

# **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PELO PODER PÚBLICO**

**DIRCEU GALDINO CARDIN**

## **1. INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal em seu art. 37, XXI, dispõe sobre a exigência de processo de licitação pública para obras, serviços, compras e alienações nas contratações realizadas pela Administração Pública. Este dispositivo foi regulamentado pela Lei Nacional nº 8.666, de 1993, mais conhecida como Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública – LLIC.

Esta Lei de Licitações e Contratos contém expressa dispensa ou inexigibilidade da licitação, quando se trata de serviços técnicos, de notória especialização do contrato e da singularidade do objeto da contratação, como estabelece o art. 25, II, e § 1º do texto legal.

No entanto, para fins desta Lei, os serviços técnicos profissionais especializados são, dentre outros, o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas e, ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, deverão preferencialmente ser realizados mediante concurso público (art. 13, V, § 1º).

A interpretação destes dispositivos legais provoca diversos debates e críticas em âmbito jurídico, com colisões de sentenças judiciais, em todas as instâncias e os mais variados entendimentos, exigindo uma análise profunda para se obter a segurança jurídica.

## 2. HERMENÊUTICA HISTÓRICA EM RELAÇÃO AOS SERVIÇOS PROFISSIONAIS DE ADVOGADO

A hermenêutica histórica demonstra que a contratação de advogado pela Administração Pública para a prestação de serviço se trata de inexigibilidade, devido à inviabilidade de competição, embora possa a lei mencionar a dispensa.

Muitas vezes, a lei fala em dispensa quando se trata de inexigibilidade, e desta quando se trata daquela.

Mesmo a doutrina pondera:

[...] *Inexigibilidade* é o mesmo que *dispensa*: é ordem para não exigir; é proibição de exigir. Assim, não pode a autoridade ordenar *abertura de licitação*, publicando editais, quando, por exemplo, há *inviabilidade de competição*, como, por exemplo, para a *aquisição de obra* de arte, pintura ou escultura, de determinado artista. Ou para a *restauração de objeto* (histórico ou artístico) de autenticidade comprovada.<sup>1</sup>

Relembre-se, que o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, expressamente dispensava a licitação “na contratação de serviços com profissionais ou firmas de notória especialização” (art. 126, § 2º).

O Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, que também previa a mesma sistemática para a “contratação de serviços com profissionais”, quer dizer, para patrocínio de causas judiciais ou administrativas havia disposição expressa no sentido de reconhecer a dispensa.

Posteriormente, a Lei de Licitações, que veio fazer uma normatização completa sobre a licitação, deu nova redação à matéria, porém foi infeliz, porque o que era inexigível, uma vez que havia inviabilidade de competição, ela estabeleceu, preferentemente, a modalidade de concurso, para tal contratação, quando esta modalidade é totalmente incompatível, como será evidenciado adiante.

---

<sup>1</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 240.

## 2.1 Diferenças fáticas entre serviços comuns, serviços técnicos profissionais generalizados, especializados e intelectualizados

Antes de analisar o texto da Lei de Licitações é importante determinar a utilização da terminologia correta, para saber do que se está falando, porque muitas vezes se diz de uma forma, quando se deseja outra, ou a palavra se irradia de maneira limitada quando a extensão do pensamento é mais ampla.

Hely Lopes Meirelles esclarece que:

Para fins de licitação, é necessário distinguir os serviços comuns, os serviços técnicos profissionais generalizados e os serviços técnicos profissionais especializados. Os dois primeiros exigem licitação; os últimos a dispensam quando contratados com profissional ou firma de notória especialização.<sup>2</sup>

E ele distingue os três tipos de serviços:

*Serviços comuns* são todos aqueles que não exigem habilitação especial para sua execução. Podem ser realizados por qualquer pessoa ou empresa, pois não são privativos de nenhuma profissão ou categoria profissional. [...]

*Serviços técnicos profissionais* são todos aqueles que exigem habilitação legal para sua execução. Essa habilitação varia desde o simples registro do profissional ou firma na repartição administrativa competente até o diploma de curso superior oficialmente reconhecido. [...]

Os serviços técnicos profissionais podem ser generalizados ou especializados [...].

**Serviços técnicos profissionais generalizados** - São os que não demandam maiores conhecimentos, teóricos ou práticos, além dos ministrados nos cursos normais de formação profissional. Estes serviços, [...] exigem licitação, por haver sempre a possibilidade de competição entre os interessados, nivelados pelo mesmo título de habilitação. [...].

**Serviços técnicos profissionais especializados** - São aqueles que, além da habilitação técnica e profissional normal, são realizados por quem se aprofundou nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágio de aperfeiçoamento. São serviços de alta especialização e de conhecimentos pouco difundidos entre os demais técnicos da mesma profissão. [...].

---

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Célia Marisa Prendes. 11. ed. *Cit.*, p. 49.

A Lei 8.666/93, na esteira dessa orientação, especificou os *serviços técnicos profissionais especializados*, para os quais a licitação é *inexigível*, em face da manifesta inviabilidade de competição entre profissionais ou empresas de *notória especialização* (art. 13 e 25, II, e § 1º).<sup>3</sup>

Entretanto, faltou complementar os serviços profissionais intelectualizados. O serviço profissional intelectualizado emana do cabedal do profissional, embasando-se nos seguintes pressupostos: ter conhecimento, usar o raciocínio e a criatividade, numa união de técnica, conhecimento, arte e ciência. Há uma razão óbvia para a inexistência de licitação: impossível um critério objetivo de julgamento quanto a conhecimento, confiança, eficiência. Não há parâmetro de igualdade entre estes profissionais. E se não há igualdade de condição e de situação é impossível a licitação, que prima pela isonomia e impessoalidade.

A Lei de Licitações o mencionou de maneira específica no art. 46 e única vez quanto aos serviços intelectuais:

Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.<sup>4</sup>

Este parágrafo trata da contratação de bens e serviços de informática. Observa-se, do mencionado artigo, que houve normativa ao regramento dos serviços predominantemente intelectual tão somente para:

[...] elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Célia Marisa Prendes. 11. ed. Cit., p. 49-51.

<sup>4</sup> BRASIL. Art. 46 da Lei 8.666/1993.

<sup>5</sup> BRASIL. Art. 46 da Lei 8.666/1993.

Portanto, não cogitou dos serviços profissionais intelectualizados da advocacia. Nem poderia. Se no preâmbulo da Lei de Licitações consiga o princípio da igualdade como seu fundamento (art. 3º), já afasta qualquer possibilidade de licitar os serviços profissionais intelectualizados, pois nestes não contém nenhum componente de comparação e de igualdade, mas ao contrário, são extremamente desiguais. Esta desigualdade não ocorre apenas com o advogado, mas em todo serviço predominantemente intelectual como se dá com o consultor, auditor, palestrante, e até mesmo com contadores que se especializaram em contabilidade pública, demonstrando um trabalho intelectualizado diferenciado.

Ora, “*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”. “Quando a lei quis, determinou, sobre o que não quis, guardou silêncio”. Assim, a Lei de Licitações fixou no art. 46 apenas aqueles serviços como intelectuais, porque na realidade são serviços técnicos profissionais, e excluiu todos os demais serviços puramente intelectuais, inclusive aqueles anteriormente mencionados do art. 13, a partir do inciso II. Como dito, apenas o inciso I permite a licitação, pois se trata de estudos técnicos, planejamento e projetos básicos ou executivos.

Os demais serviços, na realidade, são considerados como serviços técnicos profissionais predominantemente intelectuais, que exige aptidão específica e profissionais experientes, com profundo conhecimento e habilitados para sua execução. Trata-se de serviços que não apresentam identidade e características padronizadas, não se encontram prontos e disponíveis a qualquer tempo, como se dá com os verdadeiros “bens e serviços comuns”, os quais são passíveis de contratações por pregão, diferentemente, daqueles puramente intelectuais que afastam qualquer possibilidade de licitação.

Acrescente-se que no serviço profissional intelectual a essência é a ideia, a técnica e a forma. Assim, há uma ideia, mas para adquirir a forma é necessário a concretização, mediante vários meios de procedimentos e instrumentalização.

Destaca-se outro aspecto não menos importante: insofismavelmente o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”<sup>6</sup> são serviços

---

<sup>6</sup> BRASIL. Art. 13, inciso V, da Lei 8.666/1993.

eminentemente intelectuais, porque em todo ele há uma criação, conhecimento e estilo próprios, com a marca pessoal de quem o executa.

Enquadram-se nesse tipo de serviços profissionais intelectualizados: o advogado, o arquiteto, o escultor, o artista, o consultor, o palestrante, dentre outros; a pessoa que se destaca pelos seus dons e o cabedal. Já os serviços técnicos profissionais especializados são os voltados à engenharia, medicina, odontologia, informática, cuja tônica é o conhecimento e a técnica.

O Tribunal de Contas da União gizou:

Ressalto, a propósito, que os serviços de caráter predominantemente intelectual devem ser licitados com a adoção dos tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço. E quando se tratar de serviços de informática com essa característica, com a utilização do tipo técnica e preço. Tal conclusão decorre dos preceitos contidos nos arts. 45, § 4º, e 46 da Lei nº 8.666/1993. Entendo como serviços de natureza intelectual aqueles em que a arte e a racionalidade humana sejam essenciais para a sua satisfatória execução. Não se trata, pois, de tarefas que possam ser executadas mecanicamente ou segundo protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos.<sup>7</sup>

Alguém poderia questionar: se o arquiteto está enquadrado no serviço profissional intelectualizado e participa de concurso, por que o advogado que também presta um serviço profissional intelectualizado não pode participar de tal certame? Pela natureza das coisas, o arquiteto pode apresentar seu projeto pronto à Comissão Julgadora para avaliação, entretanto o advogado jamais poderá apresentar seu trabalho pronto, pois é na contratação que principiam os seus serviços e que nunca saberá quando irá finalizar um processo judicial.

Dessa forma, numa sistematização de serviços há: a) serviços comuns; b) serviços técnicos profissionais generalizados; c) serviços técnicos profissionais especializados; d) serviços profissionais intelectualizados.

Exatamente, por ser o serviço da advocacia predominantemente intelectualizado a Lei de Licitações em relação ao advogado não normatizou, ante a impossibilidade de estabelecer qualquer julgamento com base na

---

<sup>7</sup> TCU. ACÓRDÃO 2172/2008 – PLENÁRIO. Relator: Augusto Nardes. TCU 1 out. 2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2108320080.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>> Acesso em: 17/09/2018.

isonomia. Desencadeou uma celeuma, porque a matéria não foi analisada com a devida profundidade exigida pelos autores das mais diversas ações. E tal confusão, gerou inúmeras ações infundadas e alguns julgamentos incorretos.

Admita-se, ainda por amor ao debate, que fosse possível usar a “melhor técnica” e a “melhor técnica e preço” aos serviços predominantemente intelectualizados.

Numa hermenêutica lógica, pelo critério de julgamento de uma licitação deve-se primar pelo princípio do critério objetivo (art. 45, da Lei de Licitações<sup>8</sup>), contudo para a contratação de um profissional liberal prevalecem os critérios subjetivos, a partir de determinados valores: confiança, conhecimento, ética, *know how* e eficiência.

O critério subjetivo se sobrepõe ao objetivo; o critério objetivo conduz ao preço; o subjetivo a melhor técnica. Logo, o critério subjetivo prevalece sobre o objetivo; este se torna incompatível com o julgamento licitatório para a advocacia, que busca o melhor resultado.

