

## **PROJETO DE LEI Nº                   , DE 2008**

(Do Deputado Antonio Carlos Mendes Thame)

Altera o art. 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, dispondo sobre a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços de assessoria e consultoria jurídicas e acompanhamento de causas judiciais.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 25 .....

.....

IV - para a contratação de serviços de assessoria e consultoria jurídicas e acompanhamento de causas judiciais, por profissionais regularmente habilitados junto à Ordem dos Advogados do Brasil, desde que justificada a necessidade da contratação e que os contratados tenham notória especialização.

.....” (NR)

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

### **JUSTIFICAÇÃO**

O art. 13 da Lei nº 8.666, de 1993, relaciona os serviços técnicos profissionais considerados especializados, para os fins da mesma lei, destacando

dentre eles a elaboração de pareceres e o patrocínio ou a defesa de causas judiciais ou administrativas.

Por seu turno, o inciso II do *caput* e o § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93 dispõem que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial para a contratação dos serviços enumerados no art. 13, desde que sejam de natureza singular e o contrato seja firmado com profissionais ou empresas de notória especialização.

O caráter genérico da norma vem acarretando diversos questionamentos pelos Tribunais de Contas e pelo próprio Ministério Público, especialmente em face da dificuldade de se aferir com segurança e objetividade a singularidade dos serviços e a notoriedade dos profissionais, no que tange a possuírem ou não elevado saber jurídico. Como consequência, não raras vezes atos regulares praticados por administradores públicos são reputados como irregulares, o que gera indesejável insegurança e resulta em prejuízos para a própria Administração, que se vê privada do aconselhamento que melhor atenda ao escopo almejado.

Por sua vez, a Ordem dos Advogados do Brasil vem questionando de maneira incisiva a possibilidade de participação de seus integrantes em certames licitatórios, em face da proibição de ofertarem lances de preços quando se trata de honorários advocatícios, pelo caráter não mercantilista da profissão, o que de certa forma torna letra morta os arts. 13 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Para roborar tal assertiva, transcrevemos abaixo parte do artigo de lavra do ilustre advogado Alberto Zacharias Toron, Secretário-Geral Adjunto do Conselho Federal da OAB e Presidente da Comissão Nacional de Prerrogativas, publicado na Revista do Advogado, Ano XXVII, Setembro de 2007, nº 93:

*“Afora as dificuldades no campo da advocacia criminal, temos, e não é de hoje, problemas com a contratação de advogados por empresas da Administração Pública mediante a adoção do critério da inexigibilidade.*

*Há um número razoável de notáveis advogados sentados no banco dos réus quer em ações de improbidade, quer por infração ao artigo 89 da Lei de Licitações, que incrimina não apenas a conduta do Administrador que dispensa ou deixa de exigir licitação fora dos casos legais, mas também a de que, tendo comprovadamente concorrido para a ilegalidade, tenha se beneficiado com a contratação (parágrafo único). Argumenta-se, em muitos casos, que o contratante dispõe de um corpo jurídico próprio, plenamente capaz de patrocinar a causa, nem sempre complexa, ou que o encargo confiado ao advogado, resumido ao mero acompanhamento de processos, não tem nada de*

*singular, que pudesse afastar a exigência da licitação, sobretudo quando a contratação se dá com base em valores elevados.*

*Em nome da moralização nas contratações de advogados pela Administração Pública, um equívoco dos mais graves tem sido cometido: a exigência, **sempre**, de prévia licitação para contratação de advogado.*

*Assim, afora os argumentos precedentes, para incriminar ou mesmo responsabilizar civilmente os administradores que contratam advogados sem a realização de certame e, bem assim, os próprios profissionais contratados, parte-se da idéia de que a supremacia do interesse público, aliada à impessoalidade dos atos da Administração, fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para os Contratos Administrativos. O Poder Público deve garantir a todos os cidadãos, que possuem capacidade técnica suficiente, o direito de participar das licitações, sob pena de malferimento da norma constitucional insculpida no caput do artigo 5º, que prescreve ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’.*

*Segundo tal óptica, no caso do advogado, a exigibilidade da licitação decorreria, ainda, da possibilidade de que vários outros podem realizar a tarefa, sendo, ademais, sempre possível encontrar quem o faça pelo **menor preço**. De fato, a premissa é correta. Há inúmeros, embora nem sempre renomados, advogados competentes para realizar defesas da mais variada natureza e em diferentes graus de jurisdição. Todos estão habilitados a realizá-las. Isso, porém, não pode conduzir o intérprete a acreditar que se possa, sempre, exigir do Poder Público a prévia realização de licitação para a contratação de advogado.*

