



A SINGULARIDADE DA ADVOCACIA E AS AMEAÇAS ÀS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS

Floriano de Azevedo Marques Neto

Professor de Direito Administrativo da USP e advogado em São Paulo

Dentre tantos aspectos relativos às prerrogativas da advocacia que vêm sendo afrontadas nos últimos tempos um se destaca. Trata-se da contratação de advogados pelo poder público. Muitas têm sido as ações penais e civis ajuizadas contra profissionais da advocacia pelo fato de sua contratação prescindir de licitação pública. Embora a posição do Supremo Tribunal Federal (veja-se HC 86198/PR, Min. Pertence; HC 72830/RO, Min. Velloso; RE 466.705/3, Min. Pertence) seja relativamente sedimentada sobre a inexigibilidade de licitação para contratação de advogado, multiplicam-se as iniciativas, principalmente do Ministério Público, de impugnar qualquer contratação direta de advogados.

Tal situação não é aleatória. Tais iniciativas são movidas por três raciocínios, todos aviltantes à profissão. Um, há a aversão à advocacia liberal, autônoma e independente. Nesta linha de pensar, são freqüentes os posicionamentos que querem interditar que o Estado contrate a prestação de serviços jurídicos de profissionais que com ele não possuam vínculo empregatício ou funcional. É o que chamo da ideologia da exclusividade da carreira pública, que se adotada acabaria por impedir que a Administração conte, em temas específicos complexos, com os melhores especialistas. Dois, há o viés de desqualificar a

advocacia como um afazer impregnado do engenho e arte profissional. É o que chamo de tentativa de redução da advocacia a uma prestação vulgar, um bem fungível, uma atividade sem maiores predicados. Três, o mais ardiloso dos móveis, há a tendência ao processo de retaliação contra a atuação do advogado. São cada vez mais comuns os processos ajuizados por quem, atuando como parte numa ação civil pública ou numa ação de improbidade, se depara com um profissional aguerrido e, inconformado com a renhida demanda, retalha o profissional questionando os fundamentos de sua contratação.

São muitos os advogados consagrados que, não obstante serem exemplo para os mais jovens, vêm sendo constrangidos a se defender em processos criminais ou em ações de improbidade pela singela razão de terem aceitado prestar serviços para o poder público.

O objetivo deste texto é demonstrar a absoluta falta de fundamento jurídico em se obrigar a licitação para contratação de advogados.

A licitação é um processo administrativo que objetiva assegurar que a Administração contrate a melhor proposta disponível no mercado e com respeito ao direito de todo administrado se candidatar, em igualdade de condições, a ser fornecedor do Estado (vide, neste sentido, art. 37, XXI, CF e art. 3º da Lei 8.666/93). A vantajosidade pressupõe que o bem ou serviço a ser adquirido possa ser oferecido de forma indiferente por vários potenciais fornecedores. Isonomia, é sabido por todos, importa em não desigualar os iguais; pressupõe, pois, uniformidade de todos os interessados em face do objeto a ser fornecido. Não há que se falar em licitação quando: (a) o objeto a ser contratado é de tal forma impregnado pelas características pessoais do executor que não pode ser comparado com outro, de idêntica natureza, executado por terceiros; (b) as características subjetivas do executor são tais que se colocam como fator de descrímem suficiente para autorizar um tratamento desuniforme (lembramos que a isonomia se afirma no tratamento desigual na medida da desigualdade). Exatamente por isso a Constituição afasta a regra geral de licitar nos casos previstos na lei e esta (lei 8666/93) prevê que a licitação não será sequer exigida

se a competição for inviável, impossível, inapta a alcançar aqueles dois objetivos (ver art. 25, *caput*, Lei 8666/93). Igualmente por isso a lei prevê que os pareceres jurídicos e o patrocínio em causas judiciais ou administrativas são serviços técnicos profissionais especializados (art. 13, II e V) e que estes só serão licitáveis (preferencialmente por concurso) quando não for o caso de inexigência de licitação (art. 13, §1º). E, por fim, a mesma lei de licitações pressupõe inexigível a licitação quando estes serviços especializados tiverem natureza singular e forem contratados com profissionais de notória especialização (art. 25, II), a qual estará presente quando o conceito do profissional na sua área for tal que, *per se*, recomende sua contratação como “*essencial e mais adequad[a] para a plena satisfação do objeto do contrato*” (art. 25, §1º).

Durante muito tempo a doutrina (me incluo) propugnou pela separação do juízo de inexigibilidade em dois momentos: um primeiro que constata a singularidade do objeto (suas características intrínsecas afastadoras do dever de licitar) e um segundo, subsequente, no qual, já afastada a licitação, exigia-se que o futuro contratado fosse detentor de especialidade e notoriedade. Creio ser necessário rever este entendimento. Na verdade as duas dimensões (objetiva e subjetiva) são faces da mesma moeda. O que determina a inviabilidade de competição é o fato de que o objeto é de natureza singular exatamente porque ele há de ser executado por um profissional que, nos termos da lei, detenha um “*conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*”. Vale dizer, então, que o objeto é singular porque ele demanda a execução por notório especialista, e ele demanda este profissional exatamente porque é singular.

Com relação aos diferentes matizes de competição, vis a vis a modalidade ou tipo de licitação, identifico quatro níveis distintos em relação ao objeto a ser contratado.

Há objetos que, para além de não possuírem singularidade, são comuns São os tais “*bens de prateleira*”, aqueles **absolutamente fungíveis**. Para estes, desde a lei 10.520/02 a licitação poderá ser procedida na modalidade pregão, pois tal objeto é aquele “*cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais no mercado*” (art. 1º, Parágrafo único).

Há outros objetos que não são singulares, nem comuns. São aqueles que poderíamos chamar de bens sob encomenda, **relativamente fungíveis** pois são cotejáveis, mas desenvolvidos para atendimento de uma solicitação específica. É o caso das obras e serviços de engenharia. Estes independem das características pessoais do executor (além do mínimo de capacitação), nem admitem variações no modo de executar com impacto significativo no resultado final. Para estes objetos, a licitação também é exigível e, conforme o valor, observará as modalidades habituais (art. 22, §§ 1º, 2º e 3º, Lei 8666/93).

Temos uma terceira classe de objetos, dotados de uma **singularidade objetiva**, intrínseca à sua natureza. São aqueles de natureza técnica ou científica que os peculiariza ou de natureza predominantemente intelectual ou que admitam variações de execução com repercussões significativas no resultado final. Para estes, a lei 8666/93 prevê ou a adoção da modalidade convite, ou, nas outras modalidades, o tipo de melhor técnica ou de técnica e preço (art. 13, §1º, 22, §4º, e art. 46).

Por fim, temos uma última espécie de objetos contratáveis pela Administração, na qual se encaixa a contratação de advogados. São aqueles objetos dotados de uma **singularidade subjetiva**, ou seja, aqueles cuja contratação só faz sentido em virtude das características subjetivas do executor. O parecer do jurista, a sustentação oral do grande tribuno, o patrocínio do advogado afamado são objetos que se caracterizam especificamente pelos atributos do seu executor. Uma sustentação oral é atividade para a qual está habilitado qualquer advogado inscrito na OAB. Porém ninguém diria ser irrelevante a pessoa de quem sobe à tribuna para sustentar. Opinar sobre um assunto jurídico tampouco é

objetivamente fazer inacessível. Mas o jurista notório produz um objeto (parecer) inigualável (ainda que vários o façam). Para estes objetos o procedimento previsto na lei é um só: a inexigibilidade de licitação.

Na contratação de advogado, a licitação será inexigível porque a advocacia não se exerce dissociada da pessoa do advogado, da relação de confiança que se estabelece entre constituinte e constituído. Neste sentido, impecável a decisão do então Ministro Carlos Velloso mostrando a incompatibilidade entre a confiança inerente à advocacia e a impessoalidade do processo licitatório (ver HC 72830/RO). Não é por outra razão que o Código de Ética da Advocacia (art. 15) obriga que o mandato seja outorgado individualmente aos advogados, mesmo quando reunidos em sociedade. Tal nexos de confiança é indissociável da pessoa do advogado, o que torna o resultado da advocacia um objeto subjetivamente singularizado.