Nem se alegue que há condição de usar a modalidade de técnica e preço. Para que haja a técnica – como o que a Administração quer é a obra, o serviço mais eficiente e durável – torna-se incompatível essa análise para um serviço técnico de “patrocínio ou de defesa de causas judiciais ou administrativas”<sup>9</sup>. Não há condição de fazer uma avaliação técnica *a priori* para um serviço que ocorrerá *a posteriori*, e muitas vezes nem o advogado nem a Administração Pública têm condição de avaliar a extensão do trabalho e os problemas que irão surgir no decorrer da lide.

Por isso que o art. 46 da Lei de Licitações cinge-se somente aos serviços de engenharia (elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos), porque houve *a priori* a seleção pelo concurso, e *a posteriori* a continuidade dentro de um julgamento da melhor técnica ou, melhor técnica e preço.

---

<sup>8</sup> Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.” No mesmo sentido, arts. 40 inc. VII, e 44, da Lei 8.666/93.

<sup>9</sup> BRASIL. Artigo 13, inciso V, da Lei nº 8.666/93.

Qualquer que fosse o critério em relação ao trabalho do advogado, fatalmente haveria o nivelamento por baixo, pois o menor preço iria prevalecer e não a qualidade técnica dos serviços, quando o bom senso diz que o trabalho profissional faz toda a diferença.

Alerta Gomes de Mattos:

Não se admite, em hipótese alguma, que o Poder Público seja torpedeado por “falsos moralistas” que, em detrimento da eficiência (art. 37 da CF), defendam a contratação mais barata como forma de selecionar o melhor ou mais gabaritado profissional do direito para a defesa de importante causa jurídica de interesse público.

Ficou sepultado esse intempestivo procedimento, em razão de menor preço na contratação do advogado, na maioria dos casos, se revelarem como um dos piores caminhos a serem traçados.<sup>10</sup>

A lei quer é o resultado do trabalho profissional, e para este torna-se impossível a licitação. Há uma verdade insofismável: a licitação para o patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas agride o princípio da eficiência. O princípio, como é cediço, prevalece sobre a norma. Aqui se poderiam dar inúmeros exemplos para demonstrar os erros, se possível fosse fazer a licitação.

Indaga-se: um advogado com pouca experiência apresenta o menor preço; pode contratá-lo? Um advogado que queira apenas pegar o serviço, sem maior estudo, reflexão, profundidade, pode estar habilitado para matérias complexas?

Um advogado com pouco tempo de experiência poderá ser comparado a outro com cursos de pós-graduação, obras publicadas e longo tempo de trabalho, tendo já demonstrado notório saber?

Numa hermenêutica sociológica: a licitação visa a obter a melhor vantagem financeira para a Administração Pública, assim nos serviços que são comuns prevalece o menor preço. Se o cidadão com disponibilidade financeira contrata um advogado pelas suas qualidades técnicas (confiança, conhecimento, *know how*) e não pelo menor preço, qual a razão de a Administração Pública, que gravita pelo interesse público, irá contratar pelo menor preço?

---

<sup>10</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/1992*. Cit., p. 367.



Se um cidadão comumente tem esse comportamento – e não se presume de forma diferente a conduta de qualquer autoridade – qual a razão de agredir o princípio da razoabilidade para exigir a contratação por menor preço, que afronta o interesse público, além de agredir a dignidade profissional? A contratação pelo menor preço já sofre o estigma popular: “o barato sai caro”. Admitir a preferência pelo menor preço é instituir a imoralidade administrativa e tripudiar sobre o princípio da eficiência!

Todavia, numa hermenêutica sistemática, ainda mais se constata que tal artigo (art. 25 da Lei de Licitações) não se aplica aos advogados, uma vez que taxativamente em seu *caput* diz: “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”; fato que insofismavelmente acontece, porque serviços intelectuais não há parâmetro para comparação.

De plano, fica afastada qualquer incidência de inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei de Licitações), muito embora pelo art. 13 tivesse havido a dispensa dos serviços técnicos especializados. Entretanto, numa tipificação correta, o serviço da advocacia é intelectualizado, que não se subsume às normas licitatórias, sendo caso de inexigibilidade.

Poder-se-ia dizer, *ad argumentandum*, que houve equívoco da lei, e que ela efetivamente não quer a dispensa de licitação para a contratação de advogado. Faça-se então uma apreciação axiológica. Se ela tivesse obrigado à licitação, então a qualidade profissional seria nivelada por baixo, porque prevaleceria o menor preço em detrimento da qualidade profissional. Em vez de eficiência, deficiência; do melhor resultado, danos ao erário.

A norma inferior – Lei de Licitações – estaria agredindo um princípio, o da eficiência, ou como observou Ivan Barbosa Rigolin:

[...] É simplesmente risível a ideia (*sic*) de um edital que para esse caso procurasse o advogado de menor preço, ou aquele que, dentre os que comprovassem “técnica mínima suficiente”, pedisse os menores honorários. No primeiro caso acabaria o zeloso alcaide possivelmente trancafiado a sete ferros numa masmorra de segurança máxima, e no segundo numa de segurança média, sabendo-se inexistente a pena capital no direito brasileiro.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Op. Cit.*, p. 147-148.

Na ciência do direito ocorre o mesmo fenômeno que nas demais ciências: não é o título que faz o profissional, porque este pode estar muito aquém ou além do título.

Há muitos cientistas que nunca tiveram títulos, mas indiscutivelmente, pela sua capacidade profissional, se destacam mais que os outros. Na grande galeria da genialidade, poucos são os gênios que possuem títulos, porque o importante é o *know how*, ou seja, o conhecimento; este suplanta qualquer titulação.

Há outro aspecto ainda mais grave: se houvesse um levantamento no Brasil dos casos de licitação e analisá-los com isenção, com certeza, a Administração Pública estaria pagando bem mais, do que em caso de dispensa ou inexigibilidade, como há muito detectou a Advocacia Geral da União, em face dos elevados prejuízos da União:

[...] o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos da Administração Federal considera serviços técnico-profissionais especializados os trabalhos relativos ao patrocínio ou à defesa de causas judiciais ou administrativas (art. 134, do Decreto-Lei nº 2.300 de 1.986), para admitir a inexigibilidade do procedimento licitatório quando esses serviços, de natureza singular, sejam confiados a profissionais ou empresas de notória especialização (art. 23, II, c/c parágrafo único do art. 12 do D.L. citado).

De outro lado, 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 à regra de dispensa de licitação (art. 22, IV, do Decreto-Lei nº 2.300, de 1.986).<sup>12</sup>

Imagine-se ainda uma empresa pública que tenha sede na capital e tenha que fazer licitação para atendimento em vários pólos estaduais, quanto não teria que pagar a mais, quando poderia contratar mediante dispensa? Sem dizer que estaria contratando profissionais à escura, quando em caso de Licitação é contratado quem corresponda profissionalmente e seja de confiança?

---

<sup>12</sup> BRASIL. AGU – Advocacia Geral da União - Parecer QG-77. Parecer nº AGU/MF-01/95. Processo nº 00001.000723/92-54. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8256>>. Acesso em: 18 maio 2015.

O pressuposto da exigência de licitação para a contratação de advogados é uma falácia, sob o prisma jurídico, e um sofisma no financeiro.

Por essas pinceladas verificam-se, numa axiologia, que não se podem licitar valores intrínsecos à capacitação profissional, pois o trabalho intelectual não pode ser mensurado objetivamente nem aferir o conhecimento. É impossível licitar coisas heterogêneas. Só se licitam coisas homogêneas, porque se pode estabelecer nesta equivalência um *discrîmen*.

É impossível mensurar rapidamente a capacidade intelectual e o cabedal de cada um. Dentre inúmeros profissionais, cada qual tem uma forma de trabalhar e seu conhecimento. Até o bom senso já diz isso, há muitas gerações.

Não se pode dar o mesmo tratamento dos serviços profissionais intelectualizados, aos serviços técnicos intelectualizados e aos serviços técnicos operacionais e tratá-los como se fossem iguais, criando para todos única figura: os serviços técnicos profissionais especializados. Inquestionavelmente, os erros hermenêuticos emergem e a confusão se instaura.

## **2.2 A Lei de Licitações e a sua incoerência na disciplina dos serviços profissionais de advogado**

Para Hely Lopes Meirelles a inexigibilidade de licitação é “[...] decorrência da impossibilidade jurídica de competição, entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração.”<sup>13</sup>

Diógenes Gasparini complementa: “[...] Assim, ainda que a Administração desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes. Com efeito, onde não há disputa ou competição não há licitação”.<sup>14</sup>

No tangente à dispensa, que são os casos explícitos pela lei, pode-se dizer que há a licitação dispensada, consoante o art. 13 e a dispensável, no art. 24, ambos da Lei de Licitações.

Quanto à dispensa, cataloga Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz:

---

<sup>13</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Célia Marisa Prendes. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996, p. 97.

<sup>14</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 430.

Consoante se nos afigura, as causas ensejadoras de dispensa de licitação podem ser classificadas como seguem: a) dispensa em razão de pequeno valor; b) dispensa em razão do objeto (colocam-se, aqui, duas hipóteses diversas – a do objeto único e a do objeto singular); c) dispensa em razão da situação excepcional; d) dispensa em razão da pessoa contratada.<sup>15</sup>

Todavia, a atual legislação de licitações embaralha as situações de inexigibilidade e de dispensa, porque na norma principal ela, implicitamente, dispensa a licitação ao reconhecer que os serviços técnicos profissionais são especializados, pois não comportam a competição, *in verbis*:

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais **especializados** os trabalhos relativos a:  
I- estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;  
II- pareceres, perícias e avaliações em geral;  
III- assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)  
IV- fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;  
V- patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;  
VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;  
VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.<sup>16</sup>  
[g.n]

Mas na norma secundária ela exige o concurso para tais contratações, conforme art. 13, § 1º:

Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de **concurso**, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.<sup>17</sup> [g.n.]

Equivoca-se ainda mais porque a norma secundária (o parágrafo primeiro do art. 13 da Lei de Licitações) não pode contrariar o *caput* do artigo 13, pois há prevalência sempre da norma principal.

---

<sup>15</sup> FIGUEIREDO, Lúcia do Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa de licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 32.

<sup>16</sup> BRASIL. Art. 13 da Lei 8.666/93.

<sup>17</sup> BRASIL. Lei 8.666/93.

Engana-se, ainda, quando o concurso não é cabível para aquelas hipóteses do art. 13, com exceção do inciso I, porém ela afirma no § 1º do art. 13: “[...] os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração”.

Erra com essa imposição de concurso, porque serviços técnicos profissionais especializados são específicos, que afastam o caráter de competição, e também já reconheceu a doutrina estrangeira, pois:

De fato, há muitos artigos, objetos e produtos cuja fabricação se encontra protegida por privilégios em favor de determinada pessoa e cuja aquisição daria satisfação plena as necessidades da Administração. Porém como estas também podem ser alienadas de conformidade com outros artigos, objetos ou produtos de distinta marca ou classe, o preceito legal não é aplicável.<sup>18</sup>

Como se vê, o concurso seria apenas exigível para os projetos arquitetônicos, os demais casos são de dispensa ou inexigibilidade de licitação, não se excluindo a possibilidade de também ser caso de inexigibilidade, se o contrato for de natureza singular ou empresa ou profissional de notória especialização.

Constata-se que o projeto arquitetônico é específico para concurso, entretanto, a modalidade de concurso foi ampliada e generalizada para as outras hipóteses do art. 13, quando não poderia ter acontecido essa generalização, pois os demais casos previstos para a realização de concurso são incompatíveis com esta modalidade.

