

Apelação Cível n. 0301374-31.2018.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz
Relator: Des. Francisco Oliveira Neto

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. PROCEDIMENTO DEFLAGRADO PARA AQUISIÇÃO DE PÁ CARREGADEIRA. MUNICÍPIO DE RANCHO QUEIMADO. PRETENZA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MÉRITO. INSURGÊNCIA QUANTO À EXIGÊNCIA DE QUE A PÁ CARREGADEIRA LICITADA TENHA MOTOR A DIESEL, DA MESMA MARCA DA MÁQUINA (ANEXO I, ITEM 2). REQUISITOS QUE ESTÃO EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE E EFICIÊNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

"[...] é relevante destacar que é perfeitamente cabível o ato convocatório adotar cláusulas restritivas da participação. Não há impedimento à previsão de exigências rigorosas nem impossibilidade de exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. O que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar ou prejudicar alguns particulares." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. Ed. São Paulo: Dialética, 2012, fls. 80/81).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301374-31.2018.8.24.0057, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz 2ª Vara em que é Apelante Bertinatto Máquinas Eireli - Epp e Apelado Município de Rancho Queimado.

A Segunda Câmara de Direito Público, por meio eletrônico, decidiu, à unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas de lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz e Desembargador Cid Goulart.

Florianópolis, 15 de outubro de 2019.

Desembargador Francisco Oliveira Neto
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Bertinatto Máquinas Eireli - EPP contra sentença que, nos autos da "ação ordinária com pedido liminar" ajuizada em face do Município de Rancho Queimado, julgou improcedentes os pedidos iniciais, por considerar que a especificação técnica exigida no Edital de Licitação n. 35/2018, segundo a qual o motor deve ser da mesma marca da máquina pá carregadeira, é aceitável e foi adequadamente justificada, não causando restrição à competitividade do certame, nos seguintes termos:

"[...]

O Município de Rancho Queimado demonstrou que a exigência prevista no edital de pregão n. 35/2018 encontra amparo no interesse público e, especialmente, não restringe a competição necessária para o procedimento.

Isso porque a resposta da comissão de licitação aos pedidos de alteração do edital (p. 19/22), nos itens 14.1 e 14.2, indica que a limitação imposta não restringe a competição, pois a maioria das marcas disponíveis no mercado, cerca de 80% delas, fabricam suas máquinas com motores próprios, compatíveis com toda a engrenagem do maquinário.

Juntou documentos contendo as especificações técnicas das pás carregadeiras disponíveis no mercado (p. 288/412), dentre as quais a maioria delas, quicá a totalidade das fabricantes, possui motor de sua marca própria, atendendo ao requisito do edital de que o motor e a máquina sejam da mesma marca.

A parte ré demonstrou que as diversas marcas atuantes no mercado possuem motor de fabricação própria, juntando as especificações técnicas de pelo menos cinco marcas. A cláusula imposta, portanto, não restringe a competitividade exigida para o procedimento de compra pública, circunstância que foi provada pela parte ré nestes autos.

O Município de Rancho Queimado também argumentou que a condição discutida é amparada pelo interesse público e visa atendê-lo. Isso porque a compatibilidade entre o motor e a máquina como um todo (ambas da mesma marca), garante a qualidade do maquinário e traz eficiência ao gasto público com o veículo.

Assim, a referida exigência não é impertinente ou incompatível com a finalidade da Licitação.

[...]

Portanto, verifico que a especificação técnica de que o motor seja da mesma marca da máquina pá carregadeira exigência aceitável e restou adequadamente justificada, não podendo ser considerada como prejudicial à concorrência do certame.

Dispositivo

Ante o exposto, a teor do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido inicial.

REVOGO a tutela provisória de urgência deferida à p. 238/240.

Nos termos do art. 292, II e §3º, do CPC, verificando que foi indicado fora dos parâmetros legais, corrijo **de ofício** o valor da causa para **R\$ 337.400,00**, por ser esse o valor do ato impugnado (p. 32).

Como consequência, corrija-se o cadastro para "rito ordinário".

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da causa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Trasitado em julgado, archive-se." (fls. 418/420 – grifos no original)

Em suas razões recursais, sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ante ao julgamento antecipado da lide. No mérito, aduz ter havido restrição à competitividade quando foi exigido no Edital "Motor: Diesel, da mesma marca da máquina", o que contraria, inclusive, a Nota Técnica n. 02/2017 do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, segundo a qual, para a aquisição de máquinas pesadas, devem estar descritas no objeto do edital somente as características básicas do equipamento que tenham por fim definir sua categoria, sendo suficiente para a pá carregadeira, por exemplo, potência, peso operacional mínimo, volume mínimo da caçamba, se caçamba dentada ou lâmina e que, sempre que necessária a restrição a alguma especificação técnica, que haja justificativa expressa.

Pleiteia, então, a *"decretação de nulidade da sentença recorrida, nos termos da preliminar em tela e, caso inacolhida a prefacial, no mérito reformar a sentença"* (fls. 426/440).

Com as contrarrazões (fl. 446/478), os autos ascenderam a este Tribunal (fl. 479), tendo sido a mim distribuídos (fls. 480/481).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Procurador de Justiça Narcísio G. Rodrigues, manifestou-se pelo conhecimento e pelo desprovimento do recurso interposto (fls. 485/489).

Retornaram a mim conclusos (fl. 490).

VOTO

1. De início, convém salientar que, na hipótese vertente, não é o caso de reexame necessário, haja vista que a sentença não foi proferida em desfavor da Fazenda Pública, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses previstas no art. 496 do Código de Processo Civil.

2. O voto, antecipe-se, é para desprover o recurso.

3. De início, não merece prosperar a preliminar de nulidade da sentença em razão do cerceamento de defesa por ausência de dilação probatória.

De acordo com o que dispõe o art. 370 do Código de Processo Civil de 2015:

"Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

Dessa forma, conquanto a magistrada *a quo* tenha julgado antecipadamente o feito (fls. 418/420), denota-se que as provas necessárias à apreciação do feito já foram carreadas aos autos, razão pela qual, efetivamente, mostra-se desnecessária a ampliação da instrução processual.

A esse respeito, colaciona-se do STJ:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS INÚTEIS OU DESNECESSÁRIAS. PRERROGATIVA CONFERIDA PELO ART. 370 DO CPC/2015. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ACÓRDÃO ANCORADO NO SUBSTRATO FÁTICO DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ART. 1021, § 4º, DO CPC/2015. MULTA. DESCABIMENTO, NA ESPÉCIE.

1. De acordo com a jurisprudência consagrada nesta Corte, é facultado ao julgador o indeferimento de produção probatória que julgar desnecessária para o regular trâmite do processo, sob o pálio da prerrogativa do livre convencimento que lhe é conferida pelo art. 370 do CPC/15, seja ela testemunhal, pericial ou documental, cabendo-lhe, apenas, expor fundamentadamente o motivo de sua decisão.

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem para a redistribuição dos ônus sucumbenciais, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

3. O mero desprovimento do agravo interno não enseja a aplicação da multa de que trata o art. 1021, § 4º, do CPC/2015, devendo estar caracterizada a manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso, o que não se verifica no presente caso.

4. Agravo interno desprovido" (AgInt no AREsp n. 1137248/SP, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 24.4.18 - grifou-se).

Ademais, observa-se do caderno processual que o julgamento desfavorável da lide não ocorreu pela ausência de provas, mas pela inexistência do direito invocado.

Deste modo, rechaça-se a preliminar aventada.

4. No que tange ao mérito, a insurgência da apelante diz respeito à exigência contida no Edital de Licitação n. 35/2018, deflagrada pelo Município de Rancho Queimado, segundo a qual, para a aquisição de uma pá carregadeira, o motor deveria ser "Diesel, da mesma marca da máquina" (Anexo I, item 2), o que restringe sobremaneira a competitividade.

Razão não assiste à apelante.

Cumprido esclarecer, de início, que não há óbice legal para que a Administração formule, nos editais de licitação, exigências restritivas à participação, desde que estas afigurem relevantes para o interesse público.

O que a lei veda é a formulação de exigências impertinentes ou incompatíveis com os fins da licitação e com os demais dispositivos da Lei n. 8.666/93, a teor do art. 3º, § 1º, inciso I:

"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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

[...]"

