

Parecer sobre a impossibilidade de uso do pregão para a contratação de serviços advocatícios^{1 2}

Por: Luciano Elias Reis

Advogado; Sócio do escritório Reis, Correa e Lippmann Advogados Associados; Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná; Mestre em Direito Econômico pela PUCPR; Especialista em Processo Civil e em Direito Administrativo, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; Professor de Direito Administrativo da UNICURITIBA; Professor convidado de diversas Instituições de Ensino em cursos de Pós-Graduação Autor das obras “Licitações e Contratos: um guia da jurisprudência (Editora Negócios Públicos, 2013) e “Convênio administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado” (Editora Juruá, 2013); Autor de diversos artigos jurídicos e coautor também das seguintes obras “Estado, Direito e Sociedade” (Editora Iglu), “Estudos dirigidos de gestão pública na América Latina”(Editora Fórum), “Direito Administrativo Contemporâneo” (2. Ed. - Editora Fórum), “Direito Público no MERCOSUL” (Editora Fórum, 2013), Co-coordenador dos “Anais do Prêmio 5 de junho 2011: Sustentabilidade na Administração Pública” (Editora Negócios Públicos); Ministrante de cursos e palestras na área de licitações públicas e contratos administrativos.

Por: Raul Clei Cocco Siqueira

Advogado; Integrante da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB-PR; Assessor Jurídico no Núcleo Jurídico da Administração da Secretaria de Estado de Governo e da Casa Civil do Paraná; Membro da Comissão de Fiscalização das Obras da Copa do Mundo FIFA Brasil 2014 – PAC da Copa; Especialista em Direito Eleitoral pelo UNICURITIBA; Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela ABDCONST e Especialista pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP.

RELATÓRIO

A forma de contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público é tema que, costumeiramente, provoca a doutrina e impõe um posicionamento das instâncias julgadoras e de controle administrativo e judicial.

Sobre este tema, trata o presente expediente de exame que envolve a realização de licitação para a contratação de advogados, serviços jurídicos e/ou sociedades de advogados, discutindo-se neste ensaio a legalidade da prática do aludido procedimento na modalidade pregão, tipo menor preço, quer seja por meio eletrônico ou presencial, para a contratação de serviços especializados de advocacia.

No intenso desejo de se ampliar as hipóteses de utilização da modalidade pregão, tipo menor preço, em procedimentos licitatórios à Administração Pública, apresentam-se critérios inadequados, insatisfatórios e totalmente desvinculados da disciplina legal.

Destaca-se que o presente estudo tem como princípio e fim, assim como regra categórica, a coletânea legislativa e doutrinária sobre o tema, inclusive a de caráter constitucional.

É, no essencial, o relatório.

¹ Trata-se de parecer da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná que foi apresentado para a Diretoria da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção e aprovado, a fim de coibir o uso da modalidade pregão para a contratação de serviços advocatícios.

² O parecer foi devidamente revisado e contou com a colaboração dos integrantes da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração da OAB-PR, Dr. Laerzio Chiesorin Junior e Dra. Elaine Cristina Bertoldo.

PRELIMINAR - DA DELIMITAÇÃO DO PARECER

Prefacialmente, insta salientar que o presente opinativo versa sobre a contratação de advogados ou sociedades de advogados por intermédio de processo licitatório quando este meio é juridicamente apto e possível, tanto do ponto de vista da constitucionalidade, da legalidade e da possibilidade de atendimento ao interesse público.

Neste viés, não se adentrará aos casos em que as atividades jurídicas a serem requisitadas pela Administração Pública são corriqueiras e habituais, bem como as situações de contratação de advogado ou sociedade de advogados de notória especialização para serviços singulares ou ainda as situações de credenciamento.

As tarefas e atribuições jurídicas do cotidiano da Administração Pública não podem ser objeto de delegação a terceiros para fins de “terceirização de procuradorias”, isto porque tais atividades deverão ser desenvolvidas por profissionais devidamente qualificados e habilitados por intermédio de seleção em concurso público.

A regra do concurso público, nos termos do artigo 37, II, da Constituição da República Federativa do Brasil, é o procedimento apto para a seleção de advogados públicos e estes deverão exercer dentro do seu múnus as atividades privativas de advogado consoante preconiza o artigo 1º da Lei nº 8.906/1994.

Desse modo, a Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração entende como inconstitucional e ilegal a contratação de advogados ou sociedades de advogados por intermédio de licitação para a prestação de serviços rotineiros típicos dos advogados públicos, tanto que tal assunto nem será objeto deste expediente.

A licitação serve como instrumento hábil para a contratação de serviços advocatícios quando se pretende selecionar um terceiro para a prestação de serviços específicos que não possam ser executados pelos advogados de carreira ou estes não consigam realizá-los tanto do ponto de vista técnico ou fático. Sobre a impossibilidade de “terceirizar” procuradorias de Prefeituras e Câmaras, parece-nos que o Tribunal de Contas do Estado do Paraná em seu Prejulgado nº 06 contingenciou e obstaculizou abusos praticados anteriormente.

Apesar desta serventia do referido julgado da Corte de Contas, convém anotar que o Prejulgado não pode servir também de obstáculo intransponível para a contratação de sociedades de advogados pelos seus jurisdicionados, isto porque várias situações fáticas direcionam para esta solução. Por exemplo, órgão ou entidade da Administração Pública Municipal do interior do Estado deseja contratar sociedade de advogados para a prestação dos serviços jurídicos em Curitiba ou ainda em Brasília. Não faz sentido que um procurador municipal se desloque a Curitiba para a realização de uma atividade pontual, para um julgamento, para um protocolo, etc.. A impossibilidade se deve a aspectos técnicos e físicos, isto porque o número de profissionais já é escasso no dia a dia da Administração Pública, logo não é viável a sua ida e vinda (diárias, deslocamento, risco na estrada, falta de andamento em protocolos, etc.). Compete ilustrar que grandes cidades e capitais de estados possuem escritórios contratados para a atuação em Brasília. Obviamente que esta análise de viabilidade/necessidade de contratação de sociedades de advogados deverá existir e fazer parte da motivação do processo administrativo licitatório.

Outro caso que não é objeto desta opinião, trata-se da contratação de advogado ou sociedade de advogados com notória especialização para a consecução de um serviço singular.

Nesta seara, o próprio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil já

decidiu na Súmula nº 04/2012 sobre a factibilidade de usar a inexigibilidade de licitação (artigo 25, II c/c o artigo 13 da Lei nº 8.666/1993) como meio apto para satisfazer a pretensão da Administração Pública:

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição nº 49.0000.2012.003933-6/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 17 de setembro de 2012, editar a Súmula nº 04/2012/COP, com o seguinte enunciado: “ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (in totum) do referido diploma legal.”

Na mesma linha do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Superior Tribunal de Justiça em dezembro de 2013 publicou mais um julgado entendendo como lícita a contratação de advogado por meio de inexigibilidade de licitação:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 17 DA LIA. ART. 295, V DO CPC. ART. 178 DO CC/16. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ARTS. 13 E 25 DA LEI 8.666/93. REQUISITOS DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. SINGULARIDADE DO SERVIÇO. INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR NA ESCOLHA DO MELHOR PROFISSIONAL, DESDE QUE PRESENTE O INTERESSE PÚBLICO E INOCORRENTE O DESVIO DE PODER, AFILHADISMO OU COMPADRIO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Quanto à alegada violação ao 17, §§ 7o., 8o., 9o. e 10 da Lei 8.429/92, art. 295, V do CPC e art. 178, § 9o., V, b do CC/16, constata-se que tal matéria não restou debatida no acórdão recorrido, carecendo de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356 do STF.
2. Em que pese a natureza de ordem pública das questões suscitadas, a Corte Especial deste Tribunal já firmou entendimento de que até mesmo as matérias de ordem pública devem estar prequestionadas. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.253.389/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2013; AgRg nos EAg 1.330.346/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 20/02/2013; AgRg nos EREsp 947.231/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 10/05/2012.
3. Depreende-se, da leitura dos arts. 13 e 25 da Lei 8.666/93 que, para a contratação dos serviços técnicos enumerados no art. 13, com inexigibilidade de licitação, imprescindível a presença dos requisitos de natureza singular do serviço prestado, inviabilidade de competição e notória especialização.
4. É impossível aferir, mediante processo licitatório, o trabalho intelectual do Advogado, pois trata-se de prestação de serviços de natureza personalíssima e singular, mostrando-se patente a inviabilidade de competição.
5. A singularidade dos serviços prestados pelo Advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional,