O que se pretendeu ressaltar naquela exegese histórica é que, no afã de constitucionalizar a licitação e generalizá-la, a Lei de Licitações, que outrora fora sensata em já reconhecer a dispensa da licitação para a contratação de serviços profissionais, além de extraviar-se em termos de coerência, perdeu-se em casos de licitação dispensada, de licitação dispensável e de inexigibilidade,

---

<sup>18</sup> SAYAGUES LASO, Enrique. *Op. Cit.*, p. 53. Tradução livre do autor. Original: En efecto, existen muchos artículos, objetos o productos, cuya fabricación se encuentra protegida por privilegios en favor de determinada persona y cuya adquisición satisfaría plenamente las necesidades de la Administración. Pero como éstas también pueden ser llenadas a entera conformidad con otros artículos, objetos o productos de distinta marca o clase, el precepto legal no es aplicable.

dando tratamentos inconciliáveis com suas próprias normas, numa ilogicidade intrínseca, quando o intérprete mergulha em sua profundidade.

Basta verificar que, para efeitos de inexigibilidade de licitação, pode haver a “[...] contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização [...]”, como dispõe o art. 25, inciso II, da Lei de Licitações. Ora para causa jurídica de natureza singular, exatamente pela sua singularidade e especificidade, não há especialização, nem mesmo no sentido de repetitividade de causas, porquanto se trata de matéria pouco conhecida e difundida entre os técnicos da mesma profissão. Como exigir a notória especialização se o serviço técnico é de natureza singular?

Eis o erro evidente da lei: a natureza singular está vinculada ao serviço técnico, a notoriedade ao profissional, porém ela toma por premissa do serviço técnico para estabelecer uma conclusão com o profissional. Compara situações heterodoxas, para querer extrair uma síntese homogênea, engendrando, pois, uma situação totalmente disparatada.

A função da hermenêutica é exatamente impedir as excentricidades da norma a fim de que o aplicador afaste sua aplicação, uma vez que a imprecisão das palavras jurídicas pode levar a conceitos indeterminados ou abertos.

A propósito, relembre-se a abordagem de Eros Roberto Grau:

A dispensa de licitação só se torna possível na ocorrência de um antecedente, definido na viabilidade da realização da licitação. Ora, a licitação é processo que só pode se materializar se a ele ocorrer mais de um licitante. Não havendo senão um licitante, não haverá a competição licitatória; nem a possibilidade de escolha, pela Administração, da melhor proposta.<sup>19</sup>

Essas normas licitatórias na vida prática criam um caos jurídico – basta ver o número de ações contra advogados propostas pelo Ministério Público ou ações populares e pareceres de exigibilidade de licitação por alguns tribunais de contas – quando a missão de uma lei é trazer a segurança jurídica (preâmbulo da CF/1988), mas ela trouxe a balbúrdia.

---

<sup>19</sup> GRAU, Eros Roberto. Licitação – Serviços técnicos especializados – Firma de notória especialização – Conceitos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 75, p. 237-245, jul-set1985, p. 242.

Assim, quem defende o legalismo, aplicar-se-á a norma, mesmo com sua ilogicidade e desvario; para quem prima por valores, desbastam-se os equívocos legislativos e aplica-se a parte da norma que for coerente, quando puder ser aplicada, evidentemente. Muitas vezes aplicar a lei com suas incoerências é trazer mais insegurança jurídica do que se a norma não existisse. Mas, o normativismo, endeusando a norma, não percebe essas incongruências, quando, apenas, estas apontadas, já impede a aplicação daquela, porque causará maior confusão.

Ainda: um aplicador toma por base a natureza singular do serviço técnico, outro a notoriedade do profissional, e instaurar-se-á a insegurança jurídica. Lei que cria insegurança jurídica não detém a legitimidade intrínseca de sua teleologia, porque fere de morte a segurança jurídica e o bem estar coletivo.

Em verdade, ao lado da inexigibilidade de licitação, a Lei nº 8.666/93 criou três tipos de dispensa de licitação: um especial, estatuído nos serviços técnicos profissionais especializados (art. 13 da Lei de Licitações), um específico da licitação dispensada (art. 17 da Lei de Licitações) e outro geral, com base em diversos fatores (guerra, emergência, abastecimentos de navios, etc.) enfim, os casos minudentemente elencados no art. 24 da Lei de Licitações.

Analise-se agora uma incoerência ainda maior: o art. 25 da Lei de Licitações, no inciso II diz:

Art. 25.É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II- para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;<sup>20</sup>

No art. 13 cria-se uma dispensa implícita; mas mesmo que não tivesse sido criada a dispensa, agora, a Lei de Licitações insere dois requisitos que, para o art. 13, não eram exigidos: o de natureza singular e profissional ou empresas de notória especialização.

Ora, a própria lei – partindo-se da premissa de que não usa palavras inúteis (*verba cum effectu, sunt accipienda*) – quando ela reconheceu os serviços técnicos profissionais especializados já o reconheceu como casos especiais, e

---

<sup>20</sup> BRASIL. Art. 25 da Lei 8.666/93.

o que é especial devem ser tratados como tal, contudo no art. 25 acrescenta mais duas condições, tratando a dispensa como se fosse inexigibilidade.

Verifica-se que a Lei de Licitações cria um sistema de dispensa e outro de inexigibilidade, totalmente distintos, porém depois faz uma fusão, (quando acrescenta: “de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização”), quando são inconciliáveis. Essa lei ficou tão excêntrica, que trata coisas distintas como se fossem iguais. É uma ilogicidade criando e fomentando outra como loucos entusiasmados em suas fantasias em nosocômio.

Pode-se fazer um paralelo com o direito tributário: a Lei de Licitações quis criar o sistema da inexigibilidade, que seria idêntico à imunidade tributária, não há qualquer incidência, assim na inexigibilidade não há mínima possibilidade de licitação, pois qualquer competição fica afastada, ante a sua inviabilidade; na dispensa seria idêntico à isenção. Embora possa ocorrer a incidência tributária, a lei dispensa do recolhimento do tributo, da mesma forma com os serviços técnicos profissionais especializados, porque sendo serviços especializados, não há razão para se realizar licitação.

Dessa forma, na dispensa há possibilidade de licitação, mas a lei a faculta, permitindo que não exista; na inexigibilidade, a competição é completamente afastada, por ser inviável, seja em razão da existência da singularidade dos serviços, seja pela existência de único objeto, ou única pessoa com notoriedade que atenda às necessidades da Administração Pública; ou quando a própria lei, por razões relevantes, determinar a contratação direta.

Todavia, numa hermenêutica sistemática e gramatical, constata-se que o art. 25 ao normatizar sobre a dispensa, ainda criou o *discrímen* que o art. 13 não o fez, e impôs critérios aplicáveis à inexigibilidade e não a dispensa. Em termos de lógica: para o art. 13 impõe-se a condição A, para o art. 25, além da condição A, a obrigação B.

Depreende-se que o inciso II do art. 25 da Lei de Licitações deveria simplesmente ser excluído, partindo-se da premissa que a parte lógica deve ser acolhida e repelida a incoerente. Admitir a sua existência é reconhecer que a lei não sabe do que está falando, tratando coisas desiguais como se fossem iguais.



### **3. AS POSIÇÕES DIVERGENTES EXISTENTES NA JURISPRUDÊNCIA DO PAÍS ACERCA DE LICITAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PROFISSIONAIS DE ADVOGADO**

Existem divergências de interpretações a respeito de contratação de serviços profissionais de advogado pelo Poder Público pelos tribunais brasileiros. Parte da jurisprudência reconhece a necessidade de licitação.

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADO DE ADVOCACIA. REQUISITOS DA SINGULARIDADE DO SERVIÇO E DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 13 E 25) E À LEI DE IMPROBIDADE (ART. 11, LEI 8.429/92).<sup>21</sup>

[...] Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Contratação de serviços de advocacia sem licitação. Ato ímprobo por atentado ao princípio da legalidade, que rege a administração pública. Sanções do art. 12 da lei de improbidade. Cumulação de penas. Desnecessidade. Dosimetria das penas.<sup>22</sup>

De outro lado, entende-se a desnecessidade de licitar serviços advocatícios. Nesse sentido, reflete as seguintes decisões:

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.<sup>23</sup>

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO

---

<sup>21</sup> BRASIL. STJ/SP. RESP 488.842.

<sup>22</sup> BRASIL. STJ/MG. REsp 1038736 (2008/0053253-1).

<sup>23</sup> BRASIL. STJ. REsp nº 1.192.332/ RS (2010/0080667-3).

ART. 535, II DO CPC NÃO CONFIGURADA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADOS SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA E DO EFETIVO DANO AO ERÁRIO NECESSÁRIOS PARA A CONFIGURAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE PREVISTOS NO ART. 10 DA LEI 8.429/92. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PRÉVIO PARA JUSTIFICAR A DISPENSA OU A INEXIGIBILIDADE QUE SE TORNA IRRELEVANTE PARA O CASO, PORQUANTO, POR SI SÓ, NÃO CONFIGURA ATO DE IMPROBIDADE. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DESPROVIDO.<sup>24</sup>

Por sua vez, o Ministério Público deduz que há a necessidade de licitação para a contratação dos serviços da advocacia, tendo ingressado com inúmeras ações de improbidade contra advogados; algumas ações, equivocadamente, intituladas de *AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA*<sup>25</sup>, porque pelo princípio da taxatividade da ação, ou é ação civil pública ou de improbidade administrativa.

Quanto a exigência de licitação, da mesma forma, entendem os Tribunais de Contas:

O Relator, em linha de consonância com a unidade técnica e com o Ministério Público/TCU, ao refutar os argumentos do recorrente, ressaltou “que a jurisprudência deste Tribunal está há muito consolidada no sentido de que o serviço de advocacia só pode ser contratado sem licitação se o for junto a um profissional (ou escritório) de notória especialização e desde que se trate de serviço de natureza singular”. E mais: a contratação direta só pode ser admitida, conforme consignado no Voto condutor da Decisão nº 314/1994 - 1ª Câmara, em “ocasiões e condições excepcionalíssimas, quando o serviço a ser contratado detenha inequívocas características de inédito e incomum, jamais rotineiro e duradouro”. Valeu-se, também, de ensinamentos de Marçal Justen Filho (in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 12ª edição), segundo os quais a natureza singular configura “situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional ‘especializado’ [...]” – grifos do relator. Concluiu, então que, a despeito de restar demonstrada a notória especialização do escritório contratado, “[...] o recorrente não conseguiu comprovar a singularidade do objeto contratado, eis que não se identificou, entre as atividades acima

---

<sup>24</sup> BRASIL. STJ. REsp nº 1174778 / PR. Data 24/09/2013.

<sup>25</sup> BRASIL. TJ/PR. Comarca Maringá. Ação Civil Pública de Responsabilidade por ato de Improbidade Administrativa. nº 000.404/2000.

listadas, 'qualquer serviço excepcional, incomum à praxe jurídica' [...]" O Tribunal, ao acolher proposta do relator, decidiu conhecer o recurso do citado responsável, mas negar provimento a esse recurso. Precedente mencionado: Decisão nº 906/97 - Plenário. Acórdão n.º 3924/2012 - Segunda Câmara, TC 012.314/2005-6, rel. Min. José Jorge, 5.6.2012.<sup>26</sup>

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADO DE ADVOCACIA. REQUISITOS DA SINGULARIDADE DO SERVIÇO E DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 13 E 25) E À LEI DE IMPROBIDADE (ART. 11, LEI 8.429/92). APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL (ART. 12, III, LEI 8.429/92).<sup>27</sup>

A propósito, Mauro Roberto Gomes de Mattos leciona:

[...] a Lei n.º 8.429/92 por possuir caráter aberto, possibilita ao Ministério Público o manejo indevido de ações de improbidade administrativa. É necessário um devido amadurecimento e senso de responsabilidade do Ministério Público quando da sua faculdade de ajuizar ação de improbidade administrativa, pois o uso da jurisdição deve ser responsável, sob pena de configurar-se abuso de poder de acionar.<sup>28</sup>

Assim, tanto o MP quanto os Tribunais de Contas exigem a licitação ao Poder Público na contratação do advogado, sob a modalidade de concurso. Tais entendimentos, *data venia*, são absolutamente falaciosos.