*Assim é que o serviço advocatício, pela própria natureza do trabalho, é uma prestação de serviço **singular**, pois cada profissional habilitado tem os seus conhecimentos individuais, a sua tecnicidade, capacidade e a sua própria experiência, características que tornam, por si sós, **inviável a contratação do serviço por meio de licitação**. Afinal, como ensina Adilson de Abreu Dallari, ‘**não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas**’. Portanto, em razão de inexistir um trabalho advocatício ‘equivalente perfeito’ ao outro – o que se exige para a realização de licitação -, resta certo que, na contratação de serviços advocatícios, é **inexigível** a realização do procedimento licitatório. Disse-o, por todos, o antigo Conselheiro Federal da OAB, Sérgio Ferraz, acatado administrativista, em memorável voto que proferiu ao relatar, perante o Pleno do Conselho Federal da OAB, consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo: ‘Uma obra de arte, de pintor afamado, de determinada escola, jamais será igual a outra obra de arte, de outro pintor igualmente afamado, embora ambos da mesma escola, de mesma época, do mesmo país. O símile vale para o trabalho jurídico: sobre o mesmo tema, embora, não há como comparar um parecer ou uma peça judicial de Caio Tácito, com um parecer ou uma peça judicial de Celso Antonio Bandeira de Mello. O que temos’ – concluiu o notável*

Conselheiro – ‘são singularidades subjetivas (de regras amalgamadas à nota da notória especialização) que tornam material e juridicamente inviável o cotejo.’

Exatamente pela impossibilidade de competição, a própria lei **exclui** os serviços de advocacia no patrocínio de causas judiciais daqueles cuja contratação seria necessária a realização de licitação. Com efeito, de acordo com o artigo 25, da Lei nº 8.666/1993, é ‘inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição’, prevendo-se, entre outras hipóteses, o caso de ‘contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização’ (inciso II). Já o referido artigo 13, inciso V, expressamente considera como serviço técnico profissional especializado os trabalhos relativos ao ‘patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas’, ou seja, o trabalho desenvolvido pelo advogado.

Afora a singularidade que marca o trabalho de cada profissional, isto é, o caráter **personalíssimo** do seu trabalho, é de se convir que **não se contrata advogado como se compra uma caixa de pregos**. Exige-se um laço de **confiança** entre o contratante e o contratado. Por isso, a despeito das opiniões em contrário, até mesmo para acompanhar processos, torna-se difícil realizar uma licitação. Realçando esse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 29.155, em Acórdão ricamente fundamentado, relatado pelo Ministro Paulo Medina, reafirmou a idéia da inegixibilidade da licitação na contratação do advogado, pois ‘deve estar presente o elemento confiança que o cliente, necessariamente, necessita ter com o profissional contratado. Isso, porque o contrato advocatício **é sempre feito intuito personae**, levando-se em conta as experiências e características pessoais do causídico’.

Mais recentemente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, tendo como Relator o Ministro Eros Grau, realçou a importância da **confiança** na contratação de serviços técnicos de profissionais especializados e a subjetividade que, portanto, marca tal contratação (cf. Ap. nº 348; j. em 15/12/06). Os pontos: **notória especialização** e **confiança**, tomados como decisivos para inexigibilidade da licitação, foram **ao lado do relevo do trabalho a ser contratado**, também realçados pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Habeas Corpus nº 86.198- PR para excluir a ilegalidade da contratação de advogado sem licitação (DJ de 29/06/2007).

Por ser a advocacia marcada pela confiança – convém lembrar – é que não se permite a captação de clientela, lançando mão de publicidade, ainda que verdadeira. Por outro lado, nem sempre o melhor preço (leia-se, valor de honorários) é sinônimo de melhor qualidade. Por isso, é importante destacar que no Parecer nº GQ 77, da Advocacia Geral da União, a qual reviu anterior posicionamento da extinta Consultoria Geral da República, foi destacado que **não é adequado**, para os próprios interesses da Administração Pública, **que**

**a contratação de advogado seja realizada por meio de licitação, onde se escolhe o melhor preço:**

*‘À vista de notícias que dirigentes de organizações estatais fizeram chegar ao meu conhecimento, a providência sugerida na Exposição de Motivos antes citada **resultou ineficaz** posto que o patrocínio judicial foi confiado, em decorrência de licitações decididas pelo critério de menor preço, a profissionais ou escritórios de advocacia de talvez insuficiente preparo e experiência’.*

