

Processo: 1120158
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Uberaba
Responsáveis: Anderson Passos de Souza; Eclair Gonçalves Gomes
Procuradores: Adrianna Belli Pereira de Souza - OAB/MG 054000, Ana Laura Loayza da Silva - OAB/SP – 448752, Fabiana Gomes Pinheiro - OAB/MG 109197, Lilian Vilas Boas Novaes Furtado - OAB/MG 169068, Mateus Barbosa Couto - OAB/SP 463494, Mateus Cafundo Almeida - OAB/SP – 395031, Rayza Figueiredo Monteiro - OAB/SP – 454451, Reinaldo Belli de Souza Alves Costa - OAB/MG 190000, Renato Lopes - OAB/SP - 406595-B, Ricardo Jordão Santos - OAB/SP – 454451, Rodrigo Antônio Urias Martins - OAB/SP- 747016, Tiago dos Reis Magoga - OAB/SP - 283834, Vinicius Eduardo Baldan Negro - OAB/SP – 450936
MPTC: Procuradora Sara Meinberg
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO

PRIMEIRA CÂMARA – 13/12/2022

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. PREFEITURA MUNICIPAL. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO DO ABASTECIMENTO. INADEQUAÇÃO DO MODELO DE CONTRATAÇÃO ADOTADO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. FORMULAÇÃO DE REITERADAS DEMANDAS PELA EMPRESA DENUNCIANTE A ESTE TRIBUNAL. POSSIBILIDADE DA PRÁTICA DE *SHAM LITIGATION*. REMESSA AO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS. ARQUIVAMENTO.

1. É lícita a contratação de empresa especializada para o gerenciamento do fornecimento de combustível e da manutenção de veículos da frota do município, por meio do modelo de gestão administrativa intitulado de *quarteirização*. No entanto, embora seja permitida, a sua utilização não é obrigatória, visto que compete ao gestor público a escolha do modelo de gestão a ser adotado pela Administração, desde que observados os princípios licitatórios e desde que devidamente motivada a decisão administrativa.
2. O abuso do direito de denunciar a ocorrência de supostas irregularidades em procedimentos licitatórios a este Tribunal de Contas pode configurar a prática de *sham litigation*, em prejuízo à concorrência e ao regular funcionamento desta Corte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas na proposta de voto do Relator, em:

- I) julgar improcedente o apontamento de irregularidade constante da denúncia, em face do Pregão Eletrônico n. 84/2022, deflagrado pela Prefeitura de Uberaba, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil;

- II) recomendar ao atual prefeito de Uberaba e aos responsáveis pelo planejamento e execução da fase interna do certame que, nos próximos certames licitatórios envolvendo o mesmo objeto, informem as justificativas da escolha da solução adotada nos autos do próprio procedimento licitatório, baseando-se em estudos técnicos preliminares, de forma a motivar adequadamente a fase de planejamento da contratação;
- III) submeter à apreciação do Ministério Público de Contas a possibilidade da prática de *sham litigation* pela empresa denunciante, Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., conforme exposto no item 2 da fundamentação, para que, no exercício das atribuições previstas no art. 32, I e VI, da Lei Orgânica do Tribunal, adote as providências que entender cabíveis;
- IV) comunicar a denunciante pelo DOC e intimar os interessados pelo DOC e por meio eletrônico, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental;
- V) arquivar os autos, após os procedimentos cabíveis à espécie, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente Gilberto Diniz.

Presente à sessão o Subprocurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 13 de dezembro de 2022.

GILBERTO DINIZ
Presidente

ADONIAS MONTEIRO
Relator

(assinado digitalmente)

PRIMEIRA CÂMARA – 13/12/2022

CONSELHEIRO SUBSTITUTO ADONIAS MONTEIRO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia formulada pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., à peça n. 1, em face do Pregão Eletrônico n. 84/2022, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Uberaba, cujo objeto consistiu no “FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS AUTOMOTIVOS (gasolina comum, álcool etanol hidratado, óleo diesel comum e óleo diesel S-10), com disponibilização de tanques e bombas, bem como PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE GERENCIAMENTO DO ABASTECIMENTO, por meio da implantação, manutenção e administração de um sistema informatizado e integrado, com a instalação de *software* e aquisição de licença de uso, através de dispositivo eletrônico nos veículos e no posto próprio do MUNICÍPIO, visando atender a frota de veículos, máquinas, motocicletas e equipamentos a serviço das secretarias municipais [...]”, conforme pág. 41, item 1.1, da peça n. 1.

A empresa denunciante alegou, em síntese, que o modelo adotado pela Administração não representa a alternativa mais eficiente, já que a realização de dois contratos pode ocasionar “maior gestão de processos para o órgão”, e econômica, uma vez que impede o desconto no contrato de abastecimento. Ademais, alegou que a adoção do modelo de “quarteirização”, adotado na gestão de frotas, garantiria maior eficiência na prestação dos serviços, visto que permitiria a realização da atividade por meio de uma rede de estabelecimentos credenciados. Ademais, pontuou que o modelo de prestação de serviços de gerenciamento, o qual permite a duração de até 60 meses para o contrato, garantiria maior vantagem, tendo em vista a maior durabilidade contratual, diferentemente da prestação de serviços de *software*, limitada a 48 meses. Ao final, como medida cautelar, requereu a suspensão do certame.

A denúncia foi recebida pela Presidência em 5/7/2022, peça n. 3.

Em juízo inicial, à peça n. 5, antes de me manifestar sobre o pedido cautelar, determinei a intimação do Sr. Eclair Gonçalves Gomes, secretário de Administração e subscritor do edital, e do Sr. Anderson Passos de Souza, secretário de Serviços Urbanos e Obras e subscritor do Anexo IV – Minuta do Termo de Contrato de Fornecimento, para que apresentassem as justificativas e documentos que entendessem cabíveis acerca das alegações da empresa denunciante, bem como informassem o estágio do procedimento licitatório no momento do cumprimento da intimação.

Em manifestação disponível à peça n. 10, por meio do documento n. 107-186271-2022, págs. 18 a 19, a Secretaria de Serviços Urbanos e Obras – Sesurb afirmou que o modelo de contratação faz parte do mérito administrativo e, por isso, deve ser exercido pelos próprios gestores públicos. Ademais, afirmou que a futura contratação, fruto do Pregão Eletrônico n. 84/2022, seria economicamente vantajosa para a Administração Pública. Por sua vez, a Secretaria de Administração - SAD, consoante documento n. 107-186272-2022, pág. 18, afirmou que a contratação estaria de acordo com as leis que regem as licitações. Por fim, carreamos aos autos, à peça n. 11, documentos pertinentes ao procedimento licitatório em análise.

