



Processo nº: 12.501/12.

Jurisdicionada: Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal – DER/DF.

Assunto: Licitação.

Ementa: Concorrência nº 4/2012 – DER/DF. Objeto: restauração da rodovia DF-180. Possível sobrepreço no orçamento estimativo. Data de abertura prevista inicialmente: 30.07.12 às 10h. Valor estimado: R\$ 13.884.097,19 (fl. 01). Decisão nº 3.467/12 – determinação para adequação da planilha orçamentária e autorização para prosseguimento do certame, condicionado ao atendimento da diligência, com reabertura de prazo. Representação interposta pela empresa Pentag Engenharia, com pedido de liminar, contra o item 3.4.3.7 do edital. Unidade Técnica propõe o não conhecimento da representação. VOTO divergente, no sentido de tomar conhecimento da representação e considerá-la, no mérito, improcedente. VOTO DE VISTA convergente com o Relator, por fundamento diverso.

Relator original: Conselheiro Manoel de Andrade.

VOTO DE VISTA

Tratam os autos do exame do edital da Concorrência nº 4/2012, sob responsabilidade do Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal – DER/DF, tendo por objeto a restauração da rodovia DF-180 (fls. 135/167-verso).

Após algumas alterações, a abertura das propostas foi fixada para o dia 30.07.12, às 10h (fl. 135).

Na Sessão Ordinária nº 4.522, de 10.07.12, esta Corte de Contas, por unanimidade, prolatou a **Decisão nº 3.467/12** (fl. 188), com o seguinte teor:

*“I - tomar conhecimento do Edital de Concorrência nº 04/2012- DER/DF, do Ofício nº 049/2012- DMASE/DER/DF e de seus respectivos anexos; II - **determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal que adote providências ou apresente justificativas, em face das impropriedades verificadas no orçamento estimativo quando comparado com o sistema SICRO, principalmente quanto aos valores dos serviços de ‘Concreto betuminoso usinado a quente, incluindo espalhamento e compactação – 4221’ e ‘Sub-base ou base de brita graduada – 4214’, os quais apresentam as produtividades das equipes desatualizadas; III - esclarecer ao jurisdicionado que o prosseguimento do certame está condicionado ao atendimento da diligência constante do item anterior, havendo necessidade de se observar as prescrições contidas no art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, bem como de encaminhar a documentação comprobatória a esta Corte de Contas; IV - retornar o feito à Secretaria de Acompanhamento, para os devidos fins.” (grifei)***



No dia 11.07.12, a jurisdicionada tomou ciência do teor da deliberação plenária supracitada, mediante o Ofício nº 5093/2012-GP (fl. 189).

Nesse mesmo dia, a empresa Pentag Engenharia interpôs junto a esta Casa a representação de fls. 150/151 (e anexos de fls. 192/432), com pedido de liminar, pugnando pela retirada do item 3.4.3.7 do edital (fl. 139), transcrito a seguir:

“3.4. - O envelope n. 01, com o título DOCUMENTAÇÃO, deverá conter, sob pena de inabilitação, em sua única via, os seguintes documentos, em plena validade e atendendo as seguintes exigências:

(...)

3.4.3. - Habilitação relativa à qualificação técnica:

(...)

*3.4.3.7. – **declaração da licitante de que tem Usina de Asfalto para a aplicação das misturas betuminosas usinadas a quente, licenciada em conformidade com a legislação ambiental (CONAMA) em vigor e que se compromete a disponibilizar os volumes necessários à conclusão da obra, no período de vigência do contrato. Caso a licitante não disponha de usina de asfalto própria, deverá apresentar declaração de empresa que tenha a Usina de Asfalto, licenciada em conformidade com a legislação ambiental (CONAMA) em vigor, na qual conste o compromisso de processamento e de fabricação das misturas usinadas a quente previstas, bem como a garantia de disponibilizar os volumes necessários para a conclusão da obra no período contratual.**” (grifou-se)*

Segundo a representante, *“em nenhum edital de licitação do DNIT em vigor em todo País (...) há a absurda exigência solicitada no item 3.4.3.7 do edital da Concorrência 004/2012 DER-DF. É evidente que tal exigência cria um CARTEL entre empreiteiras para concorrerem nesse tipo de licitação em Brasília, além de afrontar o § 6º Art 30 da Lei 8666/93”*.

