

VOTO-VISTA:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE):

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARCIAL PROVIMENTO.

I. CASO EM EXAME

1. Recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, contra acórdão em que o STJ: (i) declarou a nulidade de contrato de prestação de serviços advocatícios celebrado pelo Município de Itatiba, com inexigibilidade de licitação; e (ii) aplicou multa civil equivalente a 10% do valor do contrato, por entender caracterizado ato de improbidade administrativa.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Discute-se: (i) se os entes públicos podem – e em que condições – contratar serviços advocatícios com inexigibilidade de licitação; e (ii) caso as contratações efetivadas sejam consideradas ilícitas, se estará caracterizado ato improbidade administrativa.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O contrato analisado tem por objeto atividades rotineiramente realizadas por órgãos de assessoramento jurídico da Administração Pública. Além disso, não se demonstrou a impossibilidade ou a relevante inconveniência de que fossem executadas pelos advogados públicos que integravam o quadro de pessoal do Município de Itatiba. Logo, deve-se declarar

sua nulidade. De toda sorte, tendo sido o serviço adequadamente prestado, não é o caso de determinar a devolução aos cofres públicos dos valores pagos à sociedade de advogados.

4. Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, exige-se a presença de dolo para a caracterização de qualquer ato de improbidade administrativa. O Supremo Tribunal Federal reforçou essa tese ao validar a alteração legislativa que extinguiu a modalidade culposa e determinar sua aplicação aos atos praticados sob a vigência da lei anterior e aos processos em curso em que não houvesse decisão transitada em julgado. A aplicação desse raciocínio ao caso concreto resulta na inexistência de ato ímprobo.

5. Isso não significa, contudo, que o dolo seja necessário para a caracterização de ato de improbidade administrativa em qualquer hipótese. Esta Corte manteve hígidas as condenações definitivas por atos ímprobos culposos anteriores à Lei nº 14.230/2021. Além disso, o tipo culposo pode eventualmente ser restabelecido, já que sua inexistência atual decorre de opção legislativa legítima, mas não de imposição feita pelo art. 37, § 4º, da Constituição.

6. Presentes os requisitos que autorizam a contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação – exatamente por ser impossível a competição entre potenciais interessados na execução do objeto –, lei editada por ente subnacional não pode demandar que o certame seja realizado. Nessa hipótese, lei que vedasse a contratação direta representaria invasão da

competência privativa da União para estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos, além de interferência indevida do Poder Legislativo em ato de gestão a cargo do Poder Executivo, em violação ao princípio da separação dos poderes.

IV. DISPOSITIVO

7. RE 610.523 prejudicado. RE 656.558 parcialmente provido, para excluir a caracterização de ato de improbidade administrativa e a multa civil aplicada pelo STJ.

8. Tese de julgamento: “1. Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal). Esse entendimento deve ser aplicado também aos atos praticados sob a vigência da redação originária da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação transitada em julgado. 2. São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado”.

Atos normativos citados: Constituição Federal,

art. 22, XXVII, 37, XXI; 37, §4º, 131 e 132; Lei nº 8.666/1993, arts. 13, V, 25, 26; Lei nº 8.429/1992, arts. 9º, 10 e 11;

Jurisprudência citada: ARE 843.989 (2022), Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI 3.594 (2020), Rel.^a. Min.^a. Cármen Lúcia; ADI 4.658 (2019), Rel. Min. Edson Fachin; ADI 4.348 (2018), Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADI 3.735 (2016), Rel. Min Teori Zavascki; ADI 3.670 (2007), Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI 342 (2003), Rel. Min. Sydney Sanches.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Antônio Sérgio Baptista Advogados Associados S/C Ltda., Adilson Franco Penteado, Celso Aparecido Carboni e Município de Itatiba. Pretende-se a declaração da nulidade de contrato celebrado entre o ente público municipal e a sociedade de advogados, bem como a condenação dos réus à devolução dos valores contratados, além da imposição de sanções por ato de improbidade administrativa.