Não obstante os argumentos prestados, observei, conforme despacho à peça n. 13, que a Administração não informou o estágio do procedimento licitatório no momento do cumprimento da intimação, bem como que as informações atinentes ao Pregão Eletrônico n. 84/2022 não constavam no *site* do jurisdicionado, o que poderia configurar violação ao princípio da transparência. Assim, determinei nova intimação dos Srs. Eclair Gonçalves Gomes

e Anderson Passos de Souza, para que enviassem cópia dos documentos atualizados relativos às fases interna e externa do certame, inclusive a ata da sessão de abertura das propostas e o mapa de apuração de lances.

Intimidados, os Srs. Eclair Gonçalves Gomes e Anderson Passos de Souza afirmaram, às págs. 18 a 20 da peça n. 18, que o edital foi devidamente publicado, tendo sido disponibilizado na plataforma eletrônica do Banco do Brasil, e que a fase externa da licitação ocorreu normalmente, tendo o Lote 2 (Serviço de Gerenciamento do Abastecimento), no entanto, restado fracassado.

Em razão de os apontamentos da denúncia estarem especificamente atrelados ao Lote 2 da licitação, o qual foi tido como fracassado, entendi, à peça n. 20, prejudicado o pleito liminar, razão pela qual afastei a pretensão cautelar. Não obstante, determinei que os autos fossem enviados à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – Cfel para análise inicial, considerando os lotes 1 e 2 do edital do Pregão Eletrônico n. 84/2022, na perspectiva do apontamento da denúncia, e, em seguida, ao Ministério Público de Contas para manifestação preliminar.

Neste ínterim, o Município de Uberaba requereu, à peça n. 24, “vista integral do processo, a fim de tomar ciência do inteiro teor dos autos”, bem como a juntada de procuração e do substabelecimento e o cadastramento da Dra. Adrianna Belli Pereira de Souza, inscrita na OAB/MG sob o n. 54.000. Tal requerimento foi deferido, em caráter excepcional, consoante despacho disponível à peça n. 29.

Em análise inicial, a Cfel, à peça n. 27, entendeu pela improcedência da denúncia, visto que não houve inadequação do modelo de contratação adotado pela Prefeitura de Uberaba no que tange à prestação de serviços de gerenciamento de combustível com implantação de *software* e locação de licença de uso. Não obstante, entendeu pela necessidade de emissão de recomendação à Administração para que, nos próximos certames, informem as justificativas da escolha da solução adotada nos autos do processo licitatório, com base em estudos técnicos preliminares, em privilégio à fase de planejamento da contratação.

O Ministério Público de Contas, à peça n. 33, também opinou pela improcedência da denúncia, nos mesmos termos aduzidos pela Unidade Técnica, e pela extinção do feito, com seu consequente arquivamento.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Inadequação do modelo de contratação adotado pela Prefeitura de Uberaba atinente à prestação de serviços de gerenciamento de combustível com implantação de *software* e locação de licença de uso

Conforme relatado, a empresa denunciante alegou que o modelo de contratação adotado pela Prefeitura Municipal de Uberaba, atinente à prestação de serviços de gerenciamento de combustível com implantação de *software* e locação de licença de uso, não atendeu aos princípios da eficiência, já que a realização de dois contratos pode ocasionar “maior gestão de processos para o órgão”, e economicidade, uma vez que impede o desconto no contrato de abastecimento. Dessa forma, aduziu que a melhor opção seria a adoção de um “novo modelo de contratação unificada para aquisição e gerenciamento de combustível e aquisição de peças e serviços de manutenção com o gerenciamento”, modelo este denominado de quarteirização, adotado na gestão de frotas por garantir maior eficiência na prestação dos serviços, visto que permite a realização da atividade por meio de uma rede de estabelecimentos credenciados, além

deste modelo permitir a duração de até 60 meses para o contrato, garantindo, assim, maior durabilidade contratual, diferentemente da prestação de serviços de *software*, limitada a 48 meses.

Após a intimação dos responsáveis, a Administração justificou, à peça n. 10, que a escolha de uma rede credenciada de fornecedores de combustíveis ou de um fornecimento de produto para um sistema próprio é pautada pelo mérito administrativo e, assim, incumbe aos gestores públicos a escolha do melhor modelo. Nesse sentido, destacaram que questionar o objeto licitatório é, na verdade, uma invasão ao mérito administrativo.

Ademais, esclareceu que a licitação sob exame apresenta dois objetos distintos: a prestação de serviços de gerenciamento de abastecimento por meio de *software* e o fornecimento de combustíveis. Contudo, o objeto oferecido pela denunciante trata da prestação dos serviços de manutenção de uma rede credenciada de postos de combustíveis, monitorada por *software*, ou seja, diverso dos objetos pretendidos pela Administração.

Afirmou que a quarteirização, no que tange ao fornecimento de combustíveis, não é vantajosa para a Prefeitura Municipal de Uberaba, visto que o ente já possui em seu centro operacional infraestrutura de um posto de combustíveis. Assim, diferentemente do alegado pela denunciante, o método adotado pela Prefeitura apresenta maiores chances de se adquirir a compra por um preço menor, uma vez que o fornecimento de combustíveis é realizado no atacado diretamente dos fornecedores dos postos de combustíveis da cidade.

Além disso, aduziu que a Secretaria de Administração, responsável por executar os procedimentos licitatórios, possui *expertise* para relatar as suas necessidades, bem como as características dos serviços/produtos.

Após nova intimação dos responsáveis, os Srs. Eclair Gonçalves Gomes e Anderson Passos de Souza informaram, às págs. 18 a 20 da peça n. 18, que a sessão do pregão ocorreu normalmente no dia 7/7/2022 e que houve a participação de apenas uma empresa para os dois lotes. Quanto ao Lote 1, a empresa ofertou a proposta final com taxa de desconto sobre a tabela ANP de 3,66%. Quanto ao Lote 2, informaram que a licitação restou fracassada e que “o objeto será oportunamente analisado e, caso haja interesse das Secretarias requisitantes, poderá ocorrer nova licitação”.

Vale registrar que, apesar de o lote 2 da licitação ter restado fracassado, encaminhei os autos à Unidade Técnica para análise inicial, considerando os lotes 1 e 2 do edital do Pregão Eletrônico n. 84/2022, na perspectiva do apontamento da denúncia.

Em cumprimento, a Unidade Técnica, à peça n. 27, examinou os autos e concluiu pela improcedência da denúncia, tendo em vista que a escolha pela utilização da quarteirização é abarcada pela discricionariedade administrativa, ou seja, cabe ao gestor público escolher qual o modelo é mais apropriado para a solução da sua demanda, desde que a sua decisão seja devidamente motivada. Ademais, ressaltou que, apesar de a motivação não ter ocorrido no Item 2 – do Termo de Referência, à peça n. 11, vol. 2, págs. 3 a 47, ela se fez presente na justificativa apresentada pelos gestores a esta Corte de Contas, vejamos:

[...]

