

MANDADO DE SEGURANÇA 31.718 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
IMPTE.(S) : **CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A - ELETROBRÁS**
ADV.(A/S) : **LIANA FERNANDES DE JESUS**
IMPDO.(A/S) : **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
LIT.PAS.(A/S) : **UNIÃO**
ADV.(A/S) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

DECISÃO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTRATAÇÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS PARA SERVIÇOS JURÍDICOS.

1. Em se tratando de empresas estatais que explorem atividade econômica, principalmente as que estão inseridas em um regime concorrencial, a terceirização deve seguir lógica semelhante àquela prevista para a iniciativa privada.

2. Deve ser concedida à empresa estatal que explora atividade econômica certa margem de discricionariedade para a escolha da melhor forma de atuação em demandas jurídicas, sendo legítima a utilização de corpo jurídico próprio de forma exclusiva ou parcial, bem como de contratação de advogados ou escritórios de advocacia também de forma exclusiva ou parcial

3. A escolha administrativa, no entanto, deve atender às seguintes condições: (i) observância, como regra geral, do

MS 31718 / DF

procedimento licitatório, salvo os casos em cabalmente demonstrada sua inexigibilidade; **(ii)** elaboração de uma justificativa formal e razoável; **(iii)** demonstração, pautada por evidências concretas, da economicidade da medida, bem como da impossibilidade ou inconveniência da utilização do corpo jurídico próprio da entidade.

4. No caso concreto, foram atendidos os requisitos acima, sendo que a escolha realizada pela impetrante está em conformidade com os ditames da eficiência, impessoalidade e moralidade, sendo proporcionalmente justificada.

5. Ordem concedida.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União (TCU) que, mediante Acórdão nº 3.071/2011 do processo TC-031.592/2011, confirmado pelo Acórdão nº 2.833/2012, determinou à Eletrobrás - Centrais Elétricas Brasileiras S.A., ora impetrante, que se abstivesse de prorrogar o prazo de vigência do contrato por ela firmado com sociedade de advogados para acompanhar processos judiciais em que é parte ou terceira interessada no Estado do Paraná (Tomada de Preços DAC nº 02/2011).

2. Segundo a fundamentação do ato impugnado, como a Eletrobrás, sociedade de economia mista, possui advogados em seu quadro de pessoal, e o serviço objeto da Tomada de Preços DAC nº 02/2011 não é específico e possui caráter continuado, a contratação de advogados por licitação violaria o art. 37, II, da Constituição Federal. No

MS 31718 / DF

mesmo ato, o TCU ressaltou que deveria a impetrante, em futuras licitações para a contratação de serviços advocatícios, preceder certame licitatório de forma fundamentada, “demonstrando que os serviços são específicos, de natureza não continuada e com características singulares e complexas, que evidenciem a impossibilidade de serem prestados por profissionais do próprio quadro da Entidade”.

3. A impetrante pede a anulação do ato impugnado. Justifica o ato de prorrogação da contratação na **(i)** ausência de vedação legal, na **(ii)** impossibilidade de ampliação de seu quadro de pessoal, na **(iii)** menor onerosidade na contratação de serviço advocatício e na **(iv)** transitoriedade da necessidade do serviço. Afirma, ainda, que o objeto do contrato restringe-se, basicamente, a ações relativas ao empréstimo compulsório de energia elétrica na região do Estado do Paraná e que a estimativa de finalização dos processos gira em torno de cinco anos.

4. O Ministro Joaquim Barbosa, relator originário do feito, indeferiu o pedido liminar ao argumento de que a exigência de concurso público não se explica estritamente pela necessidade de preenchimento de cargos efetivos, criados para a consecução das atividades-fim das entidades estatais, mas também para seleção de empregados das entidades integrantes da administração pública indireta (doc. 15). Contra a decisão liminar, a parte impetrante interpôs agravo regimental (doc. 20).

5. O TCU prestou as informações solicitadas (doc. 23). A União requereu ingresso no feito (doc. 25). A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem ao argumento de que não há discricionariedade da impetrante em escolher o meio de contratação que lhe pareça menos oneroso, devendo observar o regime jurídico do concurso público para a admissão de pessoal, principalmente quando há, em seu quadro de pessoal, o cargo de advogado (doc. 27).

6. Tendo em conta que ultrapassado o prazo estimado para a

MS 31718 / DF

duração dos processos judiciais em questão, intimei as partes e a PGR, para que informassem sobre possível perda do objeto do *writ* (doc. 28). A parte impetrante afirmou ter interesse no prosseguimento do feito, tendo em vista que “as ações ainda tramitam em primeira instância, seja em sede de conhecimento, execução provisória ou execução definitiva” (doc. 29). A União e a PGR reiteraram suas manifestações anteriores (docs. 33 e 35).

7. É o relatório. Decido.