2. O juízo de primeira instância julgou improcedente o pedido, por considerar lícita a contratação da sociedade de advogados por inexigibilidade de licitação. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade, manteve a sentença, em acórdão com a seguinte ementa:

LICITAÇÃO - Contratação de advogado - Licitação inexigível - Requisitos de legalidade e moralidade que devem ser atendidos - Inexistência de nulidade, no caso - Ação Civil Pública julgada improcedente - Apelação improvida.

3. Esse acórdão foi impugnado por recursos especial e extraordinário (autuado como RE 610.253). O Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso especial, por entender que “a contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade

administrativa, nos termos do art. 11, *caput* e inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente” (REsp 488.842, Red. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 05.12.2008). Assim, anulou o contrato, mas considerou que não seria necessária a restituição dos valores pagos, já que o serviço foi efetivamente prestado. Aplicou, ainda, multa civil equivalente a 10% do valor do contrato atualizado.

4. Diante disso, os réus interpuseram novo recurso extraordinário, inadmitido no STJ e, posteriormente, agravo de instrumento (AI 791.811, posteriormente reautuado como RE 656.558). Alegam: (i) que o STJ teria aplicado multa civil em conduta não enquadrada na Lei nº 8.429/1992, em afronta ao art. 37, § 4º, da Constituição; e (ii) que a Constituição dá amparo às hipóteses de inexigibilidade de licitação, razão pela qual o acórdão teria cerceado o exercício legítimo da advocacia.

5. Encaminhados os autos ao STF, o Tribunal Pleno, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos termos da seguinte ementa:

Repercussão geral: Direito constitucional e administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Discussão sobre a possibilidade de contratação de determinados serviços, com dispensa de licitação. Consequências. Presença de repercussão geral.

6. A Advocacia-Geral da União se manifestou pelo desprovimento do recurso extraordinário. A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo desprovimento do agravo de instrumento e pelo não conhecimento do recurso extraordinário. Foram admitidos no feito o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qualidade de assistente, e do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados - CESA, como *amicus curiae*. As duas entidades se manifestaram pelo provimento do recurso.

7. Iniciado o julgamento em ambiente virtual, o Min. Dias Toffoli, relator, proferiu voto em que julgou prejudicado o RE 610.523 e deu provimento ao RE 656.558, propondo a fixação da seguinte tese de julgamento:

a) O dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), de modo que é inconstitucional a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa prevista nos arts. 5º e 10 da Lei nº 8.429/92, em sua redação originária.

b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

8. Em seguida, pedi vista dos autos para melhor examinar a questão, trazendo-os agora para continuidade do julgamento. Adianto que acompanharei o relator parcialmente, sobretudo porque os parâmetros para a validade das contratações de serviços advocatícios com inexigibilidade de licitação fixados por S. Exa. reproduzem os que fixei no voto que proferi na ADC 45, sob minha relatoria:

(i) *Necessidade de procedimento administrativo formal* (art. 26 da Lei nº 8.666/1993).

(ii) *Notória especialização do profissional a ser contratado* (art. 13, V, da Lei nº 8.666/1993). A escolha deve recair sobre profissional dotado de especialização *incontroversa*, com qualificação diferenciada, aferida por elementos objetivos, reconhecidos pelo mercado (e.g. formação acadêmica e profissional do contratado e de sua equipe, autoria de publicações pertinentes ao objeto da contratação, experiência bem-sucedida em atuações pretéritas semelhantes).

(iii) *Natureza singular do serviço* (art. 25, II, da Lei nº 8.666/1993). O objeto do contrato deve dizer respeito a serviço que escape à rotina do órgão ou entidade contratante e da própria estrutura de advocacia pública que o atende.

(iv) *Inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público*. A disciplina constitucional da advocacia pública (arts. 131 e 132, da CF) impõe que, em regra, a assessoria jurídica das entidades federativas, tanto na vertente consultiva

como na defesa em juízo, caiba aos advogados públicos. *Excepcionalmente*, caberá a contratação de advogados privados, desde que plenamente configurada a *impossibilidade* ou *relevante inconveniência* de que a atribuição seja exercida pelos membros da advocacia pública.