A unidade técnica, mediante a Informação nº 178/2012 (fl. 433), após citar que o teor da representação foi objeto de Estudos Especiais no Processo nº 15.590/07, *“cujas decisão final da Corte acabou por admitir como regular a referida exigência nos editais do DER/DF e da NOVACAP”*, pugnou por que o Tribunal não conhecesse do documento, *“com espeque no art. 195, § 6º, inciso I, do Regimento Interno (com redação dada pela Emenda Regimental nº 32, de 13.12.2011)”*.

O ilustre Relator do feito, Conselheiro Manoel de Andrade, após contextualizar o feito, lançou Voto divergente, nestes termos:

“Conforme ressaltado pela Unidade Técnica, esta Corte de Contas já deliberou pela aceitabilidade da exigência de usina de asfalto a uma distância máxima de 100 km, o que foi objeto de estudos especiais no âmbito do Processo n.º 15950/07.

Sendo assim, a Instrução manifesta-se pelo não conhecimento da representação apresentada pela empresa PENTAG Engenharia



quanto à questão citada anteriormente, tomando por fundamento o art. 195, § 6º, inciso I, do RI/TCDF, que assim dispõe:

‘§ 6º O Relator ou o Tribunal não conhecerá de representação ou denúncia, devendo o respectivo processo ser arquivado após comunicação ao denunciante, nos seguintes casos:

I – não identificada a verossimilhança das informações;’

Diferentemente da Unidade Técnica, entendo que o fato de o Tribunal já ter deliberado pela viabilidade da exigência editalícia questionada pela representante, não afasta a verossimilhança das informações prestadas em sua peça. Dessa forma, penso que o Tribunal deva conhecer da representação, para, no mérito, considerá-la improcedente.

Ante o exposto, lamentando divergir da Instrução, VOTO por que este egrégio Plenário:

I – tome conhecimento da representação de fls. 190/191 apresentada pela empresa PENTAG Engenharia, para, no mérito, considerá-la improcedente;

II – dê ciência desta decisão à representante;

III – retorne o feito à Secretaria de Acompanhamento para os devidos fins.”

Na Sessão Ordinária nº 4.524, de 17.07.12, pedi vista¹ destes autos, para melhor compreensão do assunto, adiando o julgamento da matéria nele constante.

Quanto à admissibilidade da representação interposta pela empresa Pentag Engenharia, entendo, da mesma forma que o i. Relator destes autos, que o Tribunal deve tomar conhecimento da representação de fls. 150/151 (e anexos de fls. 192/432), nos termos do art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 195, § 1º, do RI/TCDF, por preencher os requisitos de admissibilidade.

Quanto ao mérito da representação, tenho por necessário tecer algumas considerações acerca da matéria.

O argumento suscitado pelo Cons. Manoel de Andrade para negar provimento à representação ampara-se no entendimento firmado por esta Corte de Contas, por maioria, no âmbito do Processo nº 15.950/07, quando deliberou pela aceitabilidade da exigência relativa à “propriedade ou declaração solidária de proprietário de usina de asfalto, ambientalmente licenciada, localizada à distância máxima de 100 Km do local de aplicação do insumo, presente nos editais de licitação de obras de pavimentação asfáltica das jurisdicionadas Novacap e DER/DF” (grifei).

Buscando ampliar o debate e resgatar os argumentos trazidos àquele feito, trago à baila o Voto apresentado pelo douto Relator do Processo nº 15.950/07, Conselheiro Jorge Caetano, no sentido de considerar ilegal tal exigência:

¹ Decisão nº 3.556/12 (fl. 437).



“Do bem lançado estudo produzido pelo órgão instrutivo desta Corte, destaco dois pontos.

O primeiro relaciona-se à distância exigida que, pelos dados apresentados na pesquisa realizada, não é uniforme. No caso da Prefeitura de Três Pontas, MG, é fixada em até 70 km; no caso do Acórdão TCU nº 299/2004 estima-se um perímetro de 100 km; no caso levantado do TCE/MG, a distância é de 110 km.

Assim, pode-se concluir que a manutenção da temperatura do material não está em função da distância, mas sim dos recursos tecnológicos disponibilizados para alcançar tal objetivo.