Sendo o objeto singular, ele é impassível de comparação, de cotejo. E sendo assim, não se põe viável a competição (salvo se ela se travestir de mero simulacro, de pantomima, de simulação). E a competição entre advogados é impossível por vários motivos.

Primeiro, porque serviços de advocacia não permitem aferir, objetivamente, a vantajosidade entre propostas. A uma porque o aspecto subjetivo, vimos, é predominante. A duas, porque os critérios de julgamento serão impregnados de características preñes de personalidade como a segurança do profissional, a honorabilidade deste, o respeito granjeado no meio, a reputação, seu poder de convencimento, enfim, um plexo de características relevantíssimas na escolha do advogado, mas de objetivação impossível num edital (interditando o julgamento objetivo referido no art. 3º da lei de licitações).

Depois, porque é antípoda à profissão a disputa baseada no menor preço. Diz expressamente o Código de Ética (art. 5º) que “*o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização*”. Não existe nada mais mercantil do que a disputa, numa licitação, pelo contrato mediante oferta do menor valor de honorários.

Terceiro, não há competição porque não se pode comparar objetos dotados de singularidade. Mormente não se pode comparar tais objetos a priori, antes da contratação (como sói ser na licitação). Como julgar objetivamente qual é o melhor parecer entre vários antes do mesmo estar pronto? Como julgar a proposta mais vantajosa para patrocínio numa causa sem que a defesa esteja concluída? Como decidir pela melhor sustentação oral antes da peroração? A inviabilidade, repito, está no fato de que a decisão de quem contratar se baseará na confiança depositada no profissional em virtude, dizeres da lei, do conceito do profissional no seu campo decorrente de desempenho anterior (art. 25, §1º).

Não se pode falar em julgamento técnico. Veja-se desde logo que a lei, ao prever o julgamento técnico não faz referência alguma à advocacia (art. 45, *caput*). Depois, o julgamento técnico também exige uma objetividade (art. 46, I) que no caso dos serviços de advogado será impossível. Por fim, lembremos que os Tribunais de Contas (veja-se, por exemplo, a Súmula 22 do TCE-SP) têm hostilizado julgamentos técnicos baseados predominante ou exclusivamente na capacidade técnica (experiência anterior) do proponente. O que, vimos, é exatamente o fator central na escolha – pelo público ou pelo particular – do advogado a quem confiar um cometimento.

Tenho claro haver uma incompatibilidade entre o dever de licitar e a contratação de advogados. Isso, óbvio, não importa dizer que eventuais abusos ou desmandos não possam ser controlados. Devem sê-lo, seja no âmbito da ética profissional, seja pelos órgãos de controle.

O que desejei ressaltar é que a tese da obrigatoriedade de submeter a contratação de advogado a certame licitatório atende a interesses secundários em grande medida voltados a aviltar a advocacia. Não se trata, insisto, de um entendimento isolado ou dirigido a coibir abusos. Trata-se, isso sim, de uma estratégia deliberada para, a um só tempo, aviltar a advocacia (transformando-a num serviço vulgar, fungível, a ser contratado pelo menor preço na bacia das almas) e a constranger a atuação dos advogados, mormente os especializados na lida do direito público, mantendo sobre eles uma permanente espada, sempre

pronta a ser baixada caso sua atuação crie incômodos, sempre que a orientação ou patrocínio do poder e do agente públicos sirvam de óbice a interesses corporativos ou pessoais. Quando isso se verifica, colocam-se à prova as prerrogativas profissionais. Mais ainda: está a prova a própria existência da advocacia exercida com liberdade, autonomia, dedicação e sem mercancia, como manda o nosso Estatuto.

Referência bibliográfica deste trabalho:

Floriano de Azevedo Marques. “A singularidade da advocacia e as ameaças às prerrogativas profissionais”. Artigo publicado na data 13/03/2008 no sítio eletrônico da Sociedade Brasileira de Direito Público – **sbdp**. Link para o artigo: http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=69