Todavia, ao prestar esclarecimentos a este Tribunal de Contas, por meio de parecer da SESURB (peça n. 10, SGAP, documento n. 107-186271-2022, f. 18-19), os responsáveis justificaram a opção pelo modelo adotado com base na essencialidade dos serviços públicos que dependem de combustíveis (o que justificaria a escolha da Prefeitura em ter postos de abastecimento próprios) e na possibilidade de obtenção de menores preços, caso a compra dos combustíveis seja realizada diretamente com os fornecedores, em regime de atacado. Os gestores informaram, ainda, que estão conduzindo outra licitação para os serviços de

gerenciamento das manutenções preventivas e corretivas da frota, não cabendo à licitante indicar a forma que os serviços serão delegados.

Em análise aos autos do procedimento licitatório, percebe-se também que a Administração, provocada pelos pareceres da Procuradoria do Município (peça 11, SGAP, Vol. 01, f. 259-263; Vol. 02, 390-393; e Vol. 03, f. 672-675), sanou as incorreções das primeiras versões do Edital, relacionadas às estimativas do objeto, ao critério de julgamento, entre outras, o que demonstra a diligência da Administração Pública na condução do procedimento licitatório.

A opção pelo modelo a ser adotado para gestão da frota de veículos do município cabe, portanto, ao gestor público. Respeitados os princípios que regem as contratações públicas, não cabe ao Tribunal de Contas adentrar no mérito da oportunidade e conveniência da opção adotada pelo Administrador.

Diante do exposto, esta Unidade Técnica entende que a denúncia é **improcedente**. Entende, entretanto, que pode ser **recomendado** à Administração que, nos próximos certames, informe as justificativas da escolha da solução adotada (baseando-se em estudos técnicos preliminares), em privilégio à fase de planejamento da contratação. (Destques do texto)

Feitos os devidos registros, saliento que é possível a contratação de empresa especializada para o gerenciamento do fornecimento de combustível e da manutenção de veículos da frota do município, ou seja, é lícita a utilização do modelo de gestão administrativa intitulado de quarterização. Destaco que essa questão já foi discutida por esta Corte de Contas, por meio da Consulta n. 1066820, de relatoria do conselheiro Cláudio Couto Terrão, em sessão no dia 3/6/2020, vejamos:

CONSULTA. CONTRATAÇÃO. GERENCIAMENTO DE FROTA. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. É possível, observadas as disposições da Lei n. 8.666/93, a contratação de empresa especializada para o gerenciamento do fornecimento de combustível e da manutenção preventiva e corretiva dos veículos que compõem a frota, incluindo o provimento de peças, acessórios, mão de obra etc., desde que essa opção esteja devidamente justificada na fase de planejamento, demonstrando tecnicamente a viabilidade, a economicidade e a vantajosidade de sua adoção para o caso concreto.

Não obstante, é imperioso destacar que, apesar de ser permitida a utilização da quarterização, este modelo não é obrigatório. Isso porque a Administração, por meio de seus gestores, pode possuir certa margem de liberdade para escolher suas próprias condutas, para que, assim, haja adequação ao caso concreto e, consequentemente, maior alcance do interesse público. Ressalta-se que, mesmo nos casos discricionários, é necessária a observância dos princípios que fundamentam a atuação da Administração Pública e das circunstâncias do caso concreto, conforme o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹:

[..] a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é **discricionário**, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. (Grifo no original)

No presente caso, observa-se que a Administração, pautada pelo juízo discricionário, entendeu pela conveniência e oportunidade de se adotar um modelo de gestão baseado no fornecimento do produto por meio de um sistema próprio. O Tribunal de Contas da União – TCU, no Acórdão

¹ Direito Administrativo. 30 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense – GEN, 2017. p. 291-292.

n. 120/2018-Plenário², sessão do dia 24/1/2018, de relatoria do ministro Bruno Dantas, corrobora o entendimento de que o poder discricionário pode ser utilizado para a escolha do modelo de gestão, conforme trecho que colaciono a seguir:

De todo modo, é certo que nenhum dos precedentes supracitados afastou a possibilidade de os órgãos da Administração Pública aplicarem o modelo de quarteirização do serviço de manutenção da frota. Isso porque tal escolha insere-se no âmbito de discricionariedade do gestor, a quem compete avaliar a conveniência e oportunidade de adotar determinado modelo, desde que, obviamente, reste demonstrado o respeito aos princípios norteadores. Não cabe ao TCU, no desempenho de sua missão constitucional de controle externo, imiscuir-se no papel do administrador público, sob pena de ingerência indevida nas atividades das unidades jurisdicionadas.

No “Item 2 – DA JUSTIFICATIVA”, presente no termo de referência, à peça n. 11, vol. 2, págs. 3 a 47, os gestores motivaram a sua escolha com base nos seguintes argumentos:

2.1-O presente fornecimento destina-se ao atendimento da Secretaria de Serviços Urbanos e Obras - SESURB de acordo com as justificativas apresentadas:

2.1.2 A necessidade da contratação de empresa se faz para o fornecimento de combustíveis automotivo (gasolina comum, álcool etanol hidratado, óleo diesel comum e óleo diesel s-10) bem como para gerenciamento do abastecimento da frota de veículos, máquinas, motocicletas e equipamentos a serviço das diversas Secretarias Municipais, para maior controle do consumo dos combustíveis, visando economia ao erário e maior transparência da prestação de serviço.

2.1.3-Os combustíveis são necessários para que a Administração Pública possa abastecer seus veículos e equipamentos oficiais com o escopo de servirem ao interesse público no desempenho de suas atividades.

2.1.4 -A presente contratação deve ser efetiva pelo prazo de 36 meses em razão da vantajosidade alcançada pela Administração através de um contrato de duração à médio prazo.

2.1.5. As despesas oriundas da presente contratação foram devidamente previstas no plano plurianual de cada Secretaria, justificando-se dessa forma a contratação por 36 meses. Em vista de se tratar de prestação de serviço de execução continuada, o prazo de vigência de 36 meses consagra da melhor forma os princípios da eficiência administrativa, da economicidade, atendendo à sua finalidade que é de obtenção de melhor preço.

É pertinente concluir que, quanto maior o prazo de vigência desse tipo de contrato, maior é a segurança das empresas para ofertar seus preços, tendo em vista a estabilidade que lhes é oferecida no negócio. Com isso, é esperado um aumento da concorrência, com a expectativa de melhores preços e a participação de empresas melhores qualificadas para prestar os serviços. Ademais, um prazo de vigência de 36 meses só traz benefícios a Administração, visto que os procedimentos atualmente adotados para a prorrogação serão significativamente reduzidos.