#### **4. DA IMPOSSIBILIDADE DA MODALIDADE CONCURSO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS INTELCTUALIZADOS**

---

<sup>26</sup> GONZAGA, Fábio dos Santos. *A obrigatoriedade de licitação para a contratação de serviços advocatícios pela administração pública: possibilidades e limites jurídicos*. Publicado em 04/2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24275/a-obrigatoriedade-de-licitacao-para-a-contratacao-de-servicos-advocaticios-pela-administracao-publica-possibilidades-e-limites-juridicos/2#ixzz2ogROt4x4>>. Acesso em: 27 dez. 2013.

<sup>27</sup> BRASIL. MP/SP. RESP 488.842 - Contratação de advogado sem licitação. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_cidadania/Licitacao/Jurisprudencia\\_Licitacao/juris\\_advogado/resp%20488842.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Licitacao/Jurisprudencia_Licitacao/juris_advogado/resp%20488842.pdf)>. Acesso em: 03 set. 2015.

<sup>28</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Acumulação irregular de cargos. *Apud*. MAZZUOLI, Valerio; ALVES, Waldir. *Acumulação de cargos públicos: uma questão de aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013, p. 78.

De acordo com o que dispõe o art. 13 da Lei de Licitações, a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverá “preferencialmente” ser realizada mediante concurso.

Desse modo, colhe-se pela pesquisa doutrinária e jurisprudencial que a modalidade de licitação exigida para a contratação do advogado é o concurso.

A doutrina tem acompanhado aludida norma.

Jessé Torres Pereira Junior confirma, “A Lei nº 8.666/93 inova ao nomear o concurso como modalidade de licitação que melhor se ajusta a escolha da proposta mais vantajosa para a prestação de serviço técnico especializado”.<sup>29</sup>

Também reafirma Marçal Justen Filho:

Quando não for cabível a contratação direta (fundada no art. 25), a licitação para contratação de serviços técnicos profissionais especializados far-se-á preferencialmente na modalidade de concurso. Essa é a solução mais adequada, pois o concurso exige uma evidenciação concreta das habilidades do interessado.<sup>30</sup>

A jurisprudência também ampara o que tem sustentado aquela doutrina, como se observa no seguinte julgado:

Recurso *ex officio* e Apelações Cíveis. Ação de Improbidade Administrativa. Pretensão do Ministério Público de anular ato do Prefeito de Brodowski que constituiu Comissão de Licitação composta exclusivamente de servidores comissionados, com mandatos que ultrapassaram o prazo admitido pela Lei n.º 8.666/93, e de todos os contratos firmados por intermédio de licitações das quais tenha a referida Comissão participado; de anular, também e especialmente, a contratação de advogado, efetivada mediante licitação, com fundamento na participação da referida Comissão e no fato de que a contratação de profissionais para desempenhar serviços advocatícios gerais, sem qualquer especificidade, deve se **dar mediante concurso público**. Pretensão, ainda, de aplicação aos membros da comissão, ao advogado contratado, ao Prefeito e ao Procurador Geral do Município (que emitira parecer favorável aos atos impugnados) das sanções cominadas a atos de improbidade administrativa.

[...] Violação, entretanto, do disposto no art. 51, caput, da Lei n.º 8.666/93. Inaplicabilidade do § I, do referido dispositivo ao caso dos autos. Ilegitimidade das investidas na Comissão que não induz a nulidade de todos os contratos firmados mediante

---

<sup>29</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Op. Cit.*, p. 87.

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11. ed. São Paulo: Dialética. 2005, p. 133.

licitações das quais esta participou. Ponderação de valores impossível no caso dos autos, eis que inviável aquilatar, minuciosamente, dos impactos da anulação de cada um dos contratos. Contratação de advogado para serviços jurídicos genéricos que não justifica a abertura de licitação. **Exigência de concurso público, nos termos do art. 37, inc. II, da CF/88, e do art. 13, § 1, da Lei n.º 8.666/93.** Inviabilidade de reposição aos cofres públicos, dos valores pagos ao advogado, já que não há prova de que os serviços não foram prestados. Inteligência do parágrafo único, do art. 59, da Lei n.º 8.666/93. Prejuízo ao erário não configurado. Condenação dos réus por improbidade administrativa. Inadmissibilidade. Ausência de má-fé. Violação a princípios a que submetida a Administração Pública que não advieram de conduta dolosa ou desonesta dos agentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Sentença reformada, para afastar a obrigação de ressarcimento ao erário e as demais sanções impostas ao Prefeito. Recursos do Prefeito e do Município parcialmente providos e recursos *ex officio* e voluntário do Ministério Público não providos. <sup>31</sup> [g.n]

Contudo, *data venia*, tais conclusões são totalmente equivocadas.

A análise foi superficial, sob três aspectos.

Primeiro, o concurso é a única modalidade que permite a licitação para serviços técnicos predominantemente intelectualizados, pois sua ênfase é a subjetividade. A doutrina quer se cegar dizendo que, mesmo no concurso, há critério objetivo. Então, coloquem-se à frente de uma comissão os projetos arquitetônicos dos melhores arquitetos (Cesar Pelli, Cacatrava, Domenech, Mies Van Der Rohe, Yamazaki, Niemeyer, Foster, Kahn, Utzon) qual será o projeto preferido? Coloque para uma comissão feminina: uma rosa rubra, uma amarela e uma branca, qual será a preferida? Coloque para uma comissão de apreciadores de bebidas: cerveja, uísque, vinho, vodca, qual será a bebida preferida? É óbvio que em todos esses casos estamos frente a critérios subjetivos!

Segundo, quando a lei diz “preferencialmente na modalidade de concurso” (cfe. art. 13, §1º da Lei de Licitações), julgou o legislador que seria o critério mais pertinente e correlato às suas finalidades, entretanto, ele forcejou uma situação, pois o fato não se enquadra na norma. A lei não percebeu que há diferenças abissais entre os serviços profissionais intelectualizados, serviços técnicos especializados e os serviços técnicos operacionais, mas os tratou como

---

<sup>31</sup> BRASIL. STJ/SP - APL: 994050330573 SP. Jul. em 09/08/2010. [g.n]

se fossem iguais, criando para todos única figura: os serviços técnicos profissionais especializados.

Inquestionavelmente, os erros hermenêuticos emergem diante da questão fática e, assim, a confusão se instaura e surge como consequência a insegurança jurídica.

Terceiro, a forma “preferencial” de licitação, pela lei – o concurso – é absolutamente inviável para os serviços predominantemente intelectualizados, tais como são os serviços da advocacia. Extrai-se que o legislador perdeu-se em sua rota normativa.

Sinteticamente: a preferência da lei é uma utopia, porquanto o concurso se torna impossível, fática e juridicamente, para a contratação dos serviços de advogado (bem como para diversos outros serviços profissionais intelectualizados), como será examinado.

O que é o concurso?

Responde a Lei de Licitações, com as alterações posteriores, no § 4º do art. 22:

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.<sup>32</sup>

O concurso, segundo o modelo da atual Lei de Licitações é um dos tipos de licitação, cujo objetivo visa abranger os serviços técnicos, científicos e artísticos. Dá-se relevância às condições pessoais do candidato em relação ao que poderá criar, afastando a comparação de preços. Prevalece sempre a melhor qualidade (melhor técnica). Dentro do sistema normativo, o concurso tem por objeto sempre uma obra de arte, oriunda da criatividade e do conhecimento intelectual.

O concurso difere dos demais tipos de licitação, tanto no procedimento quanto no objeto, por ser de natureza especial, uma vez que, mediante a seleção profissional, visa aferir as qualificações profissionais para a execução dos

---

<sup>32</sup> BRASIL. Art. 22 da Lei nº 8.666/93.

serviços intelectualizados. Ou como acentua José Roberto Dromi, o concurso “[...] é um meio de seleção da pessoa mais idônea para executar uma prestação pública, onde se têm em conta, preferencialmente, as condições pessoais do candidato”.<sup>33</sup>

A Lei de Licitações reconhece no art. 13, inciso V que: “Para os fins desta lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: [...] V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”.

Exige, ainda, o § 1º do art. 13 que:

Os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante **a realização de concurso**, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.<sup>34</sup> [g.n.]

Com base em tais pressupostos tem o Ministério Público ingressado com ações contra advogado, os Tribunais de Contas têm exigido a licitação, ou o cidadão mediante ação popular, exigindo a licitação da advocacia, sob a modalidade de concurso.

Indaga-se: é possível o “[...] patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas” (art. 13, V da Lei de Licitações) com a contratação de “[...] técnicos profissionais especializados” (art. 13, *caput* da Lei de Licitações), mediante o procedimento do concurso?

Analise-se. A atividade da advocacia se for enquadrada como um serviço técnico profissional especializado, consoante a Lei de Licitações disse mais do que queria e mais do que devia, porque tal norma é incompatível com a natureza das coisas, uma vez que os serviços técnicos de patrocínio ou de defesa de causas judiciais ou administrativas são totalmente incompatíveis com a modalidade de concurso, pois são serviços profissionais intelectualizados.

A impossibilidade da realização de concurso para a contratação do advogado ocorre nos aspectos factual, temporal, jurídico e teleológico.

---

<sup>33</sup> DROMI, J. Roberto. Procedimento de contratação administrativa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 51/52, p. 65-79, jul-dez 1979, p. 74.

<sup>34</sup> BRASIL. LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 22/07/2018.

Factual. No concurso há necessidade da apresentação do serviço técnico (científico ou artístico) já pronto e acabado. O procedimento do concurso difere dos demais tipos de licitação (concorrência, tomada de preços, convite e pregão). Enquanto nessas outras modalidades o interessado executa o serviço após a seleção da proposta mais vantajosa pelo Poder Público, no concurso ele apresenta antes para a Administração Pública devendo o serviço estar completamente concluído. Assim, o objeto da licitação da modalidade do concurso deve ser entregue pronto e acabado para a avaliação pela Comissão especial de julgamento conforme art. 51º, § 5º da Lei de Licitações:

[...] § 5º No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não.<sup>35</sup>

A atividade do interessado no concurso se exaure no momento que apresenta o seu trabalho para ser julgado pela Comissão.

Infere-se que é impossível o “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas” (cf. art. 13, V da Lei de Licitações) ser apresentado pronto para a Administração Pública, uma vez que seja na fase judicial, seja na administrativa, com a contratação do advogado inicia o desenrolar dos serviços. A tramitação processual é uma relação jurídica de atos contínuos ou intermitentes, mas sucessivos, que, porém, não se concretizam num único ato. Num processo há etapas de defesa, impugnação, produção de provas até sentença, que ainda pode motivar os recursos até ser obtida a coisa julgada. Contudo, jamais haverá a condição de um advogado apresentar a defesa de causa judicial ou administrativa pronta para a Comissão Julgadora, por que: primeiro não é da competência dela analisar e julgar lides forenses ou administrativas; segundo, porque, ainda que, para efeito de argumentação, devesse ser-lhe apresentada a defesa é apenas o princípio do embate processual, com muitos outros atos processuais que virão a ser praticados (audiências, recursos) e o processo não se exaure num único ato.

---

<sup>35</sup> BRASIL. Art. 51, § 5º da Lei 8.666/93.



Evidentemente, no mundo dos fatos, há impossibilidade fática da efetividade de concurso para a contratação de advogado, porque afronta a natureza das coisas.

Temporal. A incompatibilidade temporal se dá porque o prazo de concurso para que haja apresentação do trabalho à Comissão Julgadora é o “conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias”<sup>36</sup>.

Os trabalhos estão prontos quando apresentados à Comissão Julgadora, diferentemente, os da advocacia serão realizados posteriormente.

Depreende-se que a temporalidade de prazo para um concurso não tem simultaneidade com os prazos judiciais ou administrativos, que fluem peremptoriamente. O Código de Processo Civil não espera a realização de concursos pela Administração Pública para, após suspenso, começar o prazo de contestação, ou recursal para o Poder Público, uma vez que os prazos processuais fluem de forma peremptória, exceto se a Administração Pública propinar o Oficial de Justiça, o que não se imagina tal comportamento.

Assim, como o prazo para o Poder Público contestar uma ação é quádruplo, haveria um prazo pela Lei de Licitações de 60 (sessenta) dias para tal. Ocorre que até formalizar a Comissão Julgadora, elaborar o Edital e dar a devida publicidade, com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias (cf. § 4º, do art. 22 da Lei de Licitações), aguardar a coisa julgada administrativa para a contratação, sob a modalidade do concurso, o prazo de sessenta dias já teria fluído; se houver recurso por parte de quem se julgou preterido o prazo é ainda maior até haver a coisa julgada administrativa. Quando a Administração Pública se despertasse para proceder a sua defesa, o prazo teria escoado.

Portanto, temporalmente há impossibilidade de usar o concurso para as lides forenses ou processos administrativos. Concursos são para outros tipos de serviços intelectuais: monografias, teses, projetos arquitetônicos, jamais para a contratação de advogado.

Jurídica. A impossibilidade jurídica ocorre porque o vencedor do concurso não executa o trabalho. O concurso chega ao seu término com a escolha do melhor trabalho técnico, científico ou artístico, entregando-se o

---

<sup>36</sup> BRASIL. Art. 22, § 4º da Lei 8.666/93.

prêmio ao vencedor. Este, não poderá contratar a execução do projeto com a entidade licitante porque, para a execução, haverá a necessidade de nova licitação. Em caso de projeto, o vencedor deverá autorizar a entidade licitante a executá-lo quando julgar conveniente. “Em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente.”<sup>37</sup>. O executor será escolhido mediante licitação, mas o autor do projeto não poderá participar:

Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; [...].<sup>38</sup>

Apenas poderá como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, a serviço da Administração Pública.

O concurso exaure-se com a classificação dos trabalhos e o pagamento do prêmio ou da remuneração, não conferindo qualquer direito a contrato com a Administração. A execução do projeto escolhido será objeto de nova licitação, já agora sob a modalidade de concorrência, tomada de preços ou convite, da qual não poderá participar seu autor, salvo como consultor ou técnico, nos termos do art.9º, § 1º.<sup>39</sup>

O que significa dizer que, mesmo que se tratasse de serviços técnicos especializados da advocacia, o vencedor do concurso não poderia realizar os trabalhos, porque necessitaria contratar outro advogado para a prestação dos serviços advocatícios. Logo, a tese do concurso não possui a mínima solidez jurídica ao desiderato de licitação, porque totalmente impossível e ilógica, uma vez que, em hermenêutica, adota-se a interpretação que evite o absurdo (*Interpretatio illa sumenda quoe absurdum evitetur*).

Imagine-se, entretanto, esse absurdo, ainda apenas para efeito de argumentação, que o concurso fosse pertinente juridicamente para a contratação de advogado: este é selecionado por concurso porque apresentou o melhor trabalho técnico, mas não poderá advogar a causa, porque outro advogado

---

<sup>37</sup> BRASIL. Art. 52, §2º da Lei 8.666/93.

<sup>38</sup> BRASIL. Art. 9º, inciso I, da Lei 8.666/93.

<sup>39</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Célia Marisa Prendes. 11. ed. *Cit.*,p. 83-84.

deverá ser contratado, mediante nova licitação. Um para apresentar a tese, outro para defendê-la. *Mirabile dictu!*

Teleogicidade. O concurso, pela sua finalidade, é selecionar o melhor trabalho técnico, científico ou artístico, pagando ao vencedor um prêmio. Também se torna manifestamente incompatível, porque o advogado apresenta seu trabalho ao juiz ou em caso de defesa administrativa, ao órgão competente, que julga a defesa da entidade pública. Não há possibilidade de escolha de sua defesa administrativa ou judicial ser direcionada a uma Comissão Julgadora, para que venha dizer qual é melhor serviço técnico e depois essa mesma defesa ser apresentada a quem for competente para recebê-la, na via judicial ou administrativa. Com certeza, o prazo já fluiu há muito, ou ainda que não tenha ocorrido, o advogado que for atuar na causa não poderá se apropriar da tese do outro nem assinar a petição como se fosse sua. Logo, o concurso não possui a teleogicidade para lides forenses nem defesas administrativas.

Também, o advogado é remunerado pelo seu trabalho técnico, recebendo honorários, mas não recebe prêmio. Concurso, na área jurídica – frise-se – tem a finalidade apenas de selecionar os melhores textos para publicações em revistas, ou livros. Jamais, para lides forenses ou processos administrativos. O concurso não possui essa finalidade e é incompatível com tal matéria.

Numa hermenêutica histórica verifica-se que o concurso se volta inteiramente para os projetos, ou trabalhos artísticos, tanto que a Lei 5.194, de 24 de dezembro de 1.966, já averbava, no art. 83: “Os trabalhos profissionais relativos a projetos não poderão ser sujeitos a concorrência de preço, devendo, quando for o caso, ser objeto de concurso”<sup>40</sup> e o art. 20, §4º, do Dec. Lei nº 2.300/86, já reservava o concurso para a seleção de “trabalho técnico ou artístico”<sup>41</sup>.

Hely Lopes Meirelles reafirma:

*Concurso* é a modalidade de licitação destinada à escolha de trabalho técnico ou artístico, predominantemente de criação intelectual. É usado comumente na seleção de projetos, onde se busca a melhor técnica, e não o menor preço. Aos classificados

---

<sup>40</sup> BRASIL. Art. 83 da Lei 5.194/66.

<sup>41</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. (REVOGADO)

pode-se atribuir prêmio ou remuneração (arts. 22, § 4º, e 13, §1º).<sup>42</sup>

Patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sequer podem ser cotejadas com os projetos; neste ainda irá se materializar determinada ideia; naqueles há uma urgência na atividade profissional advocatória para que não haja lesão ao patrimônio público.

Parêntese: numa exegese crítica do atual art. 13, a partir do inciso II da Lei de Licitações, são casos de dispensa de licitação, exatamente, por se tratar de serviços técnicos especializados, o que, por si, afasta qualquer critério de competitividade.

É tão ilógico exigir o concurso para referidas atividades, porque um serviço técnico especializado não é apenas teórico para ser apresentado à Comissão Julgadora, mas é apenas uma fase, uma vez que exige depois uma fase concreta para que haja a efetividade daqueles serviços. Numa fase a tese (a exteriorização do serviço intelectual), noutra a efetivação desta (a operacionalização do serviço técnico); numa o delineamento da ideia, noutra a sua concretização.

Frise-se: o concurso é para selecionar profissionalmente o técnico que esteja melhor qualificado para a realização dos serviços técnicos profissionais especializados, contudo a Administração dá o prêmio a quem quer, mas terá que, estapafurdidamente, contratar outro para efetivar aqueles serviços. Assim, para o patrocínio judicial e administrativo, pode-se fazer a assertiva: a Administração Pública contrata quem quer, dentro do princípio da pessoalidade, ínsito ao concurso, mas realiza o serviço técnico profissional especializado com quem não quer, porque outro profissional terá que realizá-lo.

As ilogicidades não cessam nessa análise.

Em vez de a lei declarar tais casos como dispensa de licitação, foi inserido o § 1º, no art. 13 da Lei de Licitações impondo a regra de que “os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso [...]”<sup>43</sup>, quando, tal modalidade não se adequa à maioria dos serviços técnicos

---

<sup>42</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo; Célia MarisaPrendes. 11. ed. *Cit.*, p. 83.

<sup>43</sup> BRASIL. Art. 13, § 1º da Lei 8.666/93.

profissionais especializados previstos no art. 13, de forma idêntica ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas pelo advogado.

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

I- estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II- pareceres, perícias e avaliações em geral;

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

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V- patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII- restauração de obras de arte e bens de valor histórico. <sup>44</sup>

Apenas o art. 13, inciso I, poderia ser objeto de concurso, porque se trata de projetos arquitetônicos.

No concurso – frise-se – o trabalho é apresentado de forma concluída. O interessado apresenta o trabalho artístico, científico ou técnico já pronto e acabado. Praticamente, em todos os casos do art. 13 infere-se a incompatibilidade da sua finalidade.

Analise-se: pareceres, perícias e avaliações em geral (art. 13, II) e assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias (art. 13, III), ora, parecer, perícia, avaliação, assessoria ou consultoria deve estar pronta e concluída, não há razão para o concurso, quando tais serviços serão realizados *a posteriori*.

Fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços (art. 13, IV), pressupõe logicamente a anterioridade de uma obra ou serviço, para que possa ser fiscalizado, supervisionado ou gerenciado, contudo, se apenas um participante do concurso o fizer, perdeu objeto o concurso, porquanto tais serviços serão executados posteriormente.

Treinamento e aperfeiçoamento de pessoal (art. 13, VI), já exauriu o concurso. Restauração de obras de arte e bens de valor histórico (art. 13, VII), se apenas um candidato o fizer, já houve restauração, dispensa-se o trabalho dos demais candidatos. Os mesmos raciocínios se amoldam aos incisos, evidenciando a impossibilidade de concurso para aqueles serviços técnicos, sem

---

<sup>44</sup> BRASIL. Art. 13, § 1º da Lei 8.666/93.

deixar de observar que ocorreria para tais incisos a mesma situação de seleção pela Comissão Julgadora: um técnico recebe o prêmio mediante concurso, porém outro quem irá executar os serviços.

O concurso tem uma teleologicidade: seu objeto é a seleção de serviço de natureza intelectual, voltado ao mundo das ideias, que depois se operacionalizam e se concretizam, contudo para se realizar no mundo fático já não é mais objeto do concurso. Se se olvidar essa premissa, a lei se perde como se perdeu e os doutos exegetas afoitos para ingressar com ações sequer perceberam estas minudências. O serviço do advogado é predominantemente intelectualizado, porém ao se concretizar no mundo fático, já **não pode ser objeto de concurso**.

Tais fatos vêm corroborar que efetivamente são casos de inexigibilidade de licitação e a exigência do concurso foi um procedimento que colide com a natureza das coisas, sendo totalmente impossível, material e juridicamente para os serviços de advocacia. Quis a lei generalizar a licitação sem perceber a sua incompatibilidade a determinadas especificidades absolutamente fáticas. A lei fez como um pesquisador sem domínio científico: o morcego tem asas, então é ave.

Há outra observação relevante. O concurso tem uma finalidade social, pois costumeiramente é usado para um trabalho artístico (seleção de música, obras literárias, pinturas, poesias, contos), e como se considera um projeto arquitetônico também uma obra de arte, ampliou-se a sua abrangência. Todavia, apenas no inciso I, se faz menção a “projetos básicos”. Nos demais itens, o concurso não se adequa, ou seja, um instrumento jurídico específico para determinado serviço (projeto) foi ampliado de forma inadequada e incompatível, porque são casos de dispensa de licitação.

