LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS DE ADVOCACIA

ALICE GONZALEZ BORGES*

1. O tema proposto trata de matéria em que se exacerba a antinomia entre normas e a conflitualidade entre princípios, de que nos fala JOAQUIM CANOTILHO. Na lição do mestre lusitano, isto reclama do intérprete uma cautelosa postura de ponderação e de avaliação metódica, a fim de que, sobre essa antinomia, sobre essa conflitualidade, sem radicalizações, se estruturem propostas de interpretação e concretização constitucionalmente adequadas.

Cabem tais reflexões, quando se confrontam os nobres princípios constitucionais e legais sobre a obrigatoriedade da licitação, com os não menos nobres princípios constitucionais e legais aplicáveis à missão da advocacia.

2. A Constituição instituiu, como *princípio* máximo, que encabeça a declaração de direitos fundamentais do art. 5º, o da igualdade. Sobre esse princípio, combinado com os da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, norteadores das atividades da Administração Pública, erigiu, como seu fiel e garante, a regra da obrigatoriedade da licitação — meio antecedente necessário a suas contratações. A essa regra geral apenas admitiu as exceções consagradas em lei.

3. A mesma Constituição inseriu a advocacia, no Capítulo IV, Título IV, entre as Funções Essenciais à Justiça. Na precisa determinação do seu art.133, forma, com a magistratura e Ministério Público, uma tripeça necessária à aplicação do direito, *indispensável à administração da Justiça.*

Reveste-se, portanto, a profissão do advogado, de uma certa posição institucional de "nobreza e nobilização" (como diz PINTO FERREIRA), de "sacerdócio", como quer LAFAYETTE PONDÉ, que a privilegia sobre outras profissões liberais, bem como sobre outros serviços profissionais técnico-especializados de que trata a Lei 8.666/93. Tal posição é reforçada pelas normas do Estatuto da OAB e do Código

* Professora titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador e membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

de Ética do Advogado, claras em determinar a essencialidade e a função social do seu Ministério Privado.

4. Tais princípios vetores devem ser efetivamente sopesados e interpretados harmonicamente, quando se trata da contratação de serviços profissionais de advocacia pela Administração Pública.

5. Incluem-se os serviços profissionais de advocacia, efetivamente, entre os *técnicos especializados* elencados no art. 13 da Lei 8.666/93, em suas várias modalidades possíveis:

no inciso I — *estudos técnicos;*

no inciso II — *pareceres;*

no inciso III — *assessorias técnicas;*

e, sobretudo, no inciso V, que especificamente alude a *patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.*

6. Em princípio, todos os serviços técnicos profissionais especializados podem ser objeto de licitação, preferentemente na modalidade *concurso* (art.13, § 1º), a não ser que se trate daqueles em que, nos termos do art. 25, *caput, ou* do seu inciso II, se configurem casos de *inexigibilidade:* seja por inviabilidade de competição, seja por estarem abrigados no conceito de profissionais ou empresas de notória especialização.

7. Quanto aos serviços de estudos técnicos, pareceres, consultorias e assessorias, contratados em caráter eventual, excepcional, com profissionais de advocacia, normalmente demandam mesmo uma notória especialização, facilmente recaindo na hipótese do inciso II do art. 25.

O que vem assumindo, ultimamente, um aspecto polêmico, relativamente à obrigatoriedade da licitação, sobretudo ante a proliferação de sociedades de advogados e escritórios de advocacia organizados em empresa, é a contratação permanente de serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais.

Vem-se alegando que alguns de tais serviços advocatícios são rotineiros, não demandando maiores conhecimentos especializados, para o fim da inexigibilidade de licitação. Lendo alguns pareceres da Advocacia Geral da União, decisões do Tribunal de Contas da União, bem como pronunciamentos de certos juristas, chega-se à conclusão de que tais serviços são necessariamente massificados, prestados em série, incluídos em "pacotes", que deverão ser organizados e distribuídos em perfeita igualdade, de acordo simplesmente com o valor aritmético das causas (e não de sua *maior ou menor eventual complexidade*).

Por isso mesmo, tem sido amplamente defendido por alguns que tais serviços de advocacia podem perfeitamente ser objeto de licitação.

Mas licitar como? A matéria não é de fácil solução. É aí que se revelam a antinomia entre normas e a conflitualidade de princípios, de que fala CANOTILHO.

Ante as inevitáveis dificuldades que a prática oferece, vários autores têm proposto formas alternativas, em que se procura conciliar a especificidade de tais serviços com o princípio da obrigatoriedade da licitação, e, sobretudo, com o princípio constitucional da igualdade. A idéia predominante é a da *pré-qualificação* dos escritórios de advocacia interessados, seguida de uma "sistemática, objetiva e imparcial, de distribuição das causas entre os interessados pré-qualificados". É o que

vêm preconizando a Advocacia Geral da União. o Tribunal de Contas da União, o jurista ULYSSES JACOBI.