sendo, dessa forma, inviável escolher o melhor profissional, para prestar serviço de natureza intelectual, por meio de licitação, pois tal mensuração não se funda em critérios objetivos (como o menor preço).

6. Diante da natureza intelectual e singular dos serviços de assessoria jurídica, fincados, principalmente, na relação de confiança, é lícito ao administrador, desde que movido pelo interesse público, utilizar da discricionariedade, que lhe foi conferida pela lei, para a escolha do melhor profissional.

7. Recurso Especial a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial, em razão da inexistência de improbidade administrativa.

(REsp 1192332/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 19/12/2013)

Ainda, convém mencionar que o opinativo não tratará também do credenciamento de advogados ou de sociedades de advogados para serviços advocatícios. Este instrumento é calcado no artigo 25, caput, da Lei nº 8.666/1993 e enquadra-se como inexigibilidade de licitação pelo fato de a Administração Pública não selecionar tão somente um, mas sim vários ou todos que atenderem aos ditames do instrumento convocatório. O credenciamento é bastante comum em administrações públicas indiretas, mormente àquelas com natureza jurídica de direito privado, para suportar demandas excessivas de alguma tese em massa ou para ser usada como escape de excesso de trabalho ao quadro próprio de advogados.

Portanto, resta incontroverso que o presente parecer não versa sobre situação de “substituição” ou “terceirização da procuradoria”, o que inclusive é repudiado, e nem sobre a contratação de advogado ou sociedade de advogados com notória especialização para serviço singular ou o credenciamento de advogados ou sociedades de advogados.

FUNDAMENTAÇÃO

A realização de processo licitatório com o objetivo de contratação de serviços advocatícios é uma discussão que deve ser desenredada com todos os cuidados possíveis, haja vista que se trata de uma atividade peculiar distanciando-se dos parâmetros usuais impostos para o processo de licitação.

Para abordar o tema, é fundamental transcrever as normas legais de regência estampadas no ordenamento jurídico vigente, ou seja, aquelas que disciplinam e regulam a contratação dos serviços pretendidos pela administração pública e o pregão.

Neste viés, *prima facie*, constata-se a determinação do art. 37, inciso XXI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifos nossos)

É de sabença que a utilização do processo licitatório, como decorrência do princípio de igualdade, tem escopo de permitir à Administração Pública, direta ou indireta, a obtenção da proposta mais vantajosa em respeito ao interesse público e a busca do desenvolvimento nacional sustentável.³

Dentre as modalidades de licitação, por força da Lei nº 10.520/2002, constituiu-se a espécie licitatória do pregão, dotada de características próprias e diferenciadas, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes, potenciais contratados, dispõem do ônus de formular disputas de propostas sucessivas e confrontantes, com a posterior verificação dos requisitos de aceitabilidade da proposta apenas em relação ao licitante vencedor. Outra peculiaridade é o tipo de licitação que deverá ser sempre de menor preço.

Importa ressaltar a disposição do art. 1º da Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. (grifos nossos)

O pregão, enquanto modalidade licitatória, surgiu para situações nas quais a administração pública, como gigante consumidora, contrata com maior frequência e visa o menor preço sem avaliar variação técnica, ou seja, que é do uso rotineiro e cuja configuração e característica são padronizadas pela própria atividade empresarial. Esta modalidade de licitação se reconhece com o desígnio de aumentar a celeridade do procedimento de contratação de certos objetos e serviços (*bens e serviços comuns*) em inuidosa homenagem ao princípio da eficiência previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República. São estes os bens e serviços que não envolvem especificações mais complexas e são padronizados perante o mercado, nesta definição entendendo-se o significado de trivial, ordinário, normal e usual.

Neste sentido elucida Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁴, “*Ressalvados alguns detalhes pertinentes ao uso de uma linguagem mais técnica, a norma é clara ao dispor sobre a restrição: só para bens e serviços comuns é facultado o uso do pregão; para os demais, não-comuns, o uso do pregão está implicitamente vedado*”.

Complementa-se a ideia com o ensinamento de Jessé Torres Pereira Júnior⁵ que entende que “*comuns*” são os *bens de aquisição rotineira e habitual, cujas características encontrem no mercado padrões usuais de especificação e envolvendo critérios de julgamento rigorosamente objetivos*.”

Ocorre que os serviços de advocacia e consultoria jurídica primeiramente não se qualificam como serviços comuns, ordinários, passíveis de licitação na modalidade pregão em razão da complexidade e especificidade que lhes são inerentes e a um serviço de maior amplitude, de natureza incerta, intelectual e peculiar. A advocacia encarta-se como serviço de alta especialização e de técnica, além de trazer consigo o caráter de irrestrita confiança que deve nortear o relacionamento dela decorrente.

Marçal Justen Filho lembra “o pregão foi concebido como um procedimento

³ Conforme artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993.

⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 481.

⁵ PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. *Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

licitatório em que existe essencialmente competição sobre preço e em que não se instauram (por serem desnecessárias) disputas sobre capacitação do sujeito para executar o objeto nem sobre a qualidade do produto ofertado.”⁶ Posteriormente, continua explicando que “a licitação de menor preço será adequada para os casos em que a variação da qualidade técnica da prestação (além de um limite mínimo aceitável) for irrelevante para a satisfação das necessidades estatais..”⁷

Não há como se admitir que a prestação de serviços técnico - jurídicos de natureza consultiva e preventiva, bem como para o patrocínio e/ou defesa de causas judiciais ou administrativas, objeto do certame, seja licitado pela modalidade de Pregão sem a análise da técnica dos licitantes.

A contratação de serviços advocatícios não pode ser tratada como a aquisição de bola de futebol, prestação de serviços de limpeza, prestação de serviços de vigilância ou mera compra de alimentos. Ora, é indispensável que durante o certame haja a avaliação da técnica dos licitantes e que tal fator seja levado em consideração para fins de julgamento e escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública. Em outras palavras, o tipo de licitação não pode ser o menor preço, mas sim “técnica e preço” ou “melhor técnica” consoante determina o artigo 46 da Lei de Licitações.

Neste ponto, confira-se também, o artigo 13 e, em especial, seus incisos II, III e V, da Lei nº 8.666/93:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

(...)

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; (grifos nossos)

Além disso, quando da utilização desta modalidade licitatória com vistas à contratação de serviços de advocacia ou consultoria jurídica, tem-se o estabelecimento de lances verbalizados (presencial) e sucessivos, com isso praticando-se a redução dos honorários para se chegar a um preço mínimo até que os demais competidores abandonem os lançamentos. Este enfrentamento caracteriza verdadeira guerra de preços inaceitável e intolerável sob o prisma do que dispõem o Estatuto e o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Na mesma diretriz, como lembra Alice Gonzales Borges⁸, “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, discrição e sobriedade (arts. 28 e 29).”

À vista do exposto, infere-se que o advogado tem deveres éticos (Código de Ética e Disciplina da OAB) e legais (Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia) que devem ser estrita e rigorosamente obedecidos no exercício da profissão.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 457.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 4568

⁸ BORGES, Alice Maria Gonzalez. Licitação para contratação de serviços profissionais de advocacia. *Revista de Direito Administrativo* nº 206/135.

Importa erigir a prescrição do art. 41 do Código de Ética e Disciplina da OAB:

Art. 41. *O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável.*

A contratação de serviços jurídicos especializados, por estar regido pela Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 (Estatuto dos Advogados), não pode ser realizada na modalidade pregão, por constituir óbice intransponível o contido no Estatuto e no Código de Ética da Advocacia, e por equivalência impossibilitar profissionais de submeterem-se a este verdadeiro leilão da verba honorária a que fazem jus pelo desempenho de suas atividades.

Neste sentido é a posição talhada nos art. 31 e 33 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que assim dispõem:

Art. 31. *O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia*

(...)

Art. 33. *O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina*

O Egrégio Conselho Seccional da OAB/SP, através do Tribunal de Ética e Disciplina, já externou Nota de Repúdio à utilização e submissão dos advogados e/ou escritórios de advocacia que acatarem a modalidade pregão para contratação de advogados.

De acordo com o Parecer da Turma de Ética Profissional da OAB/SP (Processo nº E – 3.474/07), contratação de advogado dessa maneira viola ética da advocacia. Advogados e sociedades que participarem de pregão, mesmo que se trate de contratação por notória especialização ou situação emergencial, estarão incorrendo em falta de ética, por infringir o artigo 32 do Estatuto da Advocacia e o artigo 41 do Código de Ética e Disciplina, afirma o parecer:

Trecho da Ementa

A modalidade ‘pregão’ (Decreto 3555/00), cujo termo tem sinonímia com ‘leilão’, por sua forma e natureza, afronta a dignidade da advocacia. Ademais o Decreto não inclui a advocacia dentre os serviços comuns. Precedentes: Processos nºs 1.062/94, 2.394/01, 3.057/04 e 3.282/06”.

Trecho do voto

“E a modalidade “Pregão” por sua forma e natureza em qualquer situação – singular ou não - afronta a dignidade da advocacia, é sinônimo de leilão e os honorários do advogado não podem ser leiloados.

(....)

Ademais o Decreto nº 3.555/00, que aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada “pregão”, visando a aquisição de bens e serviços comuns, não elenca, dentre os serviços comuns, a prestação dos serviços de advocacia.”

Na mesma toada, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil já emanou posicionamento, conforme se desprende da decisão abaixo indicada:

Ementa n. 18/2011/COP. Pregão eletrônico. Menor preço. Contratação de serviços especializados de advocacia. Rejeição pela OAB, porquanto, de um lado, não garante a isonomia entre os participantes e, de outro, induz o

lançamento de propostas em valores aviltantes para obtenção de contratação.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por unanimidade, em acolher o voto do Relator, parte integrante deste.

(Processo 2007.18.05916-02, Origem: Conselho Seccional da OAB/Espírito Santo. Comissão Nacional de Sociedades de Advogados, Assunto: Proposta de edição de provimento. Pregão eletrônico para contratação de advogado, Relator Conselheiro Federal Marcelo Cintra Zarif - BA).

Em razão da decisão supra, o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil já oficiou, em maio de 2011, a Advocacia Geral da União sobre a impropriedade do uso do pregão para a contratação de serviços advocatícios (Ofício nº 78/2011/GOC/COP).

Por todo o exposto complementa e conclui o Professor Marçal Justen Filho⁹, “(...) a utilização do pregão deve ser reservada para as hipóteses que não há controvérsia lógica sobre a configuração de um bem ou serviço comum. Se dúvidas persistirem, tal desaconselhará a adoção da solução pregão.”

Acrescenta-se neste sentido os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰, “A preferência do legislador pelo critério do preço e as restrições ao critério da técnica podem trazer dificuldades à Administração nas licitações para determinados contratos em que, mesmo sem estarem presentes os requisitos previstos no § 3º do artigo 46, seria aconselhável levar em consideração a técnica utilizada. Isso ocorre em especial nos contratos de obras e serviços técnicos especializados, em que a seleção pelo critério exclusivo do preço pode levar a Administração a ter que aceitar proposta que, sob o ponto de vista da técnica, não é a melhor; isto, evidentemente, contraria o interesse público.”

A existência de uma multiplicidade de interessados em contratar com a Administração Pública não justifica a adoção da modalidade licitatória pregão com o propósito de contratar serviços advocatícios de qualquer natureza.