O segundo refere-se à questão da competitividade que, pela tabela elaborada pelo órgão instrutivo, fica claramente demonstrada a influência dessa exigência como fator de redução do processo de competição que deve caracterizar o certame licitatório.

Tais constatações vão ao encontro dos posicionamentos que tenho adotado sobre a matéria, em especial nas Decisões nºs. 2.638/2002 e 3.260/2001, no sentido de que tal exigência é ilegal, por afrontar a competitividade do processo licitatório.

Ademais, entendo por oportuno o envio de cópia deste Relatório/Voto, caso acolhido, às jurisdicionadas, para melhor compreensão da decisão a ser prolatada.

Assim, coerente com meu entendimento, acolhendo integralmente os termos e sugestões do órgão instrutivo e com o acréscimo que faço, VOTO no sentido de que este Plenário:

- I - tome conhecimento dos documentos acostados às fls. 19/209;*
- II - considere que a exigência de propriedade ou declaração solidária de proprietário de usina de asfalto, ambientalmente licenciada, localizada à distância máxima de 100 Km do local de aplicação do insumo, presente nos editais de licitação de obras de pavimentação asfáltica das Jurisdicionadas Novacap e DER/DF, compromete a legalidade do certame, por violação do seu caráter competitivo, afrontando o disposto no inc. I do § 1º do art. 3º da Lei de Licitações;*
- III - determine à Novacap e ao DER/DF que, doravante, não mais façam constar tal exigência ou qualquer outra assemelhada em seus editais de licitação;*
- IV - autorize:*
 - a) o envio de cópia deste Relatório/Voto, caso acolhido, às jurisdicionadas, para melhor compreensão da decisão a ser prolatada;*
 - b) o arquivamento dos autos.” (grifei)*

O nobre Cons. Manoel de Andrade, de forma divergente, lançou, naqueles autos, o Voto de Vista transcrito a seguir, no sentido de considerar legal a



exigência de declaração (própria ou de terceiro) de propriedade de usina de asfalto limitada a uma distância de 100 km:

“Na sessão do dia 09 de dezembro, pedi vista do presente processo para melhor inteirar-me da matéria nele tratada.

Diferentemente do nobre relator, não vislumbro irregularidade na exigência relacionada à usina de asfalto nos editais de licitação cujos objetos incluem serviços/obras de pavimentação asfáltica.

A distância de 100 Km que vem sendo exigida nas peças editalícias afigura-se-me razoável, providência que propicia a manutenção da temperatura do material durante o percurso. Alicerço minha assertiva em argumentos técnicos colacionados aos autos pelas jurisdicionadas.

O DER/DF, por meio do o Ofício nO 584/2008 (fls. 101/102), afirma que ‘caso a produção da massa seja efetuada em usina distante do ponto de aplicação, durante o transporte, a massa se resfriará, impossibilitando a sua aplicação ou onerando a qualidade do serviço’.

Nessa mesma linha, a Novacap, mediante o Ofício nº 1105/2008 (fls. 103/104), defende que a ‘exigência justifica-se tecnicamente porque o material betuminoso é produto perecível e quando ultrapassa o tempo para sua aplicação na obra, se deteriora, em função de sua composição e seu resfriamento(.).’

Sendo assim, entendo que, independentemente dos recursos tecnológicos de que dispõe a licitante na fabricação do material, uma distância muito grande pode vir a inviabilizar que a execução da obra ocorra com qualidade e eficiência.

Se, por um lado, está demonstrado que as concorrentes que detêm propriedade de usina asfáltica compõem a maioria das contratadas nas licitações promovidas pelos órgãos públicos, nada autoriza concluir que elas perderão essa primazia com a exclusão da exigência realçada.

Ademais, como asseverou a própria instrução, no período compreendido no estudo em evidência, uma empresa foi inaugurada no Distrito Federal, fato esse que mitiga, sensivelmente, o raciocínio que concluiu pelo cerceamento da competitividade.

Dessa forma, lamentando divergir do relator, VOTO no sentido de que este Plenário:

I - tome conhecimento dos documentos acostados às fls. 19/209;

II - autorize o arquivamento dos autos.”