2.1.6-As quantidades estipuladas foram baseadas no controle interno de cada Secretaria, que detém previsão de quanto necessita diariamente no desenvolvimento de suas atividades fins.

Ainda, conforme item 3.1.1 do termo de referência, peça n. 11, vol. 2, págs. 5 a 7, observa-se que, de fato, a licitação foi dividida em dois lotes, a saber:

² Disponível em: < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A120%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em 20/10/2022.

3.1.1 – A presente licitação se procede por meio de lotes de disputa.

3.1.1.1 – O primeiro lote será referente ao fornecimento dos combustíveis, sendo tipificado como MAIOR DESCONTO sobre tabela de preço médio mensal do município de Uberaba ao consumidor, divulgada pela ANP.

3.1.1.2 – O segundo lote será referente ao gerenciamento do abastecimento sendo tipificado como MENOR PREÇO oferecido pela prestação do serviço mensal. Devendo ser discriminado todos os itens com seus valores unitários.

Não obstante as justificativas reproduzidas no instrumento convocatório, por si sós, não se mostrarem suficientes para motivar a decisão da Administração, em consonância com a Unidade Técnica, considero pertinentes os argumentos aduzidos na manifestação da Sesurb, à peça n. 10, documento n. 107-186271-2022, págs. 18 a 19, uma vez que os gestores afirmaram que a Prefeitura já possui a infraestrutura de um posto de combustíveis em seu próprio centro operacional, que já sofreu “diversos investimentos públicos”, o que é de extrema importância para o interesse público, tendo em vista o contexto atual de crise de combustíveis. Ademais, elencaram a possibilidade de se adquirir combustíveis por um valor menor, visto que a compra será realizada diretamente e no atacado com os postos de combustíveis da cidade.

Nesse sentido, as justificativas carreadas aos autos, diferentemente do alegado pela denunciante, demonstraram que, em tese, a Administração agiu pautada pelos princípios da economicidade e da eficiência.

Por fim, é importante salientar que, apesar da participação de apenas uma empresa nos dois lotes da licitação, qual seja, Rede Sol Fuel Distribuidora S/A, conforme págs. 121 a 131 da peça n. 18, tal fato não é suficiente para macular a legalidade do procedimento licitatório. Nesse sentido, o legislador ordinário não consignou na Lei n. 8.666/1993, norma geral de licitação, nem na Lei n. 10.520/2002, que regulamenta o pregão, a necessidade da presença de um número mínimo de competidores como requisito de validade do certame, o que, se previsto, poderia dificultar, ou até inviabilizar, o processamento das compras governamentais em determinadas situações.

No mesmo sentido, é o entendimento de Diógenes Gasparini e de Hely Lopes Meirelles, respectivamente³:

Não obstante essa orientação, a doutrina e a jurisprudência dominantes têm aceito como legal o procedimento licitatório em que somente um interessado acode ao chamamento da Administração Pública licitante se todas as exigências foram satisfatoriamente atendidas (...). De sorte que, mesmo sem competição, a contratação em tais condições será válida.

Se comparecer apenas um licitante, qualificado para o contrato, a administração pode adjudicar-lhe o objeto pretendido. O essencial é que este único pretendente tenha condições para contratar, segundo as exigências do edital, no que tange capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, que hão de ser verificadas antes da contratação, e que o contrato seja vantajoso para a Administração.

O Tribunal de Contas da União – TCU também se posicionou no sentido de que não há impedimento à participação de um único licitante em certames realizados sob a modalidade pregão, nos seguintes termos:

Quanto ao comparecimento de somente uma empresa ao pregão em tela, alinho-me à Unidade Técnica no sentido de que não há impedimento na legislação à conclusão da

³ Disponível em: < <https://carloscesarmferreira.jusbrasil.com.br/artigos/795178281/participacao-de-somente-um-licitante-no-pregao>>. Acesso em 19/10/2022.

licitação, a menos que o edital contenha exigências restritivas ao caráter competitivo do certame, o que se verificou no caso. (TCU: Acórdão 408/2008 - Plenário, DOU 14/03/2008)

Considerando-se que a apresentação de somente um licitante configura indício, mas não evidência, de que a competitividade da licitação teria restado em alguma proporção prejudicada, realizou-se a ora combatida determinação. Note-se que o Tribunal não entendeu serem tais irregularidades bastantes para a anulação do contrato, nem que o comparecimento de apenas um licitante constitui qualquer tipo de óbice à contratação. (TCU: Acórdão 1316/2010 - Primeira Câmara, DOU 19/03/2010)

Diante do exposto, em consonância com a manifestação da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas, diante dos esclarecimentos prestados pela Administração, proponho que este apontamento de irregularidade seja julgado improcedente, uma vez que compete ao gestor público a escolha do melhor modelo de gestão a ser adotado, desde que observados os princípios que regem a Administração Pública e desde que devidamente motivada a decisão administrativa.

Não obstante, na esteira do estudo na Unidade Técnica, entendo pertinente a emissão de recomendação ao atual prefeito de Uberaba e aos responsáveis pelo planejamento e execução da fase interna do certame para que, nos próximos certames licitatórios envolvendo o mesmo objeto, informem as justificativas da escolha da solução adotada nos autos do próprio procedimento licitatório, baseando-se em estudos técnicos preliminares, de forma a motivar adequadamente a fase de planejamento da contratação.

2. Formulação de reiteradas demandas pela empresa denunciante a este Tribunal

Inicialmente, registro que, mediante pesquisa no SGAP, verifiquei que, entre 25/5/2021 e 15/9/2022, ao menos 19 (dezenove) denúncias apresentadas pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., ora denunciante, envolvendo a prestação dos serviços de gerenciamento de frota com a implantação, manutenção e administração de um sistema informatizado e integrado, mediante a instalação de *software* e aquisição de licença de uso, por meio de dispositivo eletrônico, foram julgadas **totalmente improcedentes**, vejamos:

| Número do processo | Relator | Colegiado | Data da sessão | Apontamento | Decisão |
|--------------------|--|-----------------|----------------|--|---|
| 1112616 | Conselheiro Wanderley Ávila | Segunda Câmara | 15/9/2022 | Taxa de administração negativa. | Improcedência |
| 1114371 | Conselheiro Substituto Telmo Passareli | Segunda Câmara | 5/5/2022 | Taxa de administração negativa. | Improcedência |
| 1114481 | Conselheiro Cláudio Couto Terrão | Segunda Câmara | 5/5/2022 | Restrição geográfica. | Improcedência |
| 1098614 | Conselheiro Substituto Licurgo Mourão | Segunda Câmara | 28/4/2022 | Supostas irregularidades em requisitos de habilitação. | Improcedência |
| 1114372 | Conselheiro Wanderley Ávila | Segunda Câmara | 28/4/2022 | Exigência de preposto local. | Improcedência após a retificação do edital. |
| 1101752 | Conselheiro Substituto Hamilton Coelho | Primeira Câmara | 26/4/2022 | Supostas irregularidades em requisitos de habilitação. | Improcedência |

| Número do processo | Relator | Colegiado | Data da sessão | Apontamento | Decisão |
|--------------------|---|-----------------|----------------|--|---|
| 1107687 | Conselheiro Durval Ângelo | Primeira Câmara | 5/4/2022 | Relação de estabelecimentos credenciados. | Improcedência após a retificação do edital. |
| 1107529 | Conselheiro em exercício Adonias Monteiro | Segunda Câmara | 10/2/2022 | Supostas irregularidades em requisitos de habilitação e estabelecimento de percentual máximo da taxa de administração. | Improcedência |
| 1112498 | Conselheiro Substituto Telmo Passareli | Segunda Câmara | 10/2/2022 | Direcionamento indevido à ME e EPP. | Improcedência |
| 1098620 | Conselheiro José Alves Viana | Primeira Câmara | 23/11/2021 | Supostas irregularidades em requisitos de habilitação. | Improcedência |
| 1098471 | Conselheiro Sebastião Helvecio | Segunda Câmara | 18/11/2021 | Supostas irregularidades em requisitos de habilitação. | Improcedência |
| 1101640 | Conselheiro Durval Ângelo | Primeira Câmara | 26/10/2021 | Ausência de publicidade do instrumento convocatório. | Improcedência |
| 1104922 | Conselheiro Substituto Adonias Monteiro | Segunda Câmara | 7/10/2021 | Estabelecimento de percentual máximo da taxa de administração. | Improcedência |
| 1101790 | Conselheiro Wanderley Ávila | Segunda Câmara | 23/9/2021 | Supostas irregularidades em requisitos de habilitação. | Improcedência |
| 1102127 | Conselheiro Substituto Hamilton Coelho | Primeira Câmara | 24/8/2021 | Supostas irregularidades em requisitos de habilitação. | Improcedência |
| 1066631 | Conselheiro Substituto Licurgo Mourão | Primeira Câmara | 3/8/2021 | Relação de estabelecimentos credenciados. | Improcedência após a retificação do edital. |
| 1095429 | Conselheiro Durval Ângelo | Primeira Câmara | 6/7/2021 | Taxa de administração negativa e ausência de definição das parcelas de maior relevância. | Improcedência |
| 1058477 | Conselheiro Substituto Licurgo Mourão | Primeira Câmara | 29/6/2021 | Supostas irregularidades em requisitos de habilitação. | Improcedência |
| 1098333 | Conselheiro Gilberto Diniz | Primeira Câmara | 25/5/2021 | Supostas irregularidades em requisitos de habilitação. | Improcedência |

Ademais, vale registrar que, no mesmo período, outras denúncias foram julgadas parcialmente procedentes, mas, por exemplo, com a repetição de apontamentos atrelados aos requisitos de habilitação das licitantes. Cito, nesse sentido, o julgamento das Denúncias n. 1040565⁴ e 1084368⁵.

Nessa vertente, em análise, por amostragem, observa-se que, nas Denúncias n. 1084368, 1098333, 1058477, 1102127, 1101790, 1098471, 1098620, 1107529, 1101752 e 1098614, os apontamentos formulados pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. circunscreveram-se à ausência de exigência de balanço patrimonial nos instrumentos convocatórios, sendo que este Tribunal já vinha se manifestando, reiteradamente, que a Administração, no exercício do seu poder discricionário, deve listar no edital aqueles documentos que julgar necessários para o procedimento em concreto, tendo como limite o rol do art. 31, I, da Lei n. 8.666/1993, aplicável aos casos relatados.

Destaco que, ao apreciar apontamentos envolvendo requisitos de habilitação em que não há a indicação de possíveis prejuízos ao interesse público ou ao erário, venho me manifestando no sentido de que a ausência dessa demonstração não pode ser relevada, sob pena de se criar instância para discussão de interesses subjetivos privados, de forma que, tratando a questão de interesse de cunho particular, não haveria óbice para que se buscasse a tutela de seu direito na esfera judicial. Noutras palavras, não é da competência desta Corte de Contas a análise de questões envolvendo interesse privado, não abrangidas pelos critérios desencadeadores da atividade de controle externo, em demanda que visa reduzir a competitividade do certame, sem que haja clara conduta antijurídica e ilegítima causadora de prejuízo ao erário ou violação ao interesse público, a exemplo do julgamento das Denúncias, de minha relatoria, n. 1095448, Segunda Câmara, sessão do dia 4/11/2021, e n. 1103919, Primeira Câmara, sessão do dia 14/12/2021.

O Tribunal de Contas da União – TCU também vem entendendo que “[...] formular representação ao TCU para o atendimento de interesses privados, em detrimento do interesse público, pode configurar litigância de má-fé, a ensejar a aplicação da multa prevista no art. 81 da Lei 13.105/2015 (CPC), c/c os arts. 15 e 80 da mesma lei” (Acórdão n. 11.287/2021, julgado na sessão da Primeira Câmara do dia 17/8/2021, de relatoria do ministro Vital do Rêgo).

Assim, diante do elevado número de denúncias apresentadas pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., com a indicação de apontamentos que já foram exaustivamente considerados improcedentes por esta Corte de Contas, principalmente aqueles envolvendo requisitos de habilitação das licitantes, entendo que este Tribunal deve se atentar para a possibilidade de algumas dessas denúncias serem motivadas por interesses privados, ao contrário da tutela da legalidade dos procedimentos licitatórios questionados e do interesse público, em prejuízo à concorrência e ao regular funcionamento desta Corte.

Traçado esse panorama, em que pese o art. 5º, XXXV, da Constituição da República consagrar a garantia de acesso à Justiça, o direito de ação não é absoluto e apresenta suas limitações quando incorre em abuso, sendo limitado, de forma expressa, pelo art. 187 do Código Civil, que prescreve o seguinte: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁴ Relator conselheiro substituto Hamilton Coelho, Primeira Câmara, sessão do dia 23/11/2021.

⁵ Relator conselheiro substituto Licurgo Mourão, Primeira Câmara, sessão do dia 29/6/2021.

Sobre a questão, cabe mencionar o seguinte excerto do artigo publicado no *site*⁶ da revista Consultor Jurídico, sobre decisão⁷ da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, intitulado “Quebra de tradições – 3ª Turma do STJ define o ilícito de assédio processual”:

O ajuizamento de ações sucessivas e sem fundamento para atingir objetivos maliciosos é “assédio processual”. Foi como a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça definiu a prática de abusar dos direitos fundamentais de acesso à Justiça e ampla defesa “por mero capricho, por espírito emulativo, por dolo ou que, em ações ou incidentes temerários, veiculem pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um simulacro de processo”.

[...]

Ficou definida a seguinte tese: “O ajuizamento de sucessivas ações judiciais, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso, pode configurar ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa, o denominado assédio processual”.

A tese foi desenvolvida no caso pela ministra Nancy Andrighi, que, em voto-vista, divergiu do relator, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Nancy foi acompanhada pelos ministros Marco Aurélio Bellizze, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro.

Sanseverino havia votado para negar o recurso, por entender que não havia nada a reformar na decisão da origem e porque o abuso processual se apura no próprio processo, conforme manda o parágrafo 3º do artigo 81 do Código de Processo Civil.

De acordo com Sanseverino, portanto, o abuso se daria dentro de uma demanda específica. Por exemplo, por meio do ajuizamento de diversos embargos de declaração ou do peticionamento sucessivo de documentos extensos demais para ser lidos em tempo hábil.

Mas, para a ministra Nancy, o direito processual precisa evoluir e o abuso do direito de ação não pode ficar restrito ao que está escrito na lei. “Embora não seja da tradição do direito processual civil brasileiro, é admissível o reconhecimento da existência do ato ilícito de abuso processual, tais como o abuso do direito fundamental de ação ou de defesa, não apenas em hipóteses previamente tipificadas na legislação, mas também quando configurada a má utilização dos direitos fundamentais processuais”, anotou a ministra, na ementa do acórdão.

Segundo ela, a tradição brasileira é de considerar abuso processual o que está definido como litigância de má-fé nos artigos 79, 80 e 81 do CPC. Os dispositivos dizem quais são as obrigações das partes no processo e quais são as atitudes que podem levar o juiz a condenar alguém por litigância de má-fé.

No entanto, argumenta a ministra, nem sempre as coisas são claras assim. É preciso definir, além dos abusos no decorrer do processo, o assédio processual.

“O ardil, não raro, é camuflado e obscuro, de modo a embaralhar as vistas de quem precisa encontrá-lo. O chicaneiro nunca se apresenta como tal, mas, ao revés, age alegadamente sob o manto dos princípios mais caros, como o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa, para cometer e ocultar as suas vilezas. O abuso se configura não pelo que se revela, mas pelo que se esconde”, afirma. “É por isso que é preciso repensar o processo à luz dos mais basilares cânones do próprio direito.”

[...]

“O abuso do direito fundamental de acesso à justiça em que incorreram os recorridos não se materializou em cada um dos atos processuais individualmente considerados, mas, ao revés, concretizou-se em uma série de atos concertados, em sucessivas pretensões

⁶ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-12/turma-stj-define-ilicito-assedio-processual#author>>. Acesso em 19/10/2022.

⁷ REsp n. 1.817.845 - MS (2016/0147826-7). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-stj-assedio-processual.pdf>>. Acesso em 19/10/2022.

desprovidas de fundamentação e em quase uma dezena de demandas frívolas e temerárias”, resume Nancy, em seu voto⁸.

A propósito, sobre a importância do instrumento da denúncia e, ao mesmo tempo, sobre a necessidade de se coibir eventuais abusos no exercício do direito de denunciar, compartilho os ensinamentos de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁹:

O instrumento da denúncia constitui um dos mais importantes conectores entre a ação dos Tribunais de Contas e a sociedade, posto que permite a qualquer dos seus membros iniciar a verificação de determinado ato contrário à legalidade ou à moralidade pública.

A denúncia formulada à Administração, quando identificada a autoria e apontados os indícios do fato, deve merecer apuração, pois a sociedade e os órgãos públicos devem ter interesse em preservar a legalidade da conduta dos agentes públicos, demonstrando a verdade dos fatos.

[...]

Há situações, porém, em que a denúncia é realizada distanciada da sua real função, devendo tais ações serem coibidas. O abuso do direito de denunciar tanto se caracteriza pela reiteração de denúncias sem fundamento, quando o autor não sabe se esta procede ou não, quanto pela denúncia caluniosa de um só ato, sabendo o denunciante da inocência. Ambos devem ser coibidos pelos julgadores.

A denúncia cumpre uma importante função de proteger o interesse público em risco. Esta também é uma limitação que deve ser observada pelos julgadores ao analisarem as informações que chegam às Cortes de Contas. Em acórdão recente, a Corte preceitua:

As faculdades de denunciar e de representar ao TCU não visam à tutela de interesses particulares, de forma a propiciar a revisão de atos administrativos pelo Tribunal quando não ficar evidenciada a preponderância de interesse público. Eventuais perdas reclamadas por terceiros em função de interesses privados devem ser questionadas judicialmente, fórum adequado para pleitos dessa natureza¹⁰.

No âmbito concorrencial, envolvendo, portanto, procedimentos licitatórios e contratações realizadas pela Administração Pública, releva destacar o instituto da *sham litigation*, o qual pode ser entendido como o abuso do direito de ação com objetivos anticompetitivos.

A respeito, no artigo intitulado “Nuances da *Sham Litigation* no âmbito do processo licitatório”¹¹, o professor Thiago Bueno de Oliveira aborda a discussão sobre os prejuízos causados pelo abuso da litigância no ambiente das licitações, *in verbis*:

Sham litigation é um instituto do Direito norte-americano, caracterizado vulgarmente como uma variação da litigância de má-fé com maior sofisticação, uma vez que se fundaria no abuso do direito de ação judicial para prejudicar a concorrência.

Em outras palavras, seria o ato de se valer do Poder Judiciário para ajuizar ações sem que haja qualquer perspectiva de sucesso, tendo na realidade uma finalidade oculta/camuflada de causar um prejuízo a um concorrente direto, visando atingi-lo, de modo a gerar efeitos negativos em diversas dimensões: financeira, estrutural e de reputação.

⁸ REsp n. 1.817.845 - MS (2016/0147826-7) Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-nancy-assedio-processual.pdf>>. Acesso em 19/10/2022.

⁹ Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74299/denuncias-encaminhadas-ao-tcu-e-suas-limitacoes>>. Acesso em 19/10/2022.

¹⁰ TCU. Processo n. 023.847/2018-2. Acórdão n. 1045/2019 – Plenário. Relator: ministro substituto Augusto Sherman.

¹¹ Disponível em: <<https://www.blogjml.com.br/?cod=dd088edded8bd67568c7d34fcd99b7ed>>. Acesso em 19/10/2022.

Como muito bem relatado por Bruno Polonio Renzetti em artigo de revista^[1], o referido instituto teve sua construção legal na Suprema Corte Americana [...]

O referido autor relata que, nesses casos, a Suprema Corte considerou que o ordenamento antitruste não proibia associação entre dois ou mais agentes para convencer o Legislativo e/ou Executivo para tomarem medidas com eventuais efeitos de diminuição da competição. Seria uma proteção ao direito constitucional de petição aos órgãos do governo. Estabeleceu-se, assim, a Doutrina Noerr-Pennington: imunidade antitruste ao direito de petição. (Destaque do original)

Essa imunidade, todavia, passou a ser questionada em casos posteriores. No caso *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited*, os juizes da Suprema Corte analisaram o manejo de petições ao Judiciário como possível ilícito concorrencial. A Corte entendeu que o uso repetitivo de ações sem fundamentos, iniciadas independentes dos méritos, pode configurar ilícito concorrencial. (Destaque do original)

Entretanto, de forma a criar requisitos/critérios formais para caracterização de *sham litigation*, a mesma Suprema Corte [...] estabeleceu dois critérios de análise (um objetivo e outro subjetivo) diante do caso concreto: 1º) A ação levada ao Judiciário deve ser objetivamente desfundamentada, de forma que nenhum litigante poderia esperar que se obtivesse sucesso com ela (objetivo); 2º) Quando houver evidências que tal ação, sem objetivos, foi iniciada com o fito de causar prejuízos aos negócios de um concorrente no mercado.

No Brasil, a referida tese foi enfrentada pioneiramente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a partir dos anos 2000, quando da análise de casos que retratavam o exercício do abuso da posição dominante por meio de ações judiciais/administrativas contra medidas regulatórias, para impedir a entrada de um concorrente no mercado.

Nesses casos, o fundamento decisório está na discussão do abuso do direito de ação, configurado, por exemplo, no inciso V, do artigo 21 da Lei Federal n.º 8.884/94, que ao preceituar sobre as infrações da ordem econômica, prevê, entre outras, “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

Nos dias atuais, *sham litigation* pode ser encarada como o abuso de direito de petição com fins anticoncorrenciais, configurando conduta atentatória ao ambiente concorrencial. Ou seja, uma “litigância predatória”, configurada quando agentes econômicos lançam mão de ações judiciais e/ou administrativas, com fundamentos essencialmente vazios, visando prejudicar seus concorrentes, ao ponto de ser considerado um ilícito concorrencial, ainda que não esteja expresso no elenco do art. 36 da Lei n. 12.529/2011. (Destaque do original)

Portanto, valendo-se da perspectiva administrativa, podemos ousar dizer que no âmbito do processo licitatório, pode-se identificar inúmeras situações onde as características de *sham litigation*, anteriormente aqui expostas, estariam configuradas.

Um típico exemplo seria o exercício do direito de petição por meio de interposição de recurso administrativo sem qualquer substância ou lógica jurídica, com a intenção apenas de prejudicar o(s) seu(s) concorrente(s) direto(s) nas mais diversas dimensões. (Grifei)

Isso quando tais intenções não pretendem algo pior, como a restrição pura e ilícita à concorrência, prática conhecida como *naked restraint*. Ou seja, o agente econômico priva as concorrentes do direito de prestar um serviço/fornecer um bem que ela mesma não pode realizar/fornecer naquele momento.

Entretanto, alertamos que, mesmo no âmbito administrativo, em sede de processos licitatórios, há de se ter bastante cautela na tentativa de configuração da *sham litigation*,

pois não é infração facilmente identificável, e que por vezes pode ser contraposta ao argumento da legitimidade de representação democrática.

Ao final, percebemos que o combate à *sham litigation* visa dar contornos ao intitulado *Jus sperniandi*, de modo a evitar que o inconformismo natural se torne abuso do direito de petição, judicial ou administrativa, originária ou recursal, criando-se “filtros qualitativos”, devendo-se identificar minimamente: 1) falta de substância argumentativa, seja por não ter lógica jurídica ou contrariar notória e explicitamente entendimento judicial firmado em definitivo pelos tribunais, motivo pelo qual não há como esperar que se tenha qualquer tipo de sucesso; 2º) identificação de evidências que o exercício do direito de petição foi promovido com o objetivo de causar prejuízos aos negócios de um concorrente no mercado.

Mutatis mutandis, trazendo-se o instituto do “dirigismo contratual”, típico do direito privado, para a seara do direito público, pode-se interpretar o combate à *sham litigation* como uma forma de “dirigismo peticional”, onde o exercício efetivo do direito de petição (em seus mais diversos formatos) estaria limitado, isto é, garante-se a liberdade de peticionar (escolher o momento mais adequado e para onde peticionar), mas não a liberdade peticional (liberdade argumentativa plena), por estar limitada à contornos concorrenciais quase sempre ignorados.

Ainda em artigo sobre a *sham litigation*, o *site*¹² de informativos jurídicos “Dizer o Direito” assim publicou, *in verbis*:

Abuso de direito

A figura do abuso de direito é mais conhecida e estudada no Brasil sob a perspectiva do direito material e, sobretudo, no âmbito do direito privado. O instituto é definido pelo art. 187 do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Vale ressaltar, no entanto, que, embora não seja da tradição do direito processual civil brasileiro, é admissível o reconhecimento da existência do ato ilícito de abuso processual, tais como o abuso do direito fundamental de ação ou de defesa, não apenas em hipóteses previamente tipificadas na legislação, mas também quando configurada a má utilização dos direitos fundamentais processuais.

Nem todo abuso do direito de ação está tipificado nos arts. 77 a 81 do CPC/2015

Quando se fala em punição por ato abusivo no processo judicial, imediatamente se pensa nos arts. 77 a 81 do CPC/2015, que tratam sobre os deveres e as responsabilidades das partes por dano processual.

Ocorre que não se pode afirmar que todas as desconposturas, chicanas e tramoias processuais estão apenas ali elencadas.

[...]

Mas o que é o sham litigation?

“Prática conhecida nos Estados Unidos, a expressão Sham Litigation pode ser compreendida como ‘litigância simulada’. Trata-se de ação ou conjunto de ações promovidas junto ao Poder Judiciário, que não possuem embasamento sólido, fundamentado e potencialidade de sucesso, com o objetivo central e disfarçado de prejudicar algum concorrente direto do impetrante, causando-lhe danos e dificuldades de ordem financeira, estrutural e reputacional.” (CORREIA, Rogério. Você sabe o que é Sham

¹² Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/12/a-pratica-de-sham-litigation-litigancia.html>>. Acesso em 19/10/2022.

Litigation? Disponível em: https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=13665&n=voc%C3%AA-sabe-o-que-%C3%A9-sham-litigation? Acesso em 04/12/2019)

Na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, podemos encontrar precedentes dizendo que se a parte ingressa com inúmeros processos infundados e repetitivos, isso é um forte indício de abuso de direito, razão pela qual essa conduta não está albergada pela imunidade constitucional ao direito de peticionar (California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited, 404 U.S. 508, 1972).

Vale ressaltar que a doutrina da sham litigation se formou e consolidou com mais força no âmbito do direito concorrencial. A despeito disso, o raciocínio ali construído pode ser utilizado para se reconhecer e se reprimir também o abuso do direito de ação.

Abuso do direito de ação é excepcional

É importante, ressaltar, contudo, que o reconhecimento do eventual abuso do direito de ação deve ser sempre excepcional. Isso porque o acesso à justiça é um direito fundamental intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito.

Logo, esse abuso deve ser reconhecido apenas quando isso estiver caracterizado estreme de dúvidas, ou seja, de forma muito explícita, sem contradições.

Em suma:

O ajuizamento de sucessivas ações judiciais, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso, pode configurar ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa, o denominado assédio processual.

STJ. 3ª Turma. REsp 1.817.845-MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. Ac. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/10/2019 (Info 658). (Destques do original).

Portanto, em face das informações apresentadas e dos temperamentos a respeito do abuso do direito de ação, em especial no tocante à *sham litigation*, reafirmo que esta Casa deve se atentar para a possibilidade de algumas denúncias apresentadas pela ora denunciante, empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., serem motivadas por interesses privados, ao contrário da tutela da legalidade dos procedimentos licitatórios questionados e do interesse público, em prejuízo à concorrência e ao regular funcionamento desta Corte.

Aproveitando a oportunidade, acrescento meu entendimento de que a utilização da instância administrativa para a coleta de esclarecimentos, em certos casos, pode eventualmente sanar a dúvida do denunciante e evitar o acionamento do Tribunal de Contas para análise de apontamentos que podem ser considerados improcedentes.

Sobre essa questão, faz-se pertinente trazer à tona recente posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, que reforçou, no Acórdão n. 1805/2022¹³, diante das mudanças legislativas operadas pela Lei n. 14.133/2022, especialmente em seu art. 169¹⁴, a necessidade de respeito às linhas de defesa passíveis de serem utilizadas pelos interessados em eventual contratação pública. O TCU asseverou que a empresa participante deve fazer uso da primeira (estrutura interna) e da segunda (assessoramento jurídico e controle interno do próprio

¹³ Acórdão de Relação n. 1805/2022, relator ministro Vital do Rêgo, julgado pelo Plenário em 10/8/2022.

¹⁴ Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

órgão ou entidade), antes que possa ingressar junto à terceira (órgão central de controle interno da Administração e pelo Tribunal de Contas), aqui representada por este Tribunal, de forma a evitar múltiplos esforços de apuração, em desfavor do interesse público, sob pena inclusive de eventual configuração de litigância de má-fé e aplicação da devida sanção, tudo sob o condão do princípio da eficiência, edificado no art. 37¹⁵ da Constituição da República.

Para melhor visualização da questão envolvendo as “linhas de defesa”, compartilho a doutrina de Joel de Menezes Niebuhr¹⁶:

A nomenclatura empregada pela Lei n. 14.133/2021 é decorrente do *compliance* já fixada para as estatais ao estabelecer as linhas de defesa segregando funções de execução, de assessoramento e de controle interno da Administração. Assim é que a primeira linha deve ser integrada pelos agentes públicos da estrutura de governança, isto é, de execução dos atos necessários para a aquisição de bens e serviços e sua destinação de acordo com a lei, a ética e as melhores práticas administrativas. A expressão governança envolve estruturas, sistemas, normas, agentes, práticas processuais e administrativas, entre outras. Todas com vistas ao desempenho adequado para atingir seus fins.

Já a segunda linha trata do assessoramento jurídico e da unidade de controle interno do órgão. Integram-se naturalmente sob o aspecto sistêmico aos órgãos centrais de controle.

A terceira linha de defesa é integrada pelo órgão central de controle interno e, curiosamente, pelo Tribunal de Contas. Aí surge claramente a figura do controle externo cujas competências decorrem diretamente da Constituição Federal (artigo 71) e de sua Lei Orgânica cuja iniciativa também é de sua competência (Lei n. 8.443/1992). Igualmente não deixam de vigorar as regras básicas de planejamento e transparência já firmadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, pode haver a possibilidade de litigância de má-fé, se o licitante, tendo a oportunidade de manifestar-se em vias administrativas, resolve silenciar-se para depois ir aos Tribunais de Contas ou ao Poder Judiciário formular pleito que poderia igualmente manifestar sem ônus perante a Administração Pública, contribuindo ainda mais para a sobrecarga do aparelho estatal judicial e administrativo.

Portanto, uma vez que as diversas denúncias formuladas pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. a este Tribunal podem ter como objeto a persecução de interesses privados, configurando abuso do direito de denunciar e, para além disso, possível prática de *sham litigation*, proponho que a questão seja submetida à apreciação do Ministério Público de Contas para que, no exercício das atribuições previstas no art. 32, I e VI, da Lei Orgânica do Tribunal, adote as providências que entender cabíveis.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho que seja julgado improcedente o apontamento de irregularidade em face do Pregão Eletrônico n. 84/2022, deflagrado pela Prefeitura de Uberaba, nos termos do art. 196, § 2º, do Regimento Interno c/c o art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Não obstante, proponho a emissão de recomendação ao atual Prefeito de Uberaba e aos responsáveis pelo planejamento e execução da fase interna do certame para que, nos próximos certames licitatórios envolvendo o mesmo objeto, informem as justificativas da escolha da

¹⁵ 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:

¹⁶ Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos / Joel de Menezes Niebuhr et al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 1. 283p. Versão eletrônica disponível em: https://www.zenite.com.br/books/nova-lei-de-licitacoes/nova_lei_de_licitacoes_e_contratos_administrativos.pdf > Acesso em 20/10/2022.

solução adotada nos autos do próprio procedimento licitatório, baseando-se em estudos técnicos preliminares, de forma a motivar adequadamente a fase de planejamento da contratação.

Ademais, uma vez que as diversas denúncias formuladas pela empresa Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. a este Tribunal podem ter como objeto a perseguição de interesses privados, configurando abuso do direito de denunciar e, para além disso, possível prática de *sham litigation*, proponho que a questão seja submetida à apreciação do Ministério Público de Contas para que, no exercício das atribuições previstas no art. 32, I e VI, da Lei Orgânica do Tribunal, adote as providências que entender cabíveis.

Comunique-se a denunciante pelo DOC e intímese os interessados pelo DOC e por meio eletrônico, bem como o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Após os procedimentos cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.