Nesse andar observa ainda Marçal Justen Filho¹¹: “Havendo uma pluralidade de potenciais interessados em condições de disputar o objeto, aplicar-se-á a licitação. Mas a modalidade cabível não poderá ser selecionada a partir do “número” de potenciais licitantes. Não existe uma norma legal condicionando a adoção do pregão ao número de interessados em disputar o objeto. (...) Em outras situações, um objeto claramente não comum pode envolver disputa por dezenas de potenciais interessados. (...) Em suma, não é cabível assentar a adoção do pregão no simples reconhecimento da existência de um mercado competitivo para o objeto licitado. É necessário verificar se o objeto é comum – tal como indicado na lei.”

O afastamento de pregão para os serviços de advocacia já encontra albergue também no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, consoante aresto a seguir transcrito:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE. ART. 2º DO DECRETO 3.555/2000. COMPLEXIDADE E PECULIARIDADE DO OBJETO.

Os serviços de advocacia em discussão nos autos não se qualificam como serviços comuna passíveis de licitação na modalidade pregão em razão da

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 404.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 39/40.

complexidade e peculiaridade do objeto licitado. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 2009.71.00.007834-3/RS, Rel. DES. FEDERAL MARGA INGE BARTH TESSLER)

A título complementar, Jair Santana, em artigo doutrinário específico sobre o assunto, rechaça o uso do pregão para os serviços em comento e tece as seguintes considerações:

Em relação a tal aspecto, sugerimos que o leitor simule hipoteticamente uma disputa pública, por pregão, onde o “menor preço” tenha que se submeter à análise da inexequibilidade, por força do inc. XI, art. 4º, da Lei nº 10.520/02.

Quem bem conhece o rito do pregão sabe que depois de encerrada a disputa, obrigatoriamente o pregoeiro deve “examinar a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, e decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade”.

Imaginemos, assim, que um determinado baixe seu preço em muito menos do que a metade do seu concorrente (e distancie-se do preço orçado pela Administração).

Qual será o critério para aferir a aceitabilidade, no caso? O preço muito inferior significa proposta inexequível? A resposta única mostra a erronia daqueles que defendem a contratação de serviços de advogado pela modalidade pregão.

Por fim, se abominamos o pregão para a contratação de serviços de advogado, entendemos em contrapartida que em alguns casos a Administração Pública poderá se valer do credenciamento⁴ para suprir as necessidades que porventura possua em tal setor. Sem prejuízo, é claro da contratação direta.¹²

Apesar de todo este esforço do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e de vários juristas em suas posições doutrinárias, infelizmente vários órgãos e entidades da Administração Pública, notadamente algumas Prefeituras e Câmaras Municipais do Estado do Paraná, têm abdicado da aferição técnica e do respeito ético aos honorários advocatícios nestas contratações, tanto que a Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração constatou vários editais de pregão para tais serviços.

Por apego à informação, insta pontuar, com todo o digno respeito, que o Tribunal de Contas da União já se manifestou infelizmente pela possibilidade de pregão para a contratação de serviços advocatícios, o que se repisa é flagrantemente ilegal e antiético:

Licitação para prestação de serviços advocatícios: Possibilidade da adoção do pregão

(...). De acordo com a unidade técnica, “o pregão eletrônico para a contratação de escritório de advocacia por preço global não contribui para o aviltamento dos honorários, uma vez que cada licitante, respeitando os seus deveres éticos, deverá apresentar lances compatíveis com a dignidade da advocacia e suficientes para a devida remuneração de seu quadro (seja ele composto de sócios ou contratados). (...) Argumenta-se, por outro lado, que os serviços de advocacia, por terem cunho intelectual e serem de nível superior, não se

¹² SANTANA, Jair. Pregão para serviços de advocacia. Informativo de Licitações e Contratos - ILC nº 181, mar/2009, p. 252.

coadunariam entre os serviços comuns previstos na legislação para serem adquiridos por pregão. De igual modo, o TCU tem entendido que o serviço advocatício, dependendo do caso, pode ser enquadrado como comum. (...) Da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 5.450/2005 não decorre oposição inconciliável entre serviço comum e grau de nível superior. (...) Frente a qualquer contratação, somente pelas circunstâncias do mercado próprio de cada serviço poderá ser esclarecido se o caso atende ou não à condição de comum (...). O presente caso trata da contratação de serviços advocatícios no âmbito do direito civil (juizados especiais e órgão recursal correspondente) e de direito administrativo. As matérias do Juizado Especial (...) são de baixíssima complexidade, assim como as corriqueiras questões de direito administrativo, de sorte que não se vislumbra nenhum tipo de serviço que não possa ser qualificado como comum. Dessa forma, entende-se cabível, in casu, o uso da modalidade pregão.”. O relator anuiu às conclusões da unidade técnica, no que foi acompanhado pelos demais ministros. Precedentes citados: Decisão nº 90/98-Segunda Câmara e Acórdão nº 1.493/2006-Plenário. Ainda quanto ao Pregão Eletrônico nº 637/2009, realizado pela (omissis), com o objetivo de contratar escritório de advocacia para prestação de serviços jurídicos especializados nas áreas de direito civil e de direito administrativo, a unidade técnica considerou que o item 4.22 do edital restringia a competitividade da licitação, impedindo a escolha da proposta mais vantajosa, ao impor ao futuro contratado o encargo de dispor de profissional detentor de curso de especialização em direito civil e/ou processo civil.

(Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 20 do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1336/2010-Plenário, TC-011.910/2010-0, Rel. Min. José Múcio Monteiro, 09.06.2010).

Pelo panorama apresentado, a Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração preocupada com a atuação de alguns órgãos e entidades da Administração Pública no Paraná roga pela manifestação oficial desta Seccional sobre o assunto, a fim de instruir os agentes públicos sobre a correta forma de contratação e para que os advogados paranaenses também endossem esta luta que é toda a nossa classe.

Parece-nos evidenciado que os lances representam um método aviltante e execrável, tornando-se indubitável a não aceitação da modalidade licitatória de pregão pelo menor preço para a contratação de serviços de advocacia e assessoria jurídica.

Da mesma forma, os serviços em questão não podem ser caracterizados comuns porquanto tais préstimos demandam intelectualidade e individualidade, o que afasta uma possível “padronização”.

A Administração Pública, ao pretender a contratação de serviços consistentes em atividades privativas da advocacia por meio de processo de licitação na modalidade pregão, acaba desse modo por incorrer em ofensa à Lei nº 8.666/93, à Lei 10.520/02, à Lei 8.609/94 e ao Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por derradeiro, enfatiza-se que é dever ético e legal dos advogados e operadores do direito delatar essa prática ilegítima e abusiva ao se defrontarem com editais de licitação na modalidade pregão, tendo como objeto a contratação de serviços advocatícios de qualquer natureza.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se objetivamente que:

01. A utilização da modalidade licitatória pregão, quer seja na forma eletrônica ou presencial, para a contratação de serviços especializados de advocacia é ilegal, pois o fator de julgamento entre os licitantes não pode pautar-se tão somente em menor preço, e sim deverá apreciar a tecnicidade dos licitantes para encontrar a proposta mais vantajosa à Administração Pública;

02. O uso do pregão para a contratação de serviços especializados de advocacia é ilegal, posto que não garante a isonomia entre os participantes assim como impulsiona o lançamento de propostas em valores depreciativos para se obter a desejada contratação, o que per si representa um atentado à Lei nº 8.906/1994 e ao Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, já que os licitantes formulam e guerreiam com lances entre si aviltando os honorários;

03. Os serviços advocatícios não são serviços comuns, logo não se emoldurando dentro dos ditames da Lei nº 10.520/2002, já que demandam intelectualidade e individualização nos seus préstimos, discrepando de um serviço comum assim entendido aquele padronizado pelo mercado.

04. Com esteio nos fundamentos supra e retro, a Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração roga pela ampla divulgação da impossibilidade de uso do pregão para a contratação de serviços advocatícios, inclusive oficiando o Tribunal de Contas do Estado do Paraná para que este oriente os seus jurisdicionados.

S.M.J., é o parecer a ser submetido à Diretoria da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Paraná.

Curitiba, 04 de fevereiro de 2014.