Tendo em conta o empate² na votação, o i. Presidente deste Tribunal àquela época, Cons. Paulo César de Ávila e Silva, desempatou o feito, acompanhando o voto do Revisor, da seguinte forma:

² Na Sessão Extraordinária nº 81, de 11/12/2008, houve empate na votação. Os Conselheiros RONALDO COSTA COUTO e RENATO RAINHA acompanharam o voto do Relator, Conselheiro JORGE CAETANO. As Conselheiras MARLI VINHADELI e ANILCÉIA MACHADO seguiram o voto do Revisor, Conselheiro MANOEL DE ANDRADE.



“Os presentes autos foram autuados em cumprimento da determinação contida na Decisão nº 1.893/2007, fls. 17/18, com o intuito de realizar novos estudos a respeito das exigências relacionadas à usina de asfalto que as jurisdicionadas Novacap e DER-DF têm incluído nos editais de licitação, cujos objetos incluem serviços/obras de pavimentação asfáltica.

Na Sessão Ordinária nº 81, de 11 de dezembro de 2008, o Conselheiro Relator Jorge Caetano, acolhendo integralmente os termos e sugestões do órgão instrutivo votou no sentido de que este Plenário: I – tome conhecimento dos documentos acostados às fls. 19/209; II – considere que a exigência de propriedade ou declaração solidária de proprietário de usina de asfalto, ambientalmente licenciada, localizada à distância máxima de 100 Km do local de aplicação do insumo, presente nos editais de licitação de obras de pavimentação asfáltica das jurisdicionadas Novacap e DER/DF, compromete a legalidade do certame, por violação do seu caráter competitivo, afrontando o disposto no inc. I do § 1º do art. 3º da Lei de Licitações; III – determine à Novacap e ao DER/DF que, doravante, não mais façam constar tal exigência ou qualquer outra assemelhada em seus editais de licitação; IV – autorize: a) o envio de cópia deste Relatório/Voto, caso acolhido, às jurisdicionadas, para melhor compreensão da decisão a ser prolatada; b) o arquivamento dos autos.

O Conselheiro Manoel de Andrade na Sessão Ordinária nº 4225, de 09 de dezembro de 2008, pediu vista do presente processo para melhor inteirar-se do assunto. Lamentando divergir do relator, votou no sentido de que este Plenário: I – tome conhecimento dos documentos acostados às fls. 19/209; II – autorize o arquivamento dos autos.

O Conselheiro Jorge Caetano manteve o seu voto de fls. 305/306, sendo acompanhado pelos Conselheiros Ronaldo Costa Couto e Renato Rainha.

As Conselheiras Marli Vinhadeli e Anilcéia Machado seguiram o voto do Revisor, Conselheiro Manoel de Andrade.

Havendo empate na votação, com base nos arts. 84, VI e 73 do RI/TCDF, passo ao voto de desempate.

O Conselheiro Revisor, ao examinar o Ofício nº 584/2008-DER/DF (fls. 101/102) e o Ofício nº1105/2008 da Novacap (fls. 103/104), entendeu que, independentemente dos recursos tecnológicos de que dispõe a licitante na fabricação do material, uma distância muito grande pode vir a inviabilizar que a execução da obra ocorra com qualidade e eficiência.

Esse entendimento também é o adotado pelo TCU, que apesar de não vinculativo, é esteio para a decisão.

À vista do exposto e lamentando dissentir do Relator, voto acompanhando o entendimento manifestado pelo ilustre Revisor.”
(grifei)



Assim, o TCDF, por maioria, mediante a **Decisão nº 51/09**, de 03.02.09, entendeu aceitável a exigência constante dos editais do DER/DF e da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – Novacap, referente à propriedade de usina de asfalto limitada a uma distância de 100 km.

Considerando que não tive a oportunidade de lançar o meu posicionamento naquele feito, tenho por necessário, neste momento, externar algumas considerações acerca da matéria em questão.

A representação interposta pela empresa Pentag Engenharia (fls. 190/191) questiona a regularidade da exigência constante do item 3.4.3.7 do edital, que estabelece que a licitante deverá, sob pena de inabilitação, apresentar declaração de que possui usina de asfalto (própria ou de terceiros) licenciada em conformidade com a legislação ambiental em vigor.

Segundo a representante, tal exigência estaria cerceando a competitividade da licitação e estaria em desacordo com o disposto no § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, transcrito na sequência:

*“Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á** a:*

(...)

*§ 6º **As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.**”*

De fato, a leitura do supracitado dispositivo legal permite verificar que a Lei de Licitações e Contratos veda a exigência de **propriedade** e de **localização prévia** para fins de qualificação técnica das licitantes.