*Ainda, segundo o parecer, a contratação de advogados por meio de licitação culminou com prejuízos de grande monta para a própria Administração. É que, apesar de a União ter economizado nos valores dos contratos firmados com os advogados, em razão do despreparo jurídico dos contratados, perdeu várias ações judiciais:*

*‘A insuficiência técnica do patrocínio judicial, segundo ainda as notícias que nos chegam, tem conduzido a sucumbência de extraordinário valor, em algumas entidades alcançando o correspondente a bilhão de dólares norte-americanos tão grave e dramática é a situação, que não resultaria inadequado o apelo também a regra de dispensa de licitação (art. 22, IV, do Decreto-Lei nº 2.300 de 1986)’.*

*O tema, enfocando esses e outros aspectos, foi objeto de atenção do Supremo Tribunal Federal em acórdão de lavra do Ministro Carlos Velloso no RHC nº 72.830. A ementa do aresto, embora aluda à dispensa, deixa clara a desnecessidade da licitação para a contratação de advogado:*

*‘Ementa: Penal. Processual Penal. Ação Penal. Trancamento. Advogado. Contratação. Dispensa de licitação. I – Contratação de Advogado para defesa de interesses do Estado nos Tribunais Superiores: dispensa de licitação, tendo em vista a natureza do trabalho a ser prestado. II – Concessão de Habeas Corpus de ofício para o fim de ser trancada a ação penal’.*

*No voto condutor do aresto, o Relator bem ressaltou o absurdo a que se poderia chegar mediante a exigência de licitação para contratação de advogado. Nas suas sábias palavras, ‘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 pública’.*

*Por fim, ressalte-se que, pelo próprio Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e também pelo Código de Ética e Disciplina, seria vedado ao advogado participar de procedimentos licitatórios. Como*

destaca a professora Alice Gonzáles Borges, em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo Aplicado* nº 11, p. 951:

*(...) 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 do serviço de advogado, moderação, discricção e sobriedade (arts. 28 e 29).*

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

Não é por outra razão que o próprio Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo, no Processo nº E-1.355, relatado pelo eminente Elias Farah, deixou assentada a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços de advogado (Contratando sem Licitações, de Benedito Tolosa Filho, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 94). E, mais recentemente, este mesmo Tribunal de Ética assim decidiu:

*‘Licitação - Inexigibilidade para a contratação de advogado- Inexistência de Infração- A Lei nº 8.666/93, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituiu normas para a licitação e contratos da administração pública. **Inexigibilidade de licitação para a contratação de advogado, para prestação de serviços de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas.** Condição de comprovação hábil, em face da natureza singular dos serviços técnicos necessitados, por tratar-se de profissionais ou empresas de notória especialização. Critério aceitável pela evidente inviabilidade de competição licitatória. Pressuposto da existência da necessária moralidade do agente público no ato discricionário regular na aferição da justa notoriedade do concorrente. Inexistência de infringência ética na fórmula legal licitatória de contratação de advogados pela administração pública (Precedente no Processo E-1.062)’ (OAB- Tribunal de Ética, processo nº E- 1.835/99, Rel. José Garcia Pinto).*

A matéria em exame põe em evidência como interpretações apressadas, que presumidamente procuram resguardar a moralidade na condução dos negócios públicos, geram prejuízos e, quando não, verdadeiros absurdos. Aliás, não foi por outra razão que, na mesma linha de entendimento, a Seccional paulista da OAB já advertiu para o fato que o advogado não deve participar de pregões. Os julgados retratados e a doutrina invocada, **ressalvados os casos corriqueiros**, sem complexidade, nos dão conta do absurdo que representa a exigência de prévia licitação para a contratação de advogado. Bem por

*isso, na esteira do citado voto do Conselheiro Sérgio Ferraz, o Conselheiro Federal da OAB, por unanimidade de votos, além de repudiar a exigência do certame no caso de contratação de advogado, deliberou dar assistência ao advogado acusado (seja o que foi contratado; seja o que tenha opinado em favor da contratação) no foro cível ou criminal, 'pois aqui estão em jogo, além e acima dos interesses pessoais de um dado segmento profissional, apanágios e imagem da profissão como um todo'".*

Tendo em vista os argumentos expostos, contamos com o apoio dos ilustres Pares para a aprovação da presente proposição.

Sala das Sessões, em            de abril de 2008.

Deputado Antonio Carlos Mendes Thame