Ivan Barbosa Rigolin analisa com profundidade a impossibilidade jurídica de licitação, percebendo as diferenças entre os serviços intelectualizados e os serviços técnicos operacionais, nesses casos:

Pode, entretanto, de outra natureza ser o impedimento à licitação de certos serviços técnicos profissionais especializados, como é por exemplo o impedimento puramente *jurídico* de se colocar em disputa a contratação de um estudo técnico, um parecer científico, uma perícia, um serviço de treinamento pessoal. O impedimento jurídico em licitar nesses

casos ocorre porque, simplesmente, não há como descrever os objetos, nem como para sua elaboração exigir um roteiro predeterminado, de modo que resta inviável a disputa. A natureza de todos os exemplos dados é singular; nenhum trabalho, após realizado, será sequer semelhante a outro, e se o for será por mera coincidência. Diferente é neste aspecto a contratação de um serviço de vigilância, de taquigrafia, de análise laboratorial ou de terraplenagem, pois, conhecendo-se exatamente o que se deseja obter ou saber, e existindo infindáveis possíveis prestadores do mesmo, idêntico, trabalho, imperativa se torna a licitação prévia ao contrato.<sup>45</sup>

Depreende-se que as incompatibilidades do art. 13 e seus incisos, com exceção do I, da Lei de Licitações tornam inviáveis juridicamente a modalidade de concurso, por uma das impossibilidades: factual, temporal, jurídica ou de teleogicidade, bastando fazer o esquadramento da norma com o fato, tal como o cotejamento com o patrocínio de causa pelo advogado, exposto anteriormente.

Corolário: o condicionamento do concurso como meio de licitação para os serviços técnicos profissionais especializados voltados a patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas é uma norma cujo fundamento jurídico não se pode dar (*cujus ratio reddi non potest*), por total incompatibilidade. Excetuando, o inciso I do art. 13, ocorre a mesma conclusão com os demais incisos. Logo, o concurso é imprestável e impossível para a licitação dos serviços da advocacia.

Poderia aqui encerrar o debate jurídico depois de demonstrar as incongruências da norma e dos seus aplicadores. Entretanto, outras reflexões merecem ser focadas.

## **5. DA COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E DA EFICIÊNCIA E OS SERVIÇOS PROFISSIONAIS INTELECTUALIZADO DE ADVOGADO**

Pretende-se, aqui, fazer uma análise pormenorizada, uma vez que a matéria exige maior reflexão, começando com a ponderação de princípios, porque há uma colisão destes.

---

<sup>45</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Op. Cit.*, p. 148.

A Constituição Federal no Capítulo VII, quando trata da Administração Pública, enumera em seu art. 37, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros.

No entanto, em termos de princípios, mesmo que fosse cabível, em tese, a licitação para serviços profissionais intelectualizados de advogados, estariam sendo prestigiados pela Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, os princípios da moralidade administrativa, impessoalidade e da isonomia, quando o principal deles para a prestação de serviços – o da **eficiência** – está sendo relegado, quando se deve obter o melhor resultado para o Poder Público.

Paradoxalmente, quando a Administração Pública adota a eficiência, selecionando os melhores advogados para defendê-la, são taxados de corruptos pelo Ministério Público. Ou será que a ineficiência no Brasil já começa na hermenêutica? Ou estamos institucionalizando o farisaísmo legal? Ou enaltecendo a miopia jurídica?

Com efeito, a norma é o gênero, e por sua vez, regras e princípios são as espécies normativas. No entanto, apesar de completamente distintas, tanto as regras quanto os princípios emitem enunciados sobre um dever ser.<sup>46</sup> Contudo, a colisão de princípios<sup>47</sup> deverá sempre ser analisada caso a caso.

Quando se verifica uma situação de tensão entre os princípios da legalidade e da eficiência, deverá ser feito o sopesamento, como ocorre no caso em tela, para indicar qual dos interesses tem maior peso, visto que abstratamente os princípios estão no mesmo nível. Por isso, se diz que a precedência entre os interesses é abstrata ou relativa e está sempre condicionada a uma relação, e o peso será maior ou menor de acordo com as condições de precedência.<sup>48</sup>

Portanto, observa-se que se faz necessário o uso da ponderação quando os métodos tradicionais não são suficientes para resolver questões de interpretação constitucional.

---

<sup>46</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editores Malheiros, 2017. p.86 e 87.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 93 e 94

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. Ob. cit., p.93-100.



Nesse cenário, segundo Luís Roberto Barroso<sup>49</sup>, surge a necessidade da utilização da técnica da ponderação de normas, bens ou valores. Assim, o intérprete diante do caso concreto deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e os interesses em disputa, preservando o máximo de interesses de cada um deles. Poderá ser impossível a compatibilização, neste caso, o intérprete deverá fazer escolhas e, assim, determinar o direito que irá prevalecer, para realizar a vontade constitucional.

Sob outro aspecto, parte da doutrina faz a diferença entre razoabilidade e proporcionalidade, afirmando Humberto Ávila que razoabilidade:

É usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa<sup>50</sup>.

De outro lado, proporcionalidade, segundo o referido autor não se confunde com a ideia de proporção:

Ela se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).[...] Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico<sup>51</sup>.

Em outro sentido Luís Roberto Barroso<sup>52</sup>, emprega o princípio da razoabilidade-proporcionalidade de modo fungível, quando o princípio da

---

<sup>49</sup> BARROSO, Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 14.

<sup>50</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p.94.

<sup>51</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p.104 e 105.

<sup>52</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo / Luís Roberto Barroso. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 343.

razoabilidade permite a invalidação de atos legislativos e administrativos quando: a) não há adequação entre o fim e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja necessária, pois há meio alternativo menos gravoso para chegar ao resultado (necessidade/vedação do excesso); c) o que se perde com a medida é maior do que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).

Por conseguinte, quando ocorre colisão ou conflito entre princípios o impasse deve ser resolvido pela técnica da ponderação, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com a finalidade de harmonizar a aplicação do direito de acordo com a apresentação do caso concreto.

Portanto, para eliminar qualquer dúvida sobre se há dispensa de licitação no caso de “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”, têm-se os princípios da eficiência e da razoabilidade, que sepultam as pretensões de entendimentos que insistem *contra legem* na licitação para a contratação dos serviços dos advogados, mesmo porque os princípios normalmente invocados pelos membros do Ministério Público de moralidade e de legalidade são princípios genéricos que não se sobrepõem ao da eficiência, que é específico e predomina sobre a contratação de um profissional.

O princípio da eficiência “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”.<sup>53</sup> Por esse princípio, que é decorrência do reconhecimento da Lei de Licitações, quanto aos serviços técnicos especializados e dos intelectualizados, a Administração deve primar na escolha dos advogados que possam defendê-la. Afinal, são matérias complexas, causas polêmicas, assuntos intrincados, assessorias específicas, ou causas que exigem acompanhamento mais célere, ou até mesmo uma concentração no trabalho e esforços para rápida solução dos problemas, ainda que seja uma atuação extrajudicial. Tal se dá, por exemplo, com a liquidação de empresas vinculadas à Administração Pública. Prepondera a qualidade do profissional contratado, ou em defesas de Contrato de Aro – Contrato de Antecipação de Receitas Orçamentárias e outras causas singulares, polêmicas ou complexas:

[...] Trata-se da contratação de sociedade de advogados notoriamente especializados em Direito Bancário, para

---

<sup>53</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 94.

ajuizamento de ações de repetição do indébito por pagamento de juros excessivos em operações de antecipação de receita orçamentária (ARO), providência adotada por recomendação do Egrégio Tribunal de Contas. Bem examinada a hipótese, se verificou a presença da singularidade do objeto e a notória especialização da sociedade de advogados contratados. Assim como nesse, em outro seria possível a contratação direta.<sup>54</sup>

Contratar qualquer advogado, embora todos possam patrocinar referidas causas, é ir contra tal princípio, porque a seleção centrada no menor preço nivela por baixo, revelando às claras a incompetência administrativa na escolha de quem deve patrocinar a defesa jurídica, que indubitavelmente, devem ser os mais capacitados.

Lembra Alberto Zacharias Toron:

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 contratante e contratado.<sup>55</sup> [g.n.]

Portanto, a norma expressa no art. 13, a partir do inciso II da Lei de Licitações é insofismavelmente caso de inexigibilidade de licitação. Além de ser reconhecida a impossibilidade de licitar trabalhos intelectuais, ainda expôs a presunção *iure et iure* da melhor técnica, expressando também que a impossibilidade do procedimento licitatório nas hipóteses de contratação de advogado é material, e não jurídica, porque prevalece o critério da confiança do administrador público no advogado contratado, uma vez que reconhece os serviços profissionais como intelectualizados.

Conforme manifestação proferida pelo Ministério Público do Estado do Paraná sobre licitação de serviços advocatícios:

“Ocorre, além disso, que a licitação pressupõe julgamento objetivo, e escolha, entre dois ou mais objetivos equivalentes, *i.e.*, idênticos, daquele que melhor atende os interesses da Administração. No caso dos serviços advocatícios, em primeiro lugar não existem dois objetos idênticos, em

---

<sup>54</sup> JÚNIOR, Eduardo Martins. *República e Isonomia* - Licitação e sua inexigibilidade na contratação de serviços advocatícios pelo Poder Público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 12, n. 47, p. 99-144, abr-jul.2004, p. 132.

<sup>55</sup> TORON, Alberto Zacharias. Prerrogativas profissionais e Cidadania: Duas Palavras. *Revista do Advogado*, ano XXVII, vol. 93, p. 11 - set. 2007.

segundo lugar é impossível a comparação objetiva entre os trabalhos de dois advogados, e em terceiro lugar o fator custo não é o determinante. [...] Está claro que a definição da “vantogidade” da contratação deste ou daquele advogado para patrocínio jurídico não pode ser averiguada pelos critérios de julgamento que a licitação admite. Não se poderia efetuar a escolha com base no critério do menor preço, por hipótese, porque em tal situação o serviço mais barato não é necessariamente o mais vantajoso, já que a qualidade, no tema em exame, é essencial. E essa qualidade é insuscetível de comparação objetiva.”<sup>56</sup>

Diz o Desembargador Relator Luiz César de Oliveira na Apelação Cível nº 131142-8 quanto ao fator confiança:

Neste passo, tome-se em conta que a prestação de serviço de advocacia envolve uma relação pessoal e de confiança, na qual são estimados os atributos pessoais, profissionais e morais do contratado, em função dos interesses da administração pública e do desempenho colimado. Assim, além do que já foi precedentemente ponderado, não há como mais enfrentar, em decisão judicial, o aspecto da oportunidade e conveniência da contratação, sem invadir o âmbito da discricionariedade do administrador, em outras palavras, o mérito do ato administrativo.<sup>57</sup>

É no mesmo sentido o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

[...] CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO – DISPENSA DE LICITAÇÃO – Serviço singular justifica a contratação de profissional de notória especialização pelo critério da confiança, não se mostrando apropriada, nem legalmente exigível, a licitação – Improbidade não configurada, considerada também a moral administrativa e o interesse público. (Também os Acórdãos no julgamento da Apelação nº 165.432-54/4-00, confirmada nos Embargos de Divergência de nº 165.432-5/8-02, que foram referendados pelo Egr. STJ em julgamento do Recurso Especial nº 785.540-SP, Rel. o eminente Ministro Luiz Fux 1ª Turma, unânime, em 27.11.2007).<sup>58</sup> [g.n.]

Não se pode escolher qualquer um seja pelo conhecimento seja pela confiança. O administrador irá selecionar, dentre a gama existente de

<sup>56</sup> BRASIL. Ação civil pública. 4ª Vara Cível de Maringá. Processo nº 0404/2000.

<sup>57</sup> BRASIL. STJ/PR. Apelação Cível nº 13.1142-8. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4956445/apelacao-civel-ac-1311428-pr-apelacao-civel-0131142-8/inteiro-teor-11480794>>. Acesso em: 20 jul. 2015. [g.n.]

<sup>58</sup> BRASIL. STJ/SP. Apelação Cível nº 92.690-5. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1205505704174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015. [g.n.]

profissionais, aquele que realmente irá corresponder plenamente ao objeto contratual, ou que potencialmente esteja apto a desenvolver o melhor trabalho. Enfim, aquele que melhor lhe transmite confiança, quanto ao objeto contratual, na obtenção de melhor resultado.

Ao Executivo, evidentemente, orientado pela Procuradoria, cabe aferir, dentro da margem de discricionariedade que lhe confere a Lei de Licitações, e dos critérios de confiança, a capacitação profissional daquele que irá prestar o serviço técnico profissional intelectualizado. Aliás, não pode o Ministério Público, fiscal da lei, querer administrar no lugar do Executivo, usurpando a função deste, ante a privativa discricionariedade conferida ao Executivo. Não é caso de competência concorrente entre o Executivo e o Ministério Público. Deve-se respeitar o princípio da justiça.

Destarte, por qualquer ângulo que se analise, não se há de falar em exigibilidade de processo licitatório seja porque Lei de Licitações não percebeu a inexigibilidade de licitação para os serviços profissionais intelectualizados, mas optar-se pelo enquadramento da Lei de Licitações, então será como serviços técnicos profissionais especializados, os quais já são reconhecidos por aquela lei como especializados, o que é típico caso de dispensa. Todavia, mesmo com tal enquadramento não se muda a natureza das coisas: os serviços profissionais intelectualizados serão sempre casos de inexigibilidade de licitação.

A propósito foi nesse sentido que entendeu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

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. <sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> BRASIL. STJ. Resp/RS 1192332 (2010/0080667-3 - 19/12/2013). Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento)>.

Sobre a decisão supracitada o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, acrescenta:

[...] 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”.

[...] a quantia contratada não se mostra excessiva para a remuneração de um advogado, principalmente considerando-se todos os fatores subjetivos que influenciam os valores, como a confiança, singularidade do serviço e sua natureza intelectual.

“A singularidade dos serviços prestados pelo advogado consiste em seus conhecimentos individuais, estando ligada à sua capacitação profissional, sendo, desta 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)”, [...]. Com a decisão, fica afastada a tipificação de improbidade administrativa.<sup>60</sup>

E no HC n. 29.155, o Ministro Paulo Medina reafirma a inexigibilidade de licitação, e assevera:

[...] “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.” (HC n. 29.155, STJ, rel. Ministro Paulo Medina, julgado em: 28/06/2005.<sup>61</sup> [g.n.]

Dessa forma, verifica-se que os serviços profissionais intelectuais são casos de inexigibilidade de licitação.

Infere-se que no passado era inexigível a licitação para o advogado e outros labores intelectualizados, continua e continuará no futuro, porque há impossibilidade jurídica e material de se proceder a licitação.

---

asp?sSeq=1278654&sReg=201000806673&sData=20131219&formato=PDF>. Acesso em: 20 jul. 2015.

<sup>60</sup> BRASIL. STJ – O Tribunal da Cidadania. *Portal do Superior Tribunal de Justiça*. Coordenadoria de Editoria e Imprensa. Artigo publicado em 21/11/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Advogado-poder-ser-contratado-sem-licita%C3%A7%C3%A3o](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%9Altimas/Advogado-poder-ser-contratado-sem-licita%C3%A7%C3%A3o)>. Acesso em: 27 dez. 2013.

<sup>61</sup> BRASIL. HC nº 29.155. Julgado em 28/06/2005. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/11180/habeas-corpus-hc-29155/inteiro-teor-100020517>>. Acesso em: 20 jul. 2015. [g.n.]

## 6. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS DE ADVOGADO

Infere-se da Lei de Licitações que foi ampliada a abrangência do concurso, no afã de obedecer ao comando constitucional da licitação (art. 37, XXI da CF), prestigiando a isonomia e a impessoalidade, sem se analisar a incongruência deste direcionamento, ao fugir do princípio da eficiência. A lei ignorou a realidade dos fatos, quando, no caso, o fato determina a norma, pois ele é a causa e, aquela, o efeito.

Há uma percepção que a lei quis tornar uma forma de dispensa de licitação para os serviços técnicos especializados, porque os serviços técnicos são especializados, e como tal, singulares, porquanto são intelectualizados. Significa que fogem dos comuns, e, se são distintos, pela própria lei o tratamento também se torna diferenciado. É ilógico reconhecer o serviço técnico especializado, e depois submetê-lo à licitação, que caberia para os serviços técnicos comuns. Ou a lei não soube os termos que estava usando, ou fixou a premissa correta, contudo concluiu, equivocadamente, ou se embaralhou no momento da sistematização.

Para que haja a licitação, o pressuposto é a igualdade entre os concorrentes (art. 37, XXI da CF/88), ora se a própria lei já os reconhece como serviços técnicos profissionais especializados, como singulares e específicos, significa que implicitamente está afastando qualquer competição, uma vez que a igualdade apenas se estabelece entre os serviços técnicos operacionais, isto é, os comuns e homogêneos. Entretanto, quando há ênfase quanto aos serviços **especializados** significa que deu preferência ao princípio da eficiência, sobre o da igualdade e o da impessoalidade.

Sabe-se que quando a lei trata uma situação de forma especial, a hermenêutica também precisa reconhecer esses valores e dar o tratamento também excepcional, por que:

As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente (1). Os contemporâneos preferem encontrar o fundamento desse preceito no fato de se acharem preponderantemente do lado do

princípio *geral* as forças sociais que influem na aplicação de toda regra positiva, como sejam os fatores sociológicos, a *Werturteil* dos tudescos, e outras (2).<sup>62</sup>

É insofismável: se fosse para proceder a licitação não haveria a mínima razão para diferenciar os serviços técnicos profissionais especializados e intelectualizados dos demais serviços comuns (operacionais). Aplicar-se-ia simplesmente a norma geral, sem fazer a mínima referência àquele discrimen.

Ainda que assim não fosse, apenas para efeito de argumentação, se o concurso, modalidade preferencial fixada pela Lei de Licitações, não pode ser utilizado para “patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas”, por irretorquível incompatibilidade, indaga-se: poderiam os outros tipos de licitação (concorrência, tomada de preços, convite, leilão, pregão) lhes ser aplicáveis, se os serviços técnicos profissionais especializados são diferenciados?

A matéria enseja melhor análise, porque, muitas vezes o intérprete trabalha com a matéria-prima que são os artigos da lei, mas se esquece de algo mais importante: a realidade das coisas. Se a própria lei reconhece os serviços técnicos profissionais especializados como serviços diferenciados dos demais, porque realmente são dadas as suas peculiaridades e especificidades, não se poderia proceder outro tipo de licitação, dentro do princípio da especialidade.

É verdade que a doutrina, ao interpretar o § 1º do art. 13, da Lei de Licitações, diz:

Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.<sup>63</sup>

Dá uma interpretação gramatical à palavra *preferencialmente*, admitindo que possa escolher outra modalidade de licitação. Imagina que mudando a modalidade de licitação altera a essencialidade de um serviço intelectualizado. Um serviço de natureza intelectual é a mesma coisa que serviço técnico operacional?

---

<sup>62</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. 9. ed. Cit, p. 227.

<sup>63</sup> BRASIL. Art. 13, § 1º. da Lei 8.666/93.



Realmente, a palavra *preferencialmente* não exclui outras modalidades, porém induz o intérprete a equívocos, como se estampa na decisão que entendeu a possibilidade da “[...] modalidade recomendada seria a tomada de preços, tipo melhor técnica ou melhor técnica e preço.”<sup>64</sup>

Como fazer um julgamento dos serviços profissionais intelectualizados de melhor técnica ou melhor técnica e preço se tais requisitos são objetivos e há impossibilidade de aplicá-los ao advogado? Para a contratação do advogado prevalece a subjetividade. Além do que tais serviços para que fossem comparados objetivamente precisariam estar prontos, quando os trabalhos jurídicos são realizados ao longo do tempo. O julgamento objetivo apenas poderia ocorrer ao final, se por acaso, houvesse a avaliação de todos os concorrentes e eles atuassem no mesmo processo.

Os serviços técnicos profissionais intelectualizados não mudam sua natureza nem se transformam em comum em virtude de a lei desejar outra eventual modalidade de licitação; se admitida tal imputação para os serviços da advocacia estaria acolhendo a teoria do absurdo, porque a tônica destes serviços se ampara no conhecimento, na eficiência e na confiança, que não são licitáveis. Não há parâmetro para comparação.

Única interpretação sistemática dirime qualquer dúvida: o critério de julgamento que prevalece na licitação é o objetivo, como determina o art. 3º da Lei de Licitações: “[...] julgamento objetivo [...]”. Complementa o art. 44: “No julgamento das propostas a Comissão levará em consideração os critérios objetivos”. Reafirma o art. 45: “O julgamento das propostas será objetivo”.

Todavia, diferentemente, para todo serviço intelectual o critério de julgamento é subjetivo, como se dá no concurso. É uma comissão julgadora especializada na área quem procede ao julgamento, ora não são critérios objetivos da lei, contudo decorre da subjetividade dessas pessoas especializadas, na avaliação do projeto ou da obra.

Já para usar quaisquer outras modalidades de licitação ter-se-á que adotar o critério objetivo, o qual afasta qualquer hipótese de licitação para os

---

<sup>64</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça - DF 07161634920178070001 DF 0716163-49.2017.8.07.0001, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 18/10/2018, 7ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/10/2018. Disponível em: <<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642233602/7161634920178070001-df-0716163-4920178070001>> [Acesso em: 21 de abr 2017.](#)

serviços técnicos especializados, especialmente, os intelectualizados do advogado, porquanto neste preponderam o subjetivo. Tal subjetividade se aplica também, com exceção do inciso I do art. 13 da Lei de Licitações, a todos os demais, devido à confiança no profissional: pareceres, perícias e avaliações em geral (II); assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias (III); fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços (IV); patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (V); treinamento e aperfeiçoamento de pessoal (VI); restauração de obras de arte e bens de valor histórico (VII).

Qualquer cidadão quando contrata um advogado, assessor, consultor, fiscal, supervisor, gerente, palestrante para os integrantes de recursos humanos, restaurador, não o faz movido pelo critério pessoal, conhecimento, eficiência e de confiança? Este critério não é subjetivo? Ora, se o cidadão, notoriamente, assim age, inclusive o integrante do Ministério Público quando procura um médico para cuidar de sua saúde, qual a razão de exigir que o Poder Público contrarie a natureza das coisas?

Observa-se que a lei é taxativa: “O julgamento das propostas será objetivo [...]”<sup>65</sup> quando na contratação de um advogado, bem como daqueles profissionais, acima referidos, sempre prevalecerá o subjetivo, uma vez que:

A prestação de serviço de advocacia envolve uma relação pessoal e de confiança, na qual são estimados os atributos pessoais, profissionais e morais do contratado, em função dos interesses da administração pública e do desempenho colimado.<sup>66</sup>

Da mesma forma quanto aos demais profissionais elencados no art. 13, com exceção do inciso I., portanto, a própria sistemática da lei ao estabelecer coerentemente, um julgamento objetivo, repele a licitação para a advocacia, porque para esta atividade prevalece o subjetivo na contratação.

Dessa forma, extrai-se uma conclusão: se não há modalidade licitatória que compreende os serviços intelectualizados da advocacia, como não existe, evidentemente não se pode exigir a licitação. Não basta dizer numa ação civil

---

<sup>65</sup> BRASIL. Art. 45 da Lei 8.666/93.

<sup>66</sup> BRASIL. STJ/PR. Ap. Cív. nº 131142-8.

pública de nulidade contratual que não houve licitação, mas deve ser apontada a modalidade que deveria ter existido naquele caso. Seria o mesmo que pretender anular um ato jurídico sem dizer qual foi o vício. Ora, em relação à advocacia não há nenhuma modalidade que haja adequação para um julgamento, porque na Lei de Licitações prevalece o critério objetivo (concorrência, tomada de preço, convite, leilão, pregão), enquanto na contratação do advogado prepondera o subjetivo. Consequentemente, só a falta de modalidade, prova a inexigibilidade de licitação para a advocacia.

Ademais, não se pode tratar o que é heterogêneo – trabalho intelectual – como se fosse homogêneo (comuns e operacionais). Há que se observar a natureza das coisas, bem como a axiologia, valorando dentro de um padrão correto de comportamento, tanto que, em voto que deve ser sempre rememorado, o ex-ministro Carlos Velloso foi enfático:

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*.<sup>67</sup>

É uma falácia a assertiva no sentido de que o advogado deve se submeter à licitação. E é antagônico ao processo de licitação por qualquer outra modalidade. O que revela, também sob este aspecto que os serviços intelectualizados são típicos de inexigibilidade de licitação.

Mas, se não admitir *ad argumentandum* tal exegese, haverá uma colisão lógica, sistemática e teleológica.

Lógica, porque os serviços da advocacia são predominantemente intelectualizados, sendo um totalmente diferente do outro, quando o pressuposto

---

<sup>67</sup> BRASIL. STF. RHC 72.830-8/RO. J 24.10.1995. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29326/inviabilidade-de-competicao-para-contratacao-de-profissional-da-area-juridica>>.

dos serviços comuns é a padronização e especificações usuais de mercado, consoante o parágrafo único do art. 1º da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão):

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.<sup>68</sup>

Marçal Justen Filho detecta duas características para o enquadramento dos serviços comuns: a disponibilidade no mercado próprio e a padronização.

“A característica da padronização complementa aquela da disponibilidade do bem ou serviço num mercado próprio. É que um bem ou serviço somente estará disponível num mercado próprio na medida em que se produzir sua padronização. Tal se configura quando são predeterminados, de modo objetivo e uniforme, a qualidade e os atributos essenciais de um bem ou serviço.”<sup>69</sup>

Lucas Rocha Furtado, jurista com atuação na chefia do Ministério Público Especial junto ao Tribunal de Contas da União, esclarece que:

O entendimento de quais sejam os bens ou serviços comuns está relacionado àqueles bens ou serviços disponíveis no mercado. Àqueles que não requeiram grandes inovações ou adaptações para atender à necessidade da Administração Pública.

[...]

Se, ao contrário, para atender a necessidade da Administração Pública houve necessidade de grande detalhamento das especificações do bem ou serviço e se para atender a essas especificações o fornecedor precisar elaborar ou produzir algo que não está disponível para pronta comercialização, não nos parece adequado considerar o objeto da contratação bem ou serviço comum.<sup>70</sup>

Evidencia-se a incompatibilidade lógica, porque os serviços profissionais intelectualizados não são serviços comuns, porquanto afasta qualquer ideia de padronização, por se tratar de um serviço eminentemente pessoal.

---

<sup>68</sup> BRASIL. Art. 1º da Lei 10.520/02.

<sup>69</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 26/28.

<sup>70</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 368.

Numa hermenêutica sistemática infere-se que a Lei de Licitações criou um critério de julgamento: a) valor estimado de contratação, para a concorrência, a tomada de preço ou o convite, com julgamento por critério objetivo; b) em função da natureza do objeto, para o concurso e o leilão, os quais recebem normatização específica e casuística, sendo totalmente inconciliáveis com os moldes gerais. Ainda assim, no leilão prevalece o critério objetivo, enquanto no concurso o subjetivo.

Na hermenêutica teleológica denota-se que a finalidade da norma em relação aos serviços comuns (serviços técnicos operacionais) e aos técnicos profissionais especializados (*retius*: intelectualizados) é diferenciada, pois a atividade advocatícia não é padronizada, nem a qualidade poderá objetivamente ser definida em edital. Portanto, mesmo que se desejasse *ad argumentandum* equiparar os serviços comuns aos técnicos profissionais especializados a incompatibilidade é manifesta, pois se atividade não é padronizada, há inviabilidade de licitação.

Hely Lopes Meirelles, em lúcida e objetiva conclusão sustenta:

Essa **inviabilidade**, no que concerne aos serviços técnicos profissionais especializados em geral, decorre da **impossibilidade lógica de a Administração pretender** “o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato” (art. 12. Parágrafo único), pelo menor preço, ou que **renomados especialistas se sujeitam a disputar administrativamente a preferência por seus trabalhos**.<sup>71</sup> [g.n.]

Extrai-se, portanto, que não se pode para os serviços técnicos profissionais especializados, nem para os serviços profissionais intelectualizados, especialmente, para a advocacia, adotar as modalidades de licitação de concorrência, tomada de preços, convite e até mesmo o pregão, porque não se compara nem se equipara aos serviços comuns, por ausência de padronização.

Portanto, para a advocacia, não houve nenhuma categorização pela Lei de Licitações, como serviços profissionais intelectualizados e não se pode aplicar nenhuma modalidade de licitação: o concurso, que seria a norma

---

<sup>71</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 105-106.

específica, e o critério preferido pela lei, não pode por manifesta impossibilidade fática e jurídica, além da incompatibilidade com a natureza do objeto, como exaustivamente demonstrado; também não podem as demais modalidades, porque são inconciliáveis tanto nos critérios de julgamento quanto na própria natureza dos serviços.

O serviço profissional intelectualizado, que sequer foi considerado pela Lei de Licitações, não se transforma em comum (a água não se transforma em óleo, nem este em água), porquanto receberam tratamento específico. O que é específico afasta sempre a normal geral. Num juízo de valor da própria lei, e mesmo de acordo com a realidade, o advogado quando é contratado pela Administração Pública não o é para um serviço comum, ou padronizado, mas um serviço juridicamente complexo ou que demanda maior dedicação e empenho, ou que refoge aos serviços das Procuradorias.

Deve, ainda, ocorrer a contratação de advogado fora do quadro de carreira de procuradores, quando estes litigarem contra o Poder Público. É inconcebível que eles mesmos postulem uma pretensão na defesa de seus interesses e depois façam a defesa da Administração Pública. A incompatibilidade é evidente. Entretanto, todas as vezes que o Poder Público for contratar um advogado deve adotar como critério o mais adequado e mais especializado para a causa, contando com a experiência, conhecimento e confiança.

Parêntese: Adilson de Abreu Dallari chama atenção de dispensa de licitação que leva a “[...] uma contratação aventureira, insegura, ilícita ou imoral”.<sup>72</sup> Contudo, tais casos são exceções e não regras; e as exceções não podem se transformar em regra geral, pois o abuso não tolhe o uso (*abusus non tollit usum*). Além do mais, quando tal fato existir, a tipificação não é questão formal (ausência do procedimento de licitação), pois o enquadramento jurídico não é quanto a pertinência da licitação, porém aspecto material (desvio de finalidade do contrato e da afronta ao interesse social do contrato e da violação da moralidade administrativa).

Acrescente-se que as modalidades de licitação têm suas peculiaridades tanto nos aspectos procedimentais (publicidade, prazos, critérios de julgamento),

---

<sup>72</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Op. Cit., p. 42.

quanto uma relação direta ao objeto pretendido pela licitação. E não há discricionariedade pelo executivo de adotar a forma e o procedimento que lhe apraz. A definição e opção por uma modalidade de licitação estão vinculadas aos parâmetros legais, havendo desvio de finalidade, se tal acontecesse, além de abuso de poder.

Por amor ao debate, há ainda que se fazer uma hermenêutica histórica. Embora a Lei de Licitações, no art. 25 tenha criado a inexigibilidade de licitação, pela inviabilidade de competição, a doutrina vinha considerando, de uma forma geral, que os serviços singulares eram causa de dispensa.

E pela regra básica, detectável por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Só se licitam bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais”.<sup>73</sup>

Dessa forma, o serviço do advogado é intelectualizado e

(...) de modo geral são singulares todas as produções intelectuais, realizadas isolada ou conjuntamente – por equipe – sempre que o trabalho a ser produzido se defina pela marca pessoal (ou coletiva) expressada em características científicas, técnicas e ou artísticas.<sup>74</sup>

Ora, no trabalho do advogado prevalece a sua marca pessoal com suas características de tirocínio, estilo, conhecimento, conduta ética. Essa singularidade torna inviável a competição licitatória, uma vez que não há igualdade entre tais profissionais. Um serviço intelectualizado afasta qualquer parâmetro de isonomia, não sendo abrangido pela incidência da Lei de Licitações.

A própria Lei de Licitações ao dispor no art. 3º que “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia [...]”, tem por finalidade licitar coisas iguais. Também a mesma lei já reconhece a especificidade dos serviços técnicos profissionais especializados, que recebeu um tratamento específico, caso em que não se aplica a mesma regra comum, mas não normatizou quanto aos serviços intelectualizados voltados à advocacia

---

<sup>73</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. São Paulo:RT, 1980, p.15.

<sup>74</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Licitação*. *Cit.*, p. 17.

exatamente pela impossibilidade, fática e jurídica, de se estabelecer qualquer parâmetro de isonomia.

Em boa hermenêutica a norma específica afasta a geral (cf. § 2º, art. 2º da Lei de Licitações). O mesmo critério se aplica na licitação: os casos especiais de serviços intelectualizados sofrem um tratamento totalmente diferente dos serviços licitáveis, porque enquanto em relação a estes são coisas iguais, nos serviços intelectualizados são singulares, especiais, que os diferencia dos demais. Estão fora do campo de incidência da Lei de Licitações.

Na verdade, a própria legislação licitatória os reconheceu de maneira diferenciada, quando ela, anteriormente, no art. 13 os reconheceu serviços técnicos especializados, mas não normatizou quanto aos serviços intelectualizados que se diferencia tanto dos comuns quanto dos técnicos especializados, porque não percebeu a existência deste tipo específico de serviço.

Dessa forma, os serviços profissionais intelectualizados da advocacia, exatamente, pelo *discrímen* da especialidade e da especificidade afastam qualquer modalidade de licitação. O que é especial deve ser tratado como tal; a propósito tal comando advém desde o direito romano: no tocante ao que é estabelecido contra as normas comuns de Direito, não se pode aplicar a regra geral (*In his quoe contra rationem júris constituta sunt, non possumus sequi regulam júris*).

Não se subsumiu à regra do serviço comum, tanto assim que em relação ao concurso não se admite tal forma para a contratação de obra, serviço ou fornecimento.

No momento em que se admite a licitação para os serviços profissionais intelectualizados, em suas modalidades de concorrência, tomada de preços ou convite, colocam-se os serviços técnicos especializados como coisas iguais, quando cada profissional imprime a sua característica própria seja na cultura e conhecimento seja na técnica ou no estilo, sem dizer da confiança que inspira. Enfim, um advogado não age nem atua de maneira igual ao outro, porque se tratando de trabalho intelectual naturalmente são diferentes, ainda que possam atingir o mesmo resultado. Assim, como também cada juiz fará seu voto diferente, ainda que o resultado possa ser o mesmo, e o promotor se manifestará cada um, de uma forma, porquanto o serviço intelectual é personalíssimo.



Em verