

RECLAMAÇÃO 68.345 PARANÁ

RELATOR : MIN. FLÁVIO DINO
RECLTE.(S) : AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPACOES S.A.
ADV.(A/S) : MARCELO MONTALVAO MACHADO E
OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S) : RELATOR DO AI Nº 0046754-42.2024.8.16.0000
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
PARANÁ
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S) : COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARANA
SANEPAR
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

DECISÃO

Aegea Saneamento e Participações S.A. ajuizou reclamação constitucional, com pedido liminar, contra decisão proferida pelo Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 0046754-42.2024.8.16.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A decisão reclamada negou efeito suspensivo ao agravo de instrumento para manter a decisão de 1º grau que indeferiu o pedido de tutela de urgência no mandado de segurança impetrado pela reclamante na origem.

Sustenta a reclamante que a decisão reclamada afrontou a autoridade das decisões proferidas na ADI 2716 e na ADI 3735.

Narra que *“Em 08/04/2024, a Sanepar publicou o edital da Concorrência Internacional – LI nº 001/2024 (doc. 06) para a concessão administrativa de serviços de esgotamento sanitário em 112 municípios pertencentes às Microrregiões Centro-Leste e Oeste do Paraná e divididos em três lotes. Definiu-se, como critério de julgamento, o menor preço, assim expresso pelo menor valor do preço unitário por metro cúbico de esgoto medido (Pu), obtido a partir do maior deságio oferecido pelas licitantes em relação ao preço unitário máximo de cada lote (item 7.1). Ou seja, o êxito no certame passa decisivamente pela oferta do maior desconto na contraprestação pecuniária a cargo da empresa estadual.”*

Relata que edital do certame, ao cuidar das condições gerais de

participação, dispôs que *“Não poderá ser adjudicado mais de um LOTE a cada LICITANTE, direta ou indiretamente, isoladamente ou em CONSÓRCIO”* (item 14.1.3.1).

Argumenta que, em razão dessa regra, *“independente do conteúdo de suas propostas (da sua vantajosidade, portanto), os licitantes somente poderão adjudicar o objeto licitado em um lote”*.

Afirma que a restrição é inconstitucional e desproporcional por violar, injustificadamente, o direito à competitividade licitatória.

Ressalta que *“o critério de julgamento fundado no menor preço cede passo a esse tipo de restrição apriorística, baseada única e exclusivamente na coincidência subjetiva entre as propostas vencedoras para lotes distintos. O que permite categoricamente concluir que, no Edital, prevê-se em caráter expresso a possibilidade de não ser selecionada a proposta mais vantajosa, a proposta que implica menor preço para a Administração Pública”*.

Destaca que *“é fundamental registrar que a seleção da proposta que apresenta o menor preço, na modalidade de maior deságio, representa, em última análise, o menor preço de tarifa do serviço de esgotamento sanitário a ser pago pelo usuário na ponta”*.

Com base nesses fundamentos, requer a concessão da tutela de urgência para *“que seja determinada a imediata suspensão da eficácia da decisão reclamada, para assegurar a suspensão da Concorrência Internacional – LI nº 001/2024, promovida pela Sanepar, com a devolução dos envelopes entregues, ou, alternativamente, com a determinação de não abertura das propostas até a solução definitiva da controvérsia, enquanto perdurar a inconstitucional restrição à concorrência (cláusula de barreira)”*.

Ao final, pleiteia a procedência da reclamação para que seja cassada a decisão reclamada e decretada a invalidade da cláusula 14.1.3.1 do edital de Concorrência.

É o relatório. Decido.

Na ADI 2716, o STF decidiu o seguinte:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...)

DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA ENTRE LICITANTES. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT, 175 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.(...)

*3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da **mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. (...)** Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. (...) 7. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. (...)*

(ADI 2716, Relator(a): EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em DJe 07.03.2008)

Na ADI 3735, o STF assim decidiu:

(...) DOCUMENTOS EXIGIDOS PARA HABILITAÇÃO. CERTIDÃO NEGATIVA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DO

CONSUMIDOR. DISPOSIÇÃO COM SENTIDO AMPLO, NÃO VINCULADA A QUALQUER ESPECIFICIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA (ART. 22, INCISO XXVII, DA CF).

1. A igualdade de condições dos concorrentes em licitações, embora seja enaltecida pela Constituição (art. 37, XXI), pode ser relativizada por duas vias: (a) pela lei, mediante o estabelecimento de condições de diferenciação exigíveis em abstrato; e (b) pela autoridade responsável pela condução do processo licitatório, que poderá estabelecer elementos de distinção circunstanciais, de qualificação técnica e econômica, sempre vinculados à garantia de cumprimento de obrigações específicas. 2. Somente a lei federal poderá, em âmbito geral, estabelecer desequiparações entre os concorrentes e assim restringir o direito de participar de licitações em condições de igualdade. Ao direito estadual (ou municipal) somente será legítimo inovar neste particular se tiver como objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local. (...)

(ADI 3735, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 01.08.2017)

Conforme se observa da decisão reclamada, a SANEPAR apresentou justificativas técnicas para inclusão da cláusula de restrição por lote: **(i)** promover a eficiência do serviço, visto que a multiplicidade de operadores permite comparar a atuação de cada um deles; **(ii)** minimizar as consequências de eventual descontinuidade do serviço por parte de uma das contratadas; **(iii)** e evitar que um mesmo licitante comprometa-se além de suas capacidades.

Numa análise preliminar, entendo que os fundamentos técnicos apontados aparentemente não justificam a restrição à competitividade

imposta no edital e, conseqüentemente, violam a autoridade das decisões proferidas na ADI 2716 e 3735.

A princípio, evitar que uma empresa vença mais de um lote, mesmo que esta demonstre capacidade técnica e econômica para executar mais de um deles, pode restringir **a concorrência de forma injustificada**. Porque **não parece considerar a capacidade real dos licitantes e pode impedir que a Administração Pública se beneficie da proposta mais vantajosa**.

Nesse sentido foi o entendimento do Tribunal de Contas da União, ao decidir que:

“O limite da quantidade de lotes que podem ser adjudicados a um mesmo licitante deve guardar relação apenas com capacidade técnica ou econômica de a empresa executá-los. Uma empresa que possua capacidade técnica e econômica para executar todos os lotes do certame e em razão do ganho de escala decorrente possa ofertar o menor preço, não apenas poderia, mas deveria ser contratada. Ademais, segundo o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal/88, somente se admitem exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

(TCU, Acórdão nº 1307/2017, Plenário, rel. Min. BRUNO DANTAS, 21.06.2017)

Assim, entendo que a reclamante apresentou fundamentos relevantes e indícios de possível restrição indevida à competitividade. A procedência, ou não, desses argumentos merece melhor aprofundamento no momento do julgamento de mérito desta reclamação, após o exercício do contraditório entre as partes.

Verifico que há plausibilidade jurídica nas alegações da reclamante pois os argumentos apresentados aparentam encontrar respaldo nas decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente nas ADIs 2716 e 3735, que tratam da inconstitucionalidade de restrições injustificadas à competitividade em licitações.

O perigo da demora também está demonstrado pelo fato de que a abertura das propostas ocorrerá amanhã, 22.05.2024.

O risco da irreversibilidade também está caracterizado, pois, caso a liminar não seja concedida e a abertura das propostas ocorra amanhã, qualquer decisão posterior que venha a invalidar a cláusula restritiva do edital **não conseguirá reverter os atos já praticados**. Por outro lado, a consequência prática da concessão da liminar é totalmente reversível (art. 300, § 3º, CPC), pois a suspensão temporária da abertura das propostas não causa dano irreparável, uma vez que o processo licitatório pode ser retomado sem prejuízo substancial após a resolução da controvérsia.

Diante desse contexto, entendo necessário suspender, por dever de cautela, o ato impugnado para evitar dano irreparável, conforme autoriza o art. 989 do CPC.

Com base nesses fundamentos, **defiro, em parte, a medida cautelar** para suspender a eficácia da decisão monocrática do Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 0046754-42.2024.8.16.0000 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com a determinação de que a Companhia de Saneamento do Parana - SANEPAR **se abstenha de abrir as propostas dos licitantes na Concorrência Internacional – LI nº 001/2024 até julgamento de mérito desta reclamação**.

Comunique-se, **com urgência**, ao Desembargador Relator do Agravo de Instrumento nº 0046754-42.2024.8.16.0000, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e ao Presidente da Companhia de Saneamento do Paraná - SANEPAR.

Notifique-se a autoridade reclamada para que preste informações no prazo de 10 dias (art. 989, I, CPC).

Em seguida, cite-se a Companhia de Saneamento do Paraná - SANEPAR para que apresente contestação, no prazo de 15 dias (art. 989, III, CPC).

Após, dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República pelo prazo de 5 dias (art. 991, CPC).

Publique-se.

RCL 68345 / PR

Brasília, 21 de maio de 2024.

Ministro FLÁVIO DINO

Relator

Documento assinado digitalmente