8. Importante mencionar, antes de tudo, que o fato de a impetrante ser ente da Administração Pública Indireta ou, ainda, ser sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica não é relevante para afastar a regra do concurso público prevista no art. 37, II, da Constituição Federal. Conforme entendimento consolidado deste Supremo Tribunal Federal, a Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de realização de concursos públicos também nos casos de provimentos em cargos ou empregos de empresas públicas e de sociedade de economia mista. Nesse sentido: MS 21.322, Rel. Min. Paulo Brossard; RE 790.977-AgR, de minha relatoria; ARE 790.897-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; ARE 637.969-AgR, Rel. Min. Ayres Britto; e AI 680.939-AgR, Rel. Min. Eros Grau.

9. Apesar da obrigatoriedade de as empresas estatais realizarem um procedimento específico para a contratação de pessoal, não se pode dizer que a impetrante é legalmente obrigada a criar um setor especializado em todas as atividades de que necessita para o exercício de sua atividade-fim prevista no art. 2º, *caput*, da Lei nº 3.890-A/1961. Assim como ocorre com qualquer pessoa jurídica de natureza pública ou privada, é lícito à Eletrobrás terceirizar determinadas atividades para a consecução de seu objetivo primário, não sendo obrigatória a criação de cargos ou empregos em todas as áreas ou atividades.

MS 31718 / DF

10. Como pontuado na Medida Cautelar da ADC 48 de minha relatoria, terceirizar significa transferir parte da atividade de uma empresa, denominada tomadora do serviço, para outra empresa inserida em sua cadeia produtiva, designada terceirizada ou prestadora do serviço. Em um mundo globalizado e cada vez mais integrado tecnologicamente, os países que rejeitam a terceirização encontram-se em indiscutível desvantagem competitiva. A terceirização tornou-se um fenômeno global. Embora sua regulamentação não seja homogênea e guarde particularidades conforme o ordenamento jurídico em exame, foi adotada por um conjunto amplíssimo de países, e parece ser um fato irreversível, tanto quanto a própria globalização da economia[1].

11. Na mesma ocasião, inclusive, ressaltai que a Constituição não veda a terceirização de empresas nas atividades-meio ou mesmo nas atividades-fim. Ao contrário, concluí que o princípio constitucional da livre iniciativa asseguraria às empresas a formulação das suas próprias estratégias empresariais. Em outras palavras, considerando a estrutura concorrencial e globalizada na qual estão inseridas as empresas de natureza privada, a permissão da terceirização deve ser ampla o suficiente para que o serviço prestado seja mais produtivo e eficiente. Da mesma forma, como será demonstrado abaixo, o entendimento deve ser aplicado às empresas estatais que explorem atividade econômica, mesmo na contratação de serviços advocatícios e mesmo que empresa estatal possua corpo jurídico próprio[2].

12. Em se tratando de empresas estatais que explorem atividade econômica, a terceirização deve seguir lógica semelhante àquela aplicável a entes da iniciativa privada, tendo em vista a natureza que ostentam. Tal afirmação é ainda mais correta nos casos de empresas estatais que estejam submetidas a regime concorrencial com outras empresas. Não faria sentido admitir uma terceirização ampla para empresas privadas concorrentes das estatais e não admitir para estas. Do

MS 31718 / DF

mesmo modo, não faria sentido o Estado se valer de uma estrutura de ente privado para a exploração de atividade econômica, sem que houvesse a possibilidade de utilização das mesmas regras aplicáveis às empresas privadas. Aliás, é esta uma das razões de ser do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal, que estabelece a sujeição da empresa estatal que explore atividade econômica ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

13. Mesmo no caso de adoção do regime da terceirização, a regra geral será de realização do procedimento licitatório, como determina o art. 37, XXI, da Constituição Federal, sendo assegurada igualdade de condições para aqueles que possuem o interesse em contratar com a Administração Pública, ressalvados os casos especificados na legislação. No caso concreto, foi observada a regra constitucional, tendo sido realizado efetivo procedimento licitatório na Tomada de Preços DAC nº 02/2011. Assim sendo, a questão posta cinge-se à indagação sobre a possibilidade de uma empresa estatal que explore atividade econômica, tal como a impetrante, poder contratar, de forma ampla, serviços de advocacia quando, cumulativamente, não ficar caracterizada a inexigibilidade de licitação e a empresa possuir corpo jurídico próprio.

14. Em se tratando da União e dos Estados-membros, a contratação de serviços advocatícios possui caminhos mais restritos, já que a Constituição estabelece que a representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico serão realizados por corpo jurídico próprio desses entes (CF, arts. 131 e 132). No caso de empresas estatais que explorem atividade econômica, no entanto, como já afirmado anteriormente, a regra geral é a aplicação do mesmo regramento conferido à iniciativa privada. Dessa forma, a escolha a respeito da contratação de pessoal para formação de corpo jurídico próprio ou da contratação de serviços advocatícios por terceiros deve ficar a cargo da

MS 31718 / DF

própria empresa estatal.

15. Não se pode esquecer que, em respeito ao princípio da eficiência administrativa (CF, art. 37, *caput*), deverá o administrador gerenciar sua atividade empresarial na busca pelo melhor custo/benefício. Assim sendo, pode-se dizer que a empresa estatal que explora atividade econômica deve ser tão eficiente como seria a empresa privada que exercesse a mesma atividade. Como consequência, deve ser concedida a ela certa margem de discricionariedade para a escolha da melhor forma de atuação em demandas jurídicas, sendo legítima a utilização de corpo jurídico próprio de forma exclusiva ou parcial, bem como de contratação de advogados ou escritórios de advocacia também de forma exclusiva ou parcial. Em suma, a conclusão é de que a empresa estatal que explore atividade econômica poderá: **(i)** contratar serviços advocatícios através de procedimento não licitatório, caso caracterizada a inexigibilidade de licitação, nos estritos termos do art. 30 da Lei nº 13.303/2016; ou, **(ii)** mesmo não estando presentes os requisitos da inexigibilidade, contratar serviços advocatícios através de procedimento licitatório nos termos do art. 28 da Lei nº 13.303/2016, mas desde que respeitadas determinadas exigências decorrentes de princípios constitucionais; ou **(iii)** realizar concurso público para a contratação de advogados para figurarem no quadro de pessoal da empresa estatal nos termos do art. 37, II, da CF.

16. Para que não existam abusos, o controle judicial pode e deve recair sobre as reais justificativas da escolha tomada, tendo como parâmetros os princípios da eficiência, impessoalidade e moralidade em conjugação com o princípio instrumental da proporcionalidade. Mostre-se, assim, relevante a elaboração de uma fundamentação administrativa sobre a qual se possa verificar o atendimento de algumas condições decorrentes dos referidos princípios constitucionais, tais como: **(i)** respeito à regra geral do procedimento licitatório, salvo os casos em cabalmente demonstrada sua inexigibilidade; **(ii)** elaboração de uma justificativa formal e razoável; **(iii)** demonstração efetiva, pautada por

MS 31718 / DF

evidências concretas, da economicidade da medida, bem como da impossibilidade ou inconveniência na utilização do corpo jurídico próprio da entidade.

17. Ressalto, ainda, que já havendo um corpo jurídico constituído por profissionais respeitáveis, o ônus argumentativo do administrador para a contratação do serviço advocatício será muito maior. Nesse ponto, a fundamentação da escolha do administrador exercerá o importante papel de dar transparência às razões que impediriam a atuação do corpo jurídico próprio da estatal, evitando abusos e permitindo a fiscalização dos órgãos de controle, bem como da própria sociedade.

18. No caso concreto, entendo que a escolha realizada pela impetrante está em conformidade com os ditames da eficiência, impessoalidade e moralidade, sendo proporcionalmente justificada. De fato, observo que a impetrante demonstrou que: **(i)** possui quadro de advogados limitado apenas aos locais onde é sediada, ou seja, no Rio de Janeiro e em Brasília; **(ii)** o custo anual para a formação de um corpo jurídico próprio no Estado do Paraná seria aproximadamente de R\$ 1.372.756,34, ao invés do custo de R\$ 581.280,00 na contratação de serviços advocatícios realizada pela Tomada de Preços DAC nº 02/2011; **(iii)** há uma transitoriedade dos processos em curso naquela região, uma vez que se trata, principalmente, de demandas tributárias referentes a Empréstimo Compulsório de Energia Elétrica.

19. Diante do exposto, com base no art. 205 do RI/STF, **concedo a ordem**, para anular as decisões do TCU (Acórdão nº 3.071/2011 e Acórdão nº 2.833/2012) que determinaram que a impetrante se absteresse de realizar contratação de serviços advocatícios objeto da Tomada de Preços DAC nº 02/2011. **Prejudicado o agravo**. Sem custas e sem honorários (Lei nº 12.016/2009, art. 25, e Súmula 512/STF).

MS 31718 / DF

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 16 de maio de 2018.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

Notas:

[1] De fato, sob o rótulo terceirização, subcontratação ou *outsourcing*, diferentes países produzem regulamentações que guardam peculiaridades e envolvem uma multiplicidade de institutos e de arranjos próprios. O estudo da terceirização encontra, ainda, como dificuldade adicional o fato de que a legislação sobre a matéria em diversos Estados vem sofrendo alterações, e de que parte das obras disponíveis a seu respeito está desatualizada.

[2] Segundo o TCU, a terceirização somente seria admitida para atender a situações específicas devidamente justificadas, de natureza não continuada, quando não possam ser atendidas por profissionais do próprio quadro do órgão ou entidade.