Também DIÓGENES GASPARINI, em recente parecer publicado no BLC da Editora NDJ, examina acuradamente a espécie e propõe um engenhoso sistema de cadastramento/seleção mediante sorteio/contratação dos serviços de advocacia.

Com a devida vênia, todas essas soluções se nos afiguram nada mais que a instituição de *nova modalidade alternativa de licitação.*

Pessoalmente, nunca compartilhamos a opinião, já consagrada, de que as modalidades de licitação instituídas pela lei de normas gerais devam ser *numerus clausus* e insuscetíveis de combinações entre si. Não nos parece, como a muitos, que tenha esse alcance a referência a *modalidades,* no texto do art. 22, inc. XXVII, da Constituição. Mas, se esse é o entendimento predominante, e se *legem habemus,* então, tanto faz efetuar-se uma pré-qualificação, seguida de seleção, ou um registro cadastral também seguido de seleção e sorteio, para que se incorra na proibição do art. 22, § 8º, da Lei 8.666/93.

8. Nunca é demais ressaltar e repetir que pode ocorrer a *inexigibilidade da licitação* de serviços advocatícios por duas causas bem definidas na legislação: ou porque se trate de serviços de notória especialização, ou porque, em muitos outros casos, se configure mesmo, por causas diversas e potencialmente inimagináveis por qualquer legislador, verdadeira *inviabilidade de competição.*

Testemunhamos, em nosso Estado, um caso desses. Uma sociedade de economia mista estadual, com quadro próprio de advogados, viu-se, entretanto, na contingência de contratar nossos serviços para defendê-la em uma ação popular. É que a ação popular foi interposta contra o presidente da empresa e, também, contra a comissão de licitação da entidade, e esta comissão se compunha de alguns advogados da empresa, réus na ação. Embora a defesa de uma ação popular não seja propriamente um serviço que requeira notória especialização, também não havia tempo, em face dos prazos judiciais, para realizar-se uma licitação normal. Também MIRTO FRAGA refere outra hipótese: contratação de serviços advocatícios com terceiros, quando houver conflitualidade dos interesses defendidos em juízo com os dos quadros jurídicos próprios da entidade.

9. Dentro do contexto da onda de neoliberalismo e de privatização que está em voga no País, há quem sustente que *todos os* serviços jurídicos da Administração podem ser terceirizados, inclusive os dos órgãos da administração direta.

Não é exato. A Constituição institucionalizou, no art. 132, as funções de procuradoria jurídica, como privativas de servidores de carreira, investidos mediante concurso. E para que dúvida não houvesse, o citado dispositivo constitucional cometeu aos procuradores dos Estados e do Distrito Federal, à semelhança da Advocacia Geral da União (art. 131), as funções de representação judicial e de consultoria jurídica.

Então, *só excepcionalmente,* em casos em que o interesse público exija, para seu perfeito atendimento, a contratação eventual de profissionais de notória especialização em certos setores jurídicos, é que a União, Estados e Distrito Federal poderão contratar o exercício de tais funções com pessoas e escritórios estranhos ao seu próprio quadro de procuradores. Deve configurar-se perfeitamente a conjugação,

como preleciona CARLOS ARI SUNDFELD, da singularidade subjetiva do executante com a singularidade objetiva do objeto. E mais, como aponta a Lei baiana nº 4.660/86 (art.28, § 8º), "de modo a impossibilitar confronto objetivo".

Lembramos dois exemplos: a contratação de parecer jurídico de um dos nossos mais eminentes especialistas em direito comercial, quando adveio a nova Lei de Sociedades por Ações, com prazo curto para adaptação das sociedades de economia mista do Estado às novas disposições; a contratação de jurista local, altamente especializado na matéria, para auxiliar a defesa do Estado em uma complexa ação relativa a terras devolutas. Mais recentemente, aponta MARCOS JURUENA o caso da contratação de advogados especializados para investigação das atividades de PC Farias no exterior.

A Constituição federal não institucionalizou tais funções de advocacia geral em relação aos Municípios, mas, segundo PINTO FERREIRA, as Constituições estaduais podem prefixá-las, de acordo com normas simétricas do texto federal ou, acrescentamos, podem os Municípios criar suas Procuradorias.

Decerto, a realidade dos cinco mil e tantos municípios brasileiros nem sempre comporta a manutenção de procuradorias com funcionamento permanente. Então, no âmbito municipal, não havendo procuradorias jurídicas assim estruturadas, pode caber a terceirização de serviços jurídicos.