Constato, ainda, que um dos argumentos utilizados pelo nobre Presidente do TCDF à época da prolação da Decisão nº 51/09 para fundamentar seu voto de desempate – de que o Tribunal de Contas da União – TCU também considerava a exigência aceitável – não se mostra em harmonia com o posicionamento atual daquela Corte de Contas Federal.

A fim de reforçar tal argumento, cito que o TCU publicou, recentemente, em 03.07.12, o Informativo de Licitações e Contratos nº 112³, contendo o seguinte entendimento acerca da matéria:

“2.2. A obrigatoriedade de que licitante possua usina de asfalto ou de que apresente de termo de compromisso firmado com terceiro para fornecimento desse insumo constitui violação contidos nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 6º, ambos da Lei n.º 8.666/1993

Ainda na representação que versou sobre a Concorrência 01/2012, promovida pela Prefeitura Municipal de São José da Tapera/AL para implantação e ampliação do sistema de esgotamento sanitário, foi

³ http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/INFOJURIS/INFO_TCU_LC_2012_112.doc



apontada como possível irregularidade a exigência de termo de compromisso de fornecimento de CBUQ firmado com a proprietária de usina ou de comprovação de que dispõe de usinas de asfalto a quente. A unidade técnica, em avaliação inicial, considerou que tais exigências não encontram amparo legal e configuram restrição ao caráter competitivo do certame. Com o intuito de reforçar seu entendimento, valeu-se de trecho de Voto condutor do Acórdão 1.578/2005-Plenário, que apreciou cláusula de edital contendo exigência similar à contida no edital da Concorrência acima referida: 'Entendo que só a exigência de que o licitante possua usina de asfalto já instalada no Estado da Paraíba, ou, caso contrário, de apresentação de Declaração de Compromisso de Fornecimento constitui, como bem entende a Secex/PB, flagrante violação dos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 6º, ambos da Lei n.º 8.666/1993, especialmente, deste último. A simples reprodução desses dispositivos evidencia, por si só, a desconformidade textual da exigência editalícia com a letra da lei.' O relator do feito endossou as conclusões preliminares da unidade técnica. Por considerar presentes os requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, decidiu, também por esse motivo, determinar a suspensão dos procedimentos relativos à Concorrência Pública 01/2012 e dos atos dela decorrentes, além de realizar oitiva do referido ente. Precedentes mencionados: Acórdãos n.ºs. 1.578/2005, 808/2007, 800/2008, 983/2008, 1.227/2008, 2.150/2008, 1.339/2010 e 2008/2011, todos do Plenário. Comunicação de Cautelar, TC 017.100/2012-7, rel. Min. Raimundo Carreiro, 27.6.2012." (negritos do original e sublinhado nosso)

Assevero, porém, que esse entendimento no âmbito do TCU não é recente, uma vez que, desde 2004⁴, o TCU vem considerando ilegal tal exigência, conforme se verifica no rol de processos relacionados como precedentes quando da publicação, em 21.06.10, do Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 20⁵, transcrito a seguir:

"Exigência, na fase de habilitação, de termo de compromisso de fornecimento de asfalto, firmado pela licitante com a usina fornecedora

Restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declaração de terceiros detentores de usina, garantindo o fornecimento do asfalto necessário. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação que indicava possíveis irregularidades na Concorrência Pública n.º 3/2010, conduzida pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente e de Recursos Hídricos (Semarh/RN), cujo objeto era a contratação das obras civis do Sistema Adutor Santa Cruz de Apodi/Mossoró. Em seu voto, o relator constatou que a exigência editalícia não foi devidamente justificada, mostrando-se restritiva ao caráter competitivo do certame. 'Ainda que assim não fosse', destacou que o Tribunal tem considerado indevida a inclusão, no edital, de cláusula dessa natureza, por ser contrária aos arts. 3º, §

⁴ Acórdão nº 648/2004 – Plenário.

⁵ http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/INFOJURIS/INFO_TCU_LC_2010_20.doc



1º, I, e 30, § 6º, da Lei n.º 8.666/93. O relator ressaltou, ainda, que, frente ao objeto licitado, o fornecimento de asfalto é considerado de pouca monta, sendo, pois, indevida tal exigência para fim de qualificação técnica, conforme jurisprudência do TCU. Tendo em vista a informação de que o certame já se encontrava na fase de julgamento das propostas, o relator reputou mais adequado o Tribunal fixar prazo para a Semarh/RN adotar as medidas cabíveis com vistas à anulação da Concorrência Pública n.º 3/2010, sem prejuízo de expedir-lhe determinação corretiva para futuras licitações envolvendo a aplicação de recursos federais. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 648/2004, 1.578/2005, 697/2006, 1.771/2007, 2.656/2007, 800/2008, 2.150/2008 e 1.495/2009, todos do Plenário. Acórdão n.º 1339/2010-Plenário, TC-010.710/2010-8, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.06.2010.” (negritos do original e sublinhado nosso)

Verifico, ainda, que, no Informativo nº 37⁶, publicado em 26.10.10, o Tribunal de Contas da União também deliberou nesse mesmo sentido, conforme se verifica a seguir:

“Contratação de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas: 1 – Impossibilidade de exigir declaração formal da licitante de que dispõe de usina de asfalto, para fim de qualificação técnica

Em representação formulada ao TCU, foram apontadas possíveis irregularidades na Tomada de Preços nº 25/2010, realizada pela Prefeitura Municipal de Cariacica/ES, destinada à contratação de empresa para execução de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas, financiada, em parte, com recursos oriundos de contratos de repasse celebrados com o Ministério das Cidades. Dentre tais irregularidades, constou a ‘exigência, como requisito de qualificação técnica, de declaração formal de que dispõe de usina de asfalto com capacidade de produção igual ou superior a 60 toneladas/hora, com licença de operação emitida pelo órgão ambiental competente, em vigor na data de entrega das propostas, a qual deverá estar localizada num raio máximo de 60 km de distância da sede do Município’, a qual motivou a audiência dos responsáveis. Examinadas as justificativas apresentadas, a unidade instrutiva, citando vários precedentes do TCU, concluiu ser indevida a exigência. A respeito da situação, o relator ressaltou a existência de ampla jurisprudência do TCU, no sentido de que se trata de exigência descabida, sendo, por isso, ‘motivo suficiente para anulação do certame’, a exemplo do Acórdão 1495/2009 – Plenário, do qual destacou o seguinte excerto do voto condutor da decisão: ‘restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a empresa licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declaração de terceiros detentores de usina, ainda mais quando é fixado limite máximo de distância para sua instalação’. (...) ‘Não há como buscar amparo na Lei n. 8.666/93 para se exigir dos licitantes

⁶ http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/INFOJURIS/INFO_TCU_LC_2010_37.doc



a disponibilidade de usina de asfalto, ainda mais com localização prévia, nem, sequer, a exigência de termo de compromisso com usinas de terceiros'. Enfatizou o relator que, 'caso o órgão licitante considere relevantes exigências de comprovação de propriedade de equipamentos, como a usina de asfalto, ou de apresentação de licenças de qualquer natureza, deve fazer tais imposições por ocasião da assinatura do contrato a ser firmado com a proponente vencedora, e não como requisito de habilitação'. Assim, anuindo à proposta da unidade instrutiva, o relator votou pela fixação de prazo à Prefeitura de Cariacica para adotar as providências necessárias com vistas à anulação da Tomada de Preços nº 25/2010, no que contou com a anuência do Colegiado. Precedentes citados: Acórdãos 648/2004, 1578/2005, 1332/2006, 1631/2007, 2656/2007, 983/2008, 1663/2008, 2215/2008, 2150/2008, 1495/2009, 935/2010, 1339/2010, todos do Plenário. Acórdão n.º 5900/2010-2ª Câmara, TC-022.785/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 05.10.2010.' (negritos do original e sublinhado nosso)

Destaco, assim, que o entendimento do TCU vai de encontro com o posicionamento firmado, por maioria, pelo TCDF, no âmbito do Processo nº 15.950/07. Conforme se verifica, a egrégia Corte de Contas Federal considera ilegal a exigência, para fins de qualificação técnica, de declaração formal da licitante de que dispõe de usina de asfalto **quando há a limitação de distância**.

Por fim, destaco que o eg. Superior Tribunal de Justiça – STJ também já teve a oportunidade de se manifestar acerca do tema, tendo deliberado pela ilegalidade de tal exigência (com limitação de distância), conforme se verifica na Ementa transcrita a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO (LEI 1.533/51, ART. 1º). CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSÁRIO REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. LICITAÇÃO. RESTRIÇÃO EDITALÍCIA RELATIVA À LOCALIZAÇÃO DE INSTALAÇÕES DOS LICITANTES. ILEGALIDADE (LEI 8.666/93, ART. 30, § 6º). PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E IMPESSOALIDADE. DOUTRINA. PRECEDENTES.

1. O julgamento da alegada violação do art. 1º da Lei 1.533/51 – para se verificar a existência ou não de direito líquido e certo amparado por ação mandamental –, bem como a análise da necessidade de perícia técnica e, conseqüentemente, da ocorrência de cerceamento de defesa, pressupõem, necessariamente, o reexame do contexto fático-probatório, atividade cognitiva vedada nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

2. No ordenamento jurídico em vigor, a contratação de obras, serviços, compras e alienações, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e entidades da administração pública indireta, está subordinada ao princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação pública, no escopo de assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes e a



seleção da proposta mais vantajosa (CF/88, art. 37, XXI; Lei 8.666/93, arts. 1º, 2º e 3º).

3. A Lei 8.666/93, na seção que trata da habilitação dos licitantes interessados, veda exigências relativas à propriedade e localização prévia de instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico (art. 30, § 6º). O fundamento dessa vedação repousa nos princípios da isonomia e da impessoalidade.

4. A restrição editalícia (exigência de disponibilidade de usina de asfalto localizada no raio de até 80 km do centro geométrico da obra) é manifestamente ilegal porque frustra o caráter competitivo do certame, ou seja, restringe a disputa às empresas situadas nas mediações da obra.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp 622717 / RJ, RECURSO ESPECIAL 2004/0008148-1, Relatora: Ministra DENISE ARRUDA, Data do Julgamento: 05/09/2006)

Nesse sentido, com as devidas vênias aos que pensam o contrário, considero que o entendimento firmado pelo TCDF, mediante a Decisão nº 51/09, não encontra amparo legal, uma vez que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 30, § 6º, não permite a limitação de propriedade e/ou de localização prévia.

Porém, **no caso em tela**, destaco que **a exigência constante do item 3.4.3.7 do edital da Concorrência nº 4/12-DER/DF não faz qualquer menção à limitação de distância da usina de asfalto**, sendo este ponto, sob o meu entender, a grande polêmica da matéria em debate.

Quanto à vedação constante do § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93 referente à propriedade, cabe dizer que a exigência feita pelo DER/DF não vincula a posse da usina de asfalto à licitante. Isso porque a declaração (de que possui usina de asfalto) poderá ser emitida pela empresa participante do certame ou, caso não disponha de usina própria, por firma que a possua, a fim de garantir a disponibilidade dos "volumes necessários para a conclusão da obra no período contratual".

Tendo em conta que a obra em tela (objeto da Concorrência nº 04/2012-DER/DF) busca a "restauração da rodovia DF-180", há que se considerar o asfalto um dos insumos indispensáveis para o pleno atendimento do objeto contratual (se não for o mais importante).

Assim, a leitura do item 3.4.3.7 do edital permite concluir que a exigência do DER/DF constante da Concorrência nº 04/2012 está amparada na Lei de Licitações, uma vez que o multicitado dispositivo legal (art. 30, § 6º) permite, para fins de qualificação técnica, a exigência de **declaração** formal de **disponibilidade** das instalações, máquinas, equipamentos e pessoal técnico que sejam essenciais para o cumprimento do objeto da licitação.

Ante todo o exposto, entendo que a exigência de declaração de usina de asfalto, nos moldes do item 3.4.3.7 do edital em exame nestes autos, mostra-se aceitável, por atender ao disposto no art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93.



Nesse sentido, voto em harmonia com o Conselheiro Manoel de Andrade, no sentido de o Tribunal considerar, no mérito, improcedente a representação interposta pela empresa Pentag Engenharia; ressaltando, porém, a divergência de entendimento entre o meu ponto de vista e o posicionamento do nobre Relator do feito acerca da matéria em questão.

Sala das Sessões, 18 de julho de 2012.

INÁCIO MAGALHÃES FILHO
Conselheiro