribuída por lei, nos termos desta. Portanto, os agentes administrativos não podem fazer exigências que não encontrem guarida na lei, que não sejam permitidas por ela; não podem exigir em habilitação documentos não previstos em lei.
>
> O Tribunal de Contas da União, diante da Lei nº 8.666/1993, adota a tese de que a Administração não pode formular exigências de habilitação não prescritas na lei. Confira-se, a título ilustrativo, do Acórdão nº 2.192/2016, do Plenário: "É ilegal e restringe a competitividade do certame licitatório a exigência de documentos de habilitação além daqueles previstos nos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993".631 É verdade que os dispositivos da Lei nº 14.133/2021 trazem outra redação, diferente da Lei nº 8.666/1993. No entanto, em que pesem as diferenças, o sentido é o mesmo. Sob essa premissa, é de supor que o entendimento do Tribunal de Contas da União construído com base na Lei nº 8.666/1993 seja replicado para a Lei nº 14.133/2021.
> (Licitação Pública E Contrato Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 805-874.)

Ressalta-se a importância e as principais características do princípio da legalidade, consoante lição de Alexandre Mazza:

> "O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a vontade da lei.
> [...]

> O princípio da legalidade é o mais importante princípio específico do Direito Administrativo. Dele derivam vários outros, tais como: finalidade, razoabilidade, isonomia e proporcionalidade.
> [...]
> A relação do agente público com a lei é de subordinação, razão pela qual os regramentos estabelecidos pelo legislador desenham limites positivos para as atividades públicas. Por isso, a ausência de disciplina legal sobre certo comportamento significa no âmbito da Administração Pública uma proibição de agir. O legislador define normas públicas proibitivas somente para excepcionar permissões gerais ou rechaçar comportamentos vedados pela falta de norma específica. No Direito Público existe uma norma geral proibitiva implícita, na medida em que a falta de regra específica atrai a incidência de um comando proibitivo genérico."
> (Curso de Direito Administrativo. ed. 14. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. p. 78/83)

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal ao lecionar sobre o princípio da legalidade, e após apresentar a relação existentes entre o mencionado princípio e o pensamento liberal, afirma:

> "A legalidade também não deve ser dissociada, dessa forma, da ideia de "Império da lei" (force de loi), que submete todo poder e toda autoridade à soberania da lei. Não há poder acima ou à margem da lei. Todo o direito está construído sobre o princípio da legalidade, que constitui o fundamento do Direito Público moderno.
> [...]
> No Direito Administrativo, a tradição doutrinaria permitiu dizer que, enquanto no âmbito privado é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que está autorizado pela lei, ideia que condensa, pelo menos em termos, o princípio da legalidade administrativa previsto no art. 37, caput, da Constituição.
> [...]
> Não há como negar, portanto, que o Estado de Direito esteja construído sobre esse conceito de lei, o princípio da legalidade, permanece insubstituível como garantia dos direitos e como fundamento e limite a todo funcionamento do Estado.
> [...]
> O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, do ponto de vista estrutural, mas ao ordenamento jurídico em sentido material. É possível falar então em um bloco de legalidade ou de constitucionalidade que englobe tanto a lei como a Constituição. Lei, nessa conformação, significa norma jurídica, em sentido amplo independentemente de sua forma. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. ed. 19. São Paulo? Saraiva jur, 2024. p. 981/983)

Em suma, sendo certo que a administração deve atuar *secundum legem* e não havendo, no caso vertente, lei que preveja como requisito de habilitação a exigência de licença ambiental (art. 67, inciso IV, da Lei n. 14.133/2021) o edital em exame contém cláusula nula, da qual resulta restrição à competitividade do certame, violando-se, gravemente, portanto, o art. 5º do indigitado estatuto legal.

Por fim, o v. Acórdão ressaltou a justificativa da origem quanto à exigência da licença ambiental no momento da habilitação, posto que "*havia urgência na finalização do procedimento licitatório, já que, naquele momento, o serviço era prestado ao município por meio de contrato emergencial.*

Entrementes, cabe rememorar o Parecer do Ministério Público de Contas 06158/2024-7 que pontuou que "*A continuidade do serviço público possui relevância inquestionável para toda a sociedade, mas no caso dos autos a administração não poderia restringir a participação no certame pela ausência de licença no momento da habilitação, contrariamente à legislação, notadamente por fato a ela mesmo imputada, haja vista que o adequado planejamento permitiria a realização do certame em tempo hábil, sem a inserção de cláusulas restritivas no edital".*

Desse modo, a alegada emergência para a contratação decorre da própria incapacidade da Administração em gerenciar adequadamente os prazos e planejar a licitação de forma tempestiva, resultando em uma situação que poderia ter sido evitada com a devida organização. Ao impor a exigência de licença ambiental em momento inoportuno (habilitação), a Administração infringiu a Lei n. 14.133/2021, que preza pela competitividade, restringindo indevidamente a participação de licitantes e comprometendo a legalidade do certame.

Resta, portanto, evidenciado o *error in judicando* no v. Acórdão objurgado, o qual, por questão de justiça e equidade, deve ser sanado nesta oportunidade recursal.

IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** requer seja o presente pedido de reexame recebido, conhecido e provido para reformar o v. Acórdão TC- 01375/2024-7 – 1ª Câmara para julgar procedente a representação pela prática de grave infração à norma legal, consistente na exigência ilegal de licença ambiental na fase de habilitação, com violação aos arts. 5º e 67, inciso IV, da Lei n. 14.133/2021 e, por consequência, imputar multa pecuniária aos responsáveis, na forma do art. 135, inciso II, da LC n. 621/2012, sem prejuízo de, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, expedir determinação

ao órgão contratante para que se abstenha de renovar o contrato decorrente do certame maculado.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 19 de março de 2025.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS