



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DESIGNADO PARA O PRESENTE
PROCESSO LICITATÓRIO NO MUNICÍPIO DE VÁRZEA GRANDE
LANDOLFO L VILELA GARCIA**

**EDITAL DE LICITAÇÃO
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01 DE 2016
PROCESSO Nº 343708 / 2015**

DUCTIEVICZ INCORPORADORA LTDA EPP, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob o Nº 04.187.487/0001-14, sediada na Avenida Tiradentes, Quadra 04, Lote 01 Bairro Jardim Chapéu do Sol, Mato Grosso/MT, neste ato representada pelo(a) Sr. : JUAREZ DUCTIEVICZ, brasileiro, divorciado, portador da cédula de identidade nº 0359465-3, inscrito no CPF nº 267.500. 311-53, residente e domiciliado Avenida Tiradentes, Quadra 04, Lote 01, Bairro Jardim Chapéu do Sol, Mato Grosso, vem, com todo respeito e acatamento devidos, à honrosa presença de Vossa Senhoria, *in opportune tempore*, apresentar

PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS

com fulcro no Art. 19 do Decreto nº 5.450 de 2005, face algumas incongruências no edital, consoante as razões de fato e de direito, adiante aduzidas:



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

DA TEMPESTIVIDADE

Preliminarmente, insta-nos declinar, no que tange a tempestividade do presente recurso administrativo, a título de esclarecimento, onde, segundo o regramento esculpido no Decreto 5.450 de 2005, artigo 19, temos o seguinte:

“Os pedidos de esclarecimentos referentes ao processo licitatório deverão ser enviados ao pregoeiro, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, exclusivamente por meio eletrônico via internet, no endereço indicado no edital.”

Desta forma, considerando o pregão designado para o dia 26 de janeiro do corrente ano, temos que o prazo para o pedido de esclarecimentos se encerra com três dias úteis antes do certame, sendo portanto, prazo a ser considerado no dia 20 de janeiro de 2016.

Isto posto, **REQUER**, desde já, o recebimento e, o devido processamento dos questionamentos a serem esclarecidos uma vez que se apresentam com incongruências passíveis de tornar o processo viciado e nulo.

DO ITEM 10.5 – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA E O TERMO DE REFERÊNCIA

Sem demais elucubrações, o ponto nevrálgico que pode tornar este processo eivado de vícios está na necessidade de esclarecimentos, na exigibilidade de comprovação pelos habilitantes neste processo, de terem executado obra de manutenção e conservação de vias contendo o mínimo em toneladas, em 04 lotes dos seguintes serviços:

1. RECAPEAMENTO E / OU REPERFILAMENTO EM CBUQ;
2. EXECUÇÃO DE CBUQ – CONCRETO BETUMINOSO USINADO QUENTE;
3. TAPA-BURACOS EM CBUQ.



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

Neste item, quando comparamos com o Termo de Referência, o Anexo I, que contém a descrição dos serviços que serão contratados após o encerramento deste Certame, verificamos que resta confuso a correlação da comprovação da capacidade técnica.

Primeiro porque o recapeamento e ou reperfilamento em CBUQ está constando como um único item a ser provado em cada Lote a ser concorrido e a Execução em CBUQ está sendo quantificado como outro item a ser comprovado quanto a execução do serviço.

Todos esses itens para os 04 lotes.

Ao deparar na especificação do serviço, conforme o Termo de Referência, verificamos que o Recapeamento é um item específico, o Reperfilamento, é outro, e a Execução com o Tapa-Buraco pertencem a outro item especificado.

Neste importe, quando correlacionamos a quantidade que este Município quer que os habilitados comprovem com os item do Termo de Referência, **FICAMOS EM DÚVIDA SE TEMOS QUE SOMAR A EXECUÇÃO DE CBUQ – CONCRETO BETUMINOSO USINADO E QUENTE COM O ITEM DO TAPA – BURACO OU COM RECAPEAMENTO E / OU REPERFILAMENTO EM CBUQ**, para saber a quantidade que temos que comprovar perante o Pregoeiro.

Para melhor entendimento, temos a seguinte situação:

No lote 01:, percebe-se que no Termo de Referência, como cedição, estão destacados 3 campos na descrição do serviço, sendo que no último a execução de CBUQ está contida na mesma descrição do Tapa – Buraco:



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

Item	Descrição	Pr. Unitário aplicado (R\$)	Unid.	LOTE 01
	MANUTENÇÃO (CORRETIVA E PREVENTIVA) EM ELHO			
	MANUTENÇÃO			
	RECAPEAMENTO (E-SCM)			
	Execução de recapeamento, Fornecimento de Massa CBUQ, Transporte local da Massa (DMT 20 km), Aplicação de Pintura de Ligação e/ Emulsão Asfáltica tipo RR 1 C (Suptum Rápida) com uso do espargidor. Neste serviço deverão ser seguidas todas as normas e etapas referentes ao trabalho de recapeamento com massa asfáltica quente (CBUQ)	373,4976	Ton	9.973,440
	REPERFILAMENTO (E-SEM)			
	Execução de reperfilamento, Fornecimento de Massa CBUQ, Transporte local da Massa (DMT 20 km), Aplicação de Pintura de Ligação e/ Emulsão Asfáltica tipo RR 1 C (Suptum Rápida) com uso do espargidor. Neste serviço deverão ser seguidas todas as normas e etapas referentes ao trabalho de reperfilamento com massa asfáltica quente (CBUQ)	382,7337	Ton	5.084,064
	EXECUÇÃO DE REPARO/REPARO DE VIA COM TAPA-BURACOS			
	Execução de Massa CBUQ, Fornecimento de Massa CBUQ, Transporte local da Massa (DMT 20 km), Aplicação de Pintura de Ligação e/ Emulsão Asfáltica tipo RR 1 C (Suptum Rápida) com uso do espargidor. Neste serviço deverão ser seguidas todas as normas e etapas referentes aos trabalhos de Tapa Buraco (esquadrear com corte reto), limpeza, esquadramento com massa CBUQ e compactação com rolo tandem.	512,5218	Ton	1.795,219

Vide agora o inciso I, alínea d do item 10.5 do Edital sobre a comprovação por Capacidade Técnica:

LOTE	Descrição da Obra e/ou Execução de:	Quantidade mínima a ser comprovada:
01	Recapeamento e/ ou Reperfilamento em CBUQ	83.112,00 m ² ou 3.324,00 m ³
	Execução de CBUQ - Concreto Betuminoso Usinado a Quente	7.978,000 ton
	Tapa-buracos em CBUQ	374,000 m ³ ou 897,000 ton



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

Desta forma, considerando a percentagem deste terceiro item, no lote 1, a referência é 1.795,219 de toneladas de "Tapa-Buraco".

Comparando com a exigibilidade da comprovação da capacidade técnica, no inciso I, alínea d do item 10.5 do Edital, temos que a referência da comprovação é de 897,000 toneladas de Tapa-buracos em CBUQ mais 7.978,000 toneladas da execução de CBUQ, totalizando 8.875,000, ou seja, **A CAPACIDADE TÉCNICA EQUIVALE A 20% A MAIS DE COMPROVAÇÃO DO QUE DA PRÓPRIA EXECUÇÃO DESTES SERVIÇOS.**

Da mesma forma, ocorre se somarmos este mesmo item da execução de CBUQ, com o item de recapeamento e / ou reperfilamento em CBUQ, já que a menção da execução está em todos os itens da descrição dos serviços no Termo de Referência.

Então temos outra incongruência.

Somamos o recapeamento e / ou reperfilamento em CBUQ de 3.324,00 m³ convertendo em 2.858,64 toneladas com a Execução de CBUQ – Concreto Betuminoso Usinado e Quente de 7.978,000 toneladas, temos que a capacidade técnica deve ser de 10836,64 toneladas, e no Termo de Referência, somados o recapeamento e o reperfilamento temos a execução de serviço de 15.957,5 toneladas

Neste importe, o habilitantes devem **PROVAR QUE EXECUTARAM 67,91 % DO TERMO DE REFERÊNCIA?**

QUAL A RAZOABILIDADE DE SER PUBLICADO UM EDITAL CONFUSO?

ENFIM, QUAL A PERCENTAGEM DOS SERVIÇOS A SEREM EXECUTADOS A SER CONSIDERADA PARA COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA?



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

QUANDO SE DIZ NO INCISO I, alínea d do item 10.4, QUE SE DEVE COMPROVAR EM TODOS OS LOTES A **EXECUÇÃO DE CBUQ – CONCRETO BETUMINOSO USINADO A QUENTE** COM SUA TONELADA ESPECÍFICA DEVE SER CONSIDERADO PARA QUAL TIPO DE EXECUÇÃO DE SERVIÇO BASEADO NO TERMO DE REFERÊNCIA, ANEXO I?

ISOLADO OU SOMADO AOS ITENS DO RECAPEAMENTO E REPERFILAMENTO OU AO TAPA-BURACO EM CBUQ, UMA VEZ QUE ESTE ITEM NÃO SE ENCONTRA ISOLADO NO TERMO DE REFERÊNCIA?

Juntamos uma tabela de excel, em que verificamos exatamente a suposições que foram geradas destas incongruências entre o tipo de atividade a ser comprovada com a descrição no Termo de Referência da execução dos serviços:

	LOTE 1	%	LOTE 2	%	LOTE 3	%	LOTE 4	%
Quantidade a ser comprovada	Recapeamento e/ou Referfilamento		6.482,68		6.241,88		3.753,04	
	Recapeamento + Referfilamento							
Quantidade a ser executada	15.957,50	17,91	36.183,55	17,92	34.840,32	17,92	20.951,04	17,91
Quantidade a ser comprovada	Recapeamento e/ou Referfilamento		24.573,68		23.661,88		14.228,04	
	Mais Execução de CBUQ - Concreto Betuminoso Usinado Quente							
Quantidade a ser executada	15.957,50	67,91	36.183,55	67,91	34.840,32	67,92	20.951,04	67,91
Quantidade a ser comprovada	Tapa - buracos em CBUQ		2.035,00		1.658,00		1.178,00	
	Execução de Reparo / Preparo de via com Tapa - B - TR							
Quantidade a ser executada	1.795,21	49,97	4.070,65	49,99	3.919,54	42,50	2.356,99	49,98
Quantidade a ser executada	1.795,21		4.070,65		3.919,54		2.356,99	
	Execução de Reparo / Preparo de via com Tapa - B - TR							
	Tapa - buracos em CBUQ							
	Mais Execução de CBUQ - Concreto Betuminoso Usinado Quente							
	Quantidade a ser comprovada nesta linha é de 20,23 por cento a mais do que a própria execução a ser feita							
Quantidade a ser comprovada	8.875,00	20,23	20.126,00	20,23	19.378,00	20,23	11.653,00	20,23

Percebe-se que em duas situações nos quatro lotes não há razoabilidade na exigibilidade da comprovação da capacidade técnica e justamente porque no item 10.5 está diverso do Termo de Referência do Edital.



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

O Princípio da Legalidade é vetor de todo e qualquer ato administrativo, subordinando-se, notadamente, aqueles atos praticados em processos licitatórios, conforme preceitua o Art. 3º da Lei de Licitações, a Lei Federal Nº. 8.666/93, não podendo ainda ser demasiado arrazoado em suas exigências na comprovação técnica, uma vez que nem a legislação licitatória determina tais percentagens.

*“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável **e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.**” (grifei)*

Ademais, não se pode olvidar que a regra geral prevista na Constituição Federal e na Lei nº 8.666/93 é a da não imposição de exigências excessivas ou inadequadas.

Conforme leciona Marçal Justen Filho:

“[...] não se pode ignorar a determinação constitucional de que as exigências deverão ser as mínimas possíveis. Quando a CF/88, no art. 37, inc. XXI, determinou que as exigências seriam as mínimas possíveis, isso significou submissão da Administração a limitação inquestionável. Não cabe à Administração ir além do mínimo necessário à garantia do princípio da República. Logo, não se validam exigências que, ultrapassando o mínimo, se destinam a manter a Administração em situação



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

'confortável'. A CF/88 proibiu essa alternativa [...] Buscou (a Lei 8.666/93) evitar que exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. [...] A legislação vigente não proíbe as exigências de qualificação técnica, mas reprime exigências desnecessárias ou meramente formais" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., Dialética, 2009, p. 388 e 414).

Não se olvide, ainda, do objetivo colimado pelo processo licitatório, qual seja, a busca da proposta mais vantajosa à Administração, e de forma razoável, devendo ser ater ainda ao princípio constitucional expresso da legalidade, inscrito nos termos do Art. 37 da Constituição de 88, onde a Administração Pública não pode agir contra a lei ou além da lei, só podendo agir nos estritos limites da lei.

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:" (grifei)

Assim, para a doutrina, haverá vício no elemento motivo quando o ato praticado pelo administrador ensejar motivo inexistente ou motivo falso, já que execução em CBUQ está sendo considerado como item isolado e quando somado aos demais, conforme Termo de Referência extrapola na razoabilidade da cobrança da exigibilidade técnica.

Neste caso, se o motivo for falso ou inexistente o ato administrativo será considerando inválido.



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

Em decorrência do estado de plena validade do atestado e do motivo falso ou inexistente pela inabilitação, se não esclarecido por este Leiloeiro, este ato deverá ser considerado inválido.

Aliás, é o que lecionava o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles¹:

“O conceito de ilegalidade ou de ilegitimidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange não só a clara infringência do texto legal como, também, o abuso, por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do Direito. Em qualquer dessas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante à norma jurídica, quer ocorra inobservância velada dos princípios do Direito, o ato administrativo padece de vício de ilegitimidade e se torna passível de invalidação pela própria Administração ou pelo Judiciário, por meio de anulação.”

Ainda no mesmo sentido o ilustre administrativista cita os ensinamentos do Professor Francisco Campos acerca da matéria:

“Quando um ato administrativo se funda em motivos ou pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que neles se fundava.”

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 21.^a Ed. São Paulo: Malheiros, 1.990. p. 187.



Corroborar com os escritos dos afamados mestres os ensinamentos da Professora Maria Sílvia Zanella Di Pietro²:

“Ainda relacionada com o motivo, a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros”.

Certo é que, em consonância com a teoria dos motivos determinantes, a validade do ato praticado pelo agente público se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade e a responsabilização de quem deu causa (v. Acórdãos 467/2010-TCU-Plenário e 1.147/2010-TCU-Plenário).

De outro modo não poderia ser o posicionamento mantido pelo **Tribunal de Contas da União - TCU**, em julgamento de caso análogo ao presente, segundo o voto de Bandeira de Mello, senão vejamos:

“De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação dos ‘motivos de fato’ falso, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 13.^a ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 196.



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto essa obrigação de enunciá-los, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. ed. 27. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 404)

Ressalte-se que a teoria em comento vem sendo amplamente aceita na jurisprudência do STJ. Inclusive aquele Tribunal Superior tem esclarecido que a invalidação dos atos administrativos pela teoria dos motivos determinantes dá-se não apenas quando os motivos elencados não existiram ou eram falsos, mas também **QUANDO DELES NÃO ADVIER A NECESSÁRIA COERÊNCIA ENTRE A FUNDAMENTAÇÃO EXPOSTA E O RESULTADO OBTIDO COM A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**, senão vejamos:

“ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ. 1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade. 2. ‘Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou



inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido' (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011). 3. No caso em apreço, se o ato administrativo de avaliação de desempenho confeccionado apresenta incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos e seus motivos determinantes, a atuação jurisdicional acaba por não invadir a seara do mérito administrativo, porquanto limita-se a extirpar ato eivado de ilegalidade. 4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

5. 'Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.' (Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição.) 6. O acolhimento da tese da recorrente, de ausência de ato ilícito, de dano e de nexa causal, demandaria reexame do acervo fático-



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

probatórios dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp 1280729/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 10/04/2012, p. DJe 19/04/2012.)

No mesmo sentido é uníssona a jurisprudência nacional, representada por julgado do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria coube ao Eminentíssimo Ministro Félix Fischer no MS nº 5.118-DF:

EMENTA

ADMINISTRATIVO. MOTIVO INEXISTENTE. ATO INVÁLIDO. INEXISTENTE OU FALSO O MOTIVO QUE DEU SUPORTE AO ATO ADMINISTRATIVO, ESTE SE TORNA DESTITUÍDO DE CONTEÚDO, INVÁLIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

A Constituição consagra, no Art. 37, a ideia de que a administração pública está submetida, entre outros princípios ao da legalidade, que abrange postulados de supremacia da lei e o princípio da reserva legal.

Aliás, vale lembrar a conhecida frase lapidar do grande especialista em direito público brasileiro, Seabra Fagundes, segundo a qual "*administrar é aplicar a lei de ofício.*"

DOS PEDIDOS:

Ante ao acima exposto, **REQUER:**

Seja recebido e processado o presente PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS PARA RESPONDER O QUE SEGUE:



MORETTI & GAUDENCIO
ADVOCACIA E CONSULTORIA EMPRESARIAL

- 1- QUAL A PERCENTAGEM DOS SERVIÇOS DO TERMO DE REFERÊNCIA A SER CONSIDERADA PARA COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA EM CADA ITEM DOS QUATRO LOTES?

- 2- QUANDO SE DIZ NO INCISO I, alínea d do item 10.4, QUE SE DEVE COMPROVAR EM TODOS OS LOTES, A **EXECUÇÃO DE CBUQ – CONCRETO BETUMINOSO USINADO A QUENTE** COM SUA TONELADA ESPECÍFICA DEVE SER CONSIDERADO PARA QUAL TIPO DE EXECUÇÃO DE SERVIÇO BASEADO NO TERMO DE REFERÊNCIA, ANEXO I? ISOLADO OU SOMADO AOS ITENS DO RECAPEAMENTO E REPERFILAMENTO OU AO TAPA-BURACO EM CBUQ, UMA VEZ QUE ESTE ITEM NÃO SE ENCONTRA ISOLADO NO TERMO DE REFERÊNCIA?

Requer seja ESCLARECIDO DE FORMA SATISFATÓRIA, BEM COMO A SUSPENSÃO do Certame, para que haja correção no edital para que haja a correlação da Comprovação da Capacidade Técnica com o Termo de Referência, uma vez que se encontram incongruentes

Termos em que pede e espera deferimento.

Várzea Grande - MT, 20 de janeiro de 2016.

FLÁVIA PETERSEN MORETTI
OAB/MT 7353

GISELE GAUDENCIO ALVES DA SILVA RIBEIRO
OAB/MT 7.335