Sobre o tema, a propósito, extrai-se do magistério de Marçal Justen Filho: "[...] é relevante destacar que é perfeitamente cabível o ato convocatório adotar cláusulas restritivas da participação. Não há impedimento à previsão de exigências rigorosas nem impossibilidade de exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. O que se veda é a adoção de exigência desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar ou prejudicar alguns particulares." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15. Ed. São Paulo: Dialética, 2012, fls. 80/81).

In casu, a exigência adotada no edital deflagrado pela municipalidade - a aquisição de uma pá carregadeira com motor a Diesel, da mesma marca da máquina (Anexo I, item 2) - guarda estrita relação com o objeto do certame, bem como com os fins buscados pela administração pública por se tratar de ofício necessário à melhor eficiência nos serviços públicos.

Com efeito, a exigência aludida não se afigura restritiva nem dissociada do interesse público, à medida que, conforme alegado em sede de contestação, *"a exigência de que o motor seja da mesma marca do equipamento fabricado é justificável face as questões técnicas aduzidas, pretendendo-se evitar problemas de qualidade dos produtos, eficiência, durabilidade e de prejuízos com a inutilização, ainda que temporária, do equipamento, o qual necessita estar em regular funcionamento para sua aplicação na execução dos serviços de manutenção das estradas e realização de obras municipais"* (fl. 274).

Nesse panorama, observe-se que não há exigência de marca es-

pecífica para o motor, e sim de que o motor seja produzido pelo mesmo fabricante da máquina, de modo que os argumentos do ente público estão em consonância com os princípios da economicidade e eficiência.

Impende ressaltar, nesse trilhar, que existe um reduto intangível do ato administrativo que não é passível de modificação pelo Poder Judiciário, atinente ao mérito, que consubstancia a valoração imantada de discricionariedade, em que certas interferências externas só fazem soçobrar a independência entre os Poderes.

Transportando tal premissa para a hipótese em tela, a Administração possui discricionariedade para escolher o que almeja adquirir, sem indicações de marcas, exigindo-se apenas que exista a possibilidade de entrega do objeto por diversas empresas do mercado, a fim de não haver direcionamento da licitação, o que ocorre no presente caso.

Portanto, não há que se falar em restrição da competição e afronta ao princípio licitatório da ampla concorrência.

Ademais, como bem concluiu a Douta Procuradoria de Justiça: *"não se afigura impertinente a exigência ou dissociada da finalidade da própria licitação e, diferentemente do que constou na petição inicial, para a própria consulta de preços para estimativa do valor a ser atribuído ao item em questão, houve a cotação de, pelo menos, três máquinas que atenderam ao edital, totalizando 09 equipamentos de grandes marcas que atendiam às exigências do edital"* (fls. 485/489).

Os atos administrativos ostentam presunção de legalidade, de modo que, para a concessão da segurança, em casos como o presente, devem existir elementos suficientes sobre graves vícios no edital, restrição da competitividade ou intuito de lesar o interesse público.

A situação versada nos autos sob exame é similar à expressa nos precedentes desta Corte abaixo invocado:

"Apelação cível em mandado de segurança. Administrativo. Licitação. Qualificação técnica. Requisitos técnicos. Cláusula que não compromete a competitividade do certame. Ausência de afronta aos princípios da isonomia e universalidade. Recurso provido." (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.072465-4, de Pomerode, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 17.04.2012).

Logo, considerando que a Administração foi cautelosa ao publicar o edital com especificações que várias empresas têm condições de atender, sem afrontar, portanto, o princípio da competitividade, deve-se manter incólume a sentença vergastada.

3. Por fim, como a sentença foi proferida na vigência do CPC/15, há de ser considerado o *'trabalho adicional realizado em grau recursal'*, a teor do § 11 do art. 85, do novo Códex:

"§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento."

Por tais razões, por força do § 11 do art. 85 do CPC/15, os honorários advocatícios fixados anteriormente em favor do procurador do Município em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa devem ser majorados para 12% (doze por cento).

4. Ante o exposto, o voto é no sentido de **negar provimento ao recurso**, determinando-se a majoração dos honorários advocatícios fixados em favor do procurador do Município para 12% do valor da causa, por força do § 11 do art. 85 do CPC/15.