Também pode caber a terceirização de serviços jurídicos, em relação a entidades públicas regidas pelo direito privado, em geral.

10. Mas, mesmo assim, reflitamos sobre o evidente antagonismo entre as normas infraconstitucionais do Estatuto da OAB e do seu Código de Ética, e as da lei geral de licitações.

O exercício ético da advocacia não se compadece com a competição entre seus profissionais, nos moldes das normas de licitação, cuja própria essência reside justamente na competição. Muito apropriadamente, o Código de Ética recomenda, no oferecimento dos serviços do advogado, *moderação, discrição e sobriedade* (arts. 28 e 29).

O art. 34, inc. IV, do Estatuto da OAB, veda ao advogado angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros. O Código de Ética, no art. 5º, estabelece o princípio da incompatibilidade do exercício da advocacia com *procedimentos de mercantilização,* e, no art. 7º , veda *o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela.*

Enquanto o art. 30, inc. II, da Lei 8.666/93, estatui, como um dos requisitos de habilitação técnica a indicação das instalações materiais da empresa licitante, o art. 31, § 1º, do Código de Ética do Advogado veda, nos anúncios do advogado, menções ao tamanho, qualidade e estrutura da sede profissional, por constituírem captação de clientela.

Constitui requisito de habilitação técnica dos mais importantes, na Lei 8.666/93, a comprovação, por meio de atestados idôneos de órgãos públicos e privados, do desempenho anterior do licitante em atividades semelhantes àquela objetivada na licitação (art. 30, § 3º). O Código de Ética veda, nos arts. 29, § 4º, e 33, IV, a divulgação de listagem de clientes e patrocínio de demandas anteriores, considerados como *captação de clientela.*

Também nunca nos convenceu a obrigatoriedade das normas sobre os *tipos* de licitação, tanto mais que a Lei 8.666 não poderia ter disposto de maneira mais desastrada sobre os tipos que pretende impor.

Se o Estatuto da OAB e o Código de Ética vedam a captação de clientela, os procedimentos de mercantilização da profissão e o aviltamento de valores dos honorários advocatícios (arts. 39 e 41 do Código de Ética), como conciliar tais princípios com a participação de advogados, concorrendo com outros advogados em uma licitação de menor *preço*, nos moldes do art. 45, I, e § 2º da Lei 8.666/93?

Também resulta inviável, pelos mesmos princípios, a participação de escritórios de advocacia em licitações do tipo *melhor* técnica, a qual, nos termos do art. 46, § 1º, descamba, afinal, para o cotejamento de preços. Obviamente, também a licitação de técnica e *preço* do art. 46, § 2º, que combina aqueles dois requisitos.

Mesmas restrições sofre a aplicação das normas relativas à desclassificação das propostas, em razão dos preços oferecidos, prevista no art. 48, II, da Lei 8.666/93, quando, eventualmente, os advogados licitantes podem ser convidados para baixar o preço das suas propostas, dentro do prazo de oito dias.

O próprio problema do preço dos serviços advocatícios é outra questão que oferece certas peculiaridades.

Se, como é usual, esse preço consta de uma parte fixa e dos honorários da sucumbência, estes últimos são fixados pelo julgador, ficando fora de qualquer previsão ou negociação.

Por outro lado, como adverte o art. 37 do Código de Ética, é sempre imprevisível o desenvolvimento posterior da demanda, devendo-se até prevenir, na fixação de honorários, a superveniência de outras medidas, solicitadas ou necessárias, incidentais ou não, diretas ou indiretas, decorrentes da causa, que justifiquem posteriores acréscimos.

Certas entidades estão terceirizando serviços de advocacia contenciosa, prevendo, como única remuneração, os honorários da sucumbência. O advogado que firme tal *contrato de risco* estará aviltando os preços dos seus honorários, em desobediência ao art. 41 do Código de Ética, pois praticamente estará reduzindo a zero a remuneração de todo o seu trabalho, no caso de insucesso da demanda. E todos sabemos o quanto e como o insucesso da demanda independe da diligência e da competência profissional do advogado.

Outro argumento, que esbarra contra as normas éticas da profissão, é o de que os advogados assim contratados não terão muito trabalho, porque praticamente estariam apenas utilizando *formulários-padrão*, previamente preparados. Mas o art. 34, V, do Estatuto da OAB proíbe ao advogado assinar qualquer trabalho que não tenha redigido, ou em cuja redação não haja colaborado.

11. O que se vê, afinal, em tudo isso, é o próprio amesquinhamento da advocacia. Cada causa é uma causa que deverá ser enfrentada com igual empenho, e com todo o respeito para com o direito do cliente, numa relação de estrita confiança. Não há causas pequenas, nem rotineiras, que justifiquem uma atuação massificada, em que a quantidade prejudique a qualidade dos serviços.

É certo que, se a Administração decidir contratar serviços advocatícios em caráter permanente, têm de ser respeitados princípios igualmente relevantes, como

o da igualdade de oportunidades de todos, inclusive os advogados, para a contratação com o Poder Público e o da proteção dos cofres públicos contra o superfaturamento dos preços.

Mas bem é de ver que um escritório de advocacia não é uma quitanda!

12. A incerteza em torno do assunto já está assumindo aspectos de certa gravidade.

Recentemente, um Procurador do Estado de Rondônia e um ilustre advogado em Brasília foram denunciados, em ação penal, por peculato, porque o Procurador havia sugerido ao Governador do Estado que contratasse, sem licitação, os serviços daquele advogado para atuar perante os Tribunais Superiores, em questão complexa e de grande vulto, na defesa dos interesses daquele Estado.

Tendo sido denegado, pelo Superior Tribunal de Justiça, o pedido de *habeas-corpus* para o trancamento daquela ação penal, houve recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal, deferido com o seguinte pronunciamento do Relator, Ministro CARLOS MÁRIO VELOSO, que vale citar:

"Acrescente-se que a *contratação* de *advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser aferido* em *termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine-se a abertura de licitação para a contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender interesses do Estado, que* tem *por missão a defesa da* res publica". (Recurso de *Habeas Corpus* nº 72.830-8-RO, ac. da 2ª Turma do STF, de 24/10/95.)

E então? Temos aí um conflito inconciliável de normas e princípios? É evidente que não.

Voltemos à sabedoria de CANOTILHO, que assim preleciona:

"A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão e antagonismo entre os vários princípios, e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica de "tudo ou nada", antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante o seu peso e as circunstâncias do caso".

Ou, então, recorramos à sabedoria cabocla de ADILSON ABREU DALLARI, que ontem nos brindou com esta lição: "O SISTEMA JURÍDICO CONTÉM AS SOLUÇÕES PARA SEUS PRÓPRIOS PROBLEMAS."

13. Quando tanto se anuncia a modificação das normas gerais de licitações e contratos administrativos, é oportuno que se faça um cuidadoso estudo, para encontrarem-se os caminhos certos que, na contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, saibam preservar, a par dos superiores interesses públicos que regem tais contratações, "a honra, nobreza e dignidade da profissão do advogado" (Código de Ética, art. 2º, parágrafo único, inc. I).

Há que valorizar-se, para tanto, as modalidades alternativas de licitação, para esse fim, que vêm sendo recomendadas pelos estudiosos da matéria, no sentido de

resguardarem-se os princípios da licitação sem enveredar pelo amesquinhamento da competição entre profissionais do direito.

Mas pode e deve este Congresso desde logo firmar, a respeito, uma posição firme e sobranceira, na defesa, acima de tudo, dos princípios éticos que presidem ao exercício da advocacia.

BIBLIOGRAFIA

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO — "Teoria da Constituição de 1976", in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXV:497-540, pp. 536-537.

_____ "Direito Constitucional" , Coimbra, Almedina, 1993, 6ª edição.

PINTO FERREIRA — "Comentários à Constituição Brasileira" , 5º volume, São Paulo, SARAIVA, 1992.

LAFAYETTE PONDÉ — "Estudos de Direito Administrativo" — Belo Horizonte, DEL REY, 1995.

MIRTO FRAGA — "Serviços Técnicos Profissionais Especializados — Advogado — Inexigibilidade — Pré-Qualificação" — Parecer AGUMF nº 01/95, in Boletim de Licitações e Contratos nº 11/95:546-558.

JORGE ULYSSES JACOBI — "Contratação Direta sem Licitação", Brasília, Brasília Jurídica, 1995.

DIÓGENES GASPARINI — "Terceirização de Serviços Jurídicos", Boletim de Direito Administrativo da Editora NDJ, nº 5/96: 276-289.

CARLOS ARI SUNDFELD — "Licitação e Contrato Administrativo" — São Paulo, Malheiros, 1994.

Decisão do Tribunal de Contas da União nº 030/93, de 3/03/93, in Revista de Direito Administrativo nº 191: 256-259.

Decisão do Tribunal de Contas da União, nº 494/94, de 28/07/94, in Revista de Direito Administrativo 197: 272-280.

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO — "Licitações e Contratos Administrativos" — Rio de Janeiro, Esplanada/ADCOAS, 1994, 2ª edição.

IVAN BARBOSA RIGOLIN — "Notória Especialização — Natureza Singular — Contratos Simultâneos" — Boletim de Licitações e Contratos NDJ, vol. 7/94: 328-334.