(v) *Contratação pelo preço de mercado*. Mesmo que a contratação direta envolva atuações de maior complexidade e responsabilidade, é necessário que a Administração Pública demonstre que os honorários ajustados se encontram dentro de uma faixa de razoabilidade, segundo os padrões do mercado.

9. Peço vênua ao relator, contudo, para apresentar divergência quanto a três pontos específicos: (i) a validade do contrato administrativo celebrado; (ii) a necessidade de dolo para a configuração de atos de improbidade administrativa; e (iii) a possibilidade de que norma editada por ente subnacional impeça a contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação.

10. O primeiro ponto de divergência diz respeito à validade do contrato discutido. No caso em análise, o objeto do contrato era composto dos seguintes serviços: (i) atuação perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em processos de prestação de contas e referentes à licitações; assessoria jurídica em contratações públicas; (ii) análise de todos os processos licitatórios; (iii) respostas a consultas; (iv) elaboração de justificativas de preço das contratações; e (v) acompanhamento da execução orçamentária do exercício de 1997.

11. Essas atividades são rotineiramente realizadas pelos órgãos de assessoramento jurídico. Além disso, não se demonstrou, no caso concreto, a impossibilidade ou a relevante inconveniência de que fossem executadas pelos advogados públicos que integravam o quadro de pessoal do Município de Itatiba. Assim, por não estarem preenchidos os requisitos da natureza singular do serviço e da inadequação da prestação do serviço pelo quadro próprio do Poder Público, entendo que deve ser declarada a nulidade do contrato. De toda sorte, tal qual assentou o STJ, tendo sido o serviço adequadamente prestado, não há dano ao erário. Desse modo, não é o caso de determinar a devolução aos cofres públicos dos valores pagos à sociedade de advogados.

12. O segundo ponto de divergência diz respeito à

possibilidade de condutas culposas serem enquadradas como atos de improbidade administrativa. A Lei nº 8.429/1992, que regulamenta o art. 37, § 4º, da Constituição, define os casos de improbidade administrativa e a respectiva gradação das sanções. O gênero improbidade administrativa foi dividido em três categorias distintas: (i) a que importe em enriquecimento ilícito (art. 9º); (ii) a que importe em prejuízo ao erário (art. 10); e (iii) a que importe em atentado contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

13. Com a edição da Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei nº 8.429/1992, ocorreu a primeira grande modificação no regime jurídico das improbidades administrativas no Brasil. Dentre as principais inovações, passou-se a exigir dolo para caracterização de ato ímprobo em todos os casos, extinguindo-se a modalidade culposa, que constava da redação originária do art. 10 da Lei nº 8.429/1992. A questão relativa à “(ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação à necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA” foi analisada por esta Corte no ARE 843.989 (Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. em 18.08.2022), paradigma do Tema 1.199 da repercussão geral. Foi fixada a tese a seguir transcrita na parte de interesse:

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;

2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

[...]

14. Diante desse quadro, não há qualquer dúvida de que, com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, exige-se a presença de dolo para a caracterização de qualquer ato de improbidade administrativa. O Supremo Tribunal Federal reforçou essa tese ao validar a alteração legislativa que extinguiu a modalidade culposa e determinar sua aplicação aos atos praticados sob a vigência da lei anterior e aos processos em curso em que não havia decisão transitada em julgado. Esse raciocínio deve ser aplicado ao caso concreto em análise: como a condenação ainda não se tornou definitiva e não se comprovou a presença de dolo, a norma benéfica prevista na Lei nº 14.230/2021 deve incidir, o que exclui a caracterização de ato de improbidade administrativa. Deve ser afastada, portanto, a multa civil aplicada pelo STJ.

15. Isso não significa, contudo, que o dolo seja necessário para a caracterização de ato de improbidade administrativa em qualquer hipótese. Como se viu, a tese fixada por esta Corte mantém hígidas as condenações definitivas por atos ímprobos culposos anteriores à edição da Lei nº 14.230/2021. Além disso, o Supremo Tribunal Federal não afirmou que o legislador está impedido de editar norma que restabeleça a punição por atos de improbidade administrativa praticados com culpa. Essa questão não foi objeto de exame no julgamento do Tema 1.199 da repercussão geral. Em tal ocasião, esta Corte se limitou a afirmar que a alteração feita pela Lei nº 14.230/2021, que conduziu à necessidade de que o elemento subjetivo doloso esteja presente para a caracterização de qualquer ato ímprobo, é compatível com a Constituição. E nem poderia ser diferente, já que a inexistência do tipo culposo para atos de improbidade administrativa decorre de opção legislativa, não de uma imposição feita pelo art. 37, § 4º, da Constituição.

16. O terceiro ponto de divergência tem relação com o argumento, exposto no voto do relator, de que a contratação de serviços advocatícios “só terá validade se não houver norma impetitiva - no caso, municipal”. Discordo respeitosamente dessa premissa, por entender que a inexigibilidade de licitação constitui situação fática em que a realização do procedimento competitivo simplesmente não é viável. Refere-se, portanto, à contratação de serviços extremamente especializados, a ponto de não haver diversos prestadores no mercado que possam executá-lo

satisfatoriamente. Por esse motivo, tanto o art. 25 da Lei nº 8.666/1993, atualmente revogado, quanto o art. 74 da Lei nº 14.133/2021, em vigor, não contêm um rol exaustivo das hipóteses em que a licitação é inexigível. Os dispositivos se limitam a reconhecer que essa situação se faz presente sempre que houver “inviabilidade de competição”.

17. Assim, se estão presentes os requisitos que autorizam a contratação de serviços de advocacia por inexigibilidade de licitação – exatamente por ser impossível a competição entre potenciais interessados na execução do objeto –, lei editada por ente subnacional não pode demandar que o certame seja realizado. Nessa hipótese, previsão legal que vedasse a contratação direta representaria, ainda, interferência indevida do Poder Legislativo em ato de gestão a cargo do Poder Executivo. Não por acaso, “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a regra que subordina a celebração de acordos ou convênios firmados por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação da Assembleia Legislativa fere o princípio da independência e harmonia dos poderes” (ADI 342, Rel. Min. Sydney Sanches, j. em 06.02.2003). Veja-se, no mesmo sentido: ADI 4.348, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 10.10.2018.

18. Além disso, de acordo com o art. 22, XXVII, da Constituição, é competência privativa da União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. Como decorrência direta dessa previsão, cabe aos entes subnacionais suplementar a legislação federal de modo a aptá-la às suas realidades, sem, evidentemente, contrariá-la. Diversos precedentes desta Corte reforçam essa ideia [1]. Assim, lei editada por ente subnacional não pode vedar a contratação por inexigibilidade de licitação em hipótese expressamente permitida pela Lei nº 14.133/2021, que constitui norma geral sobre o tema.

19. Diante do exposto, julgo prejudicado o RE 610.523 e dou parcial provimento ao RE 656.558, mantendo a declaração de nulidade do contrato, mas afastando a caracterização de ato de improbidade de administrativa e a multa civil aplicada pelo STJ. Proponho, ainda, seja alterado o item “a” da tese de julgamento proposta pelo relator, para que tenha a seguinte redação:

a) Com a redação atual da Lei nº 8.429/1992, dada pela Lei nº 14.230/2021, o dolo é necessário para a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal). Esse entendimento deve ser aplicado também aos atos praticados sob a vigência da redação originária da Lei nº 8.429/1992, desde que não haja condenação transitada em julgado.

b) São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

20. É como voto.

[1] ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 02.04.2007; ADI 3.735, Rel. Min Teori Zavascki, j. em 08.09.2016; ADI 4.658, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 25.10.2019; ADI 3.594, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, j. em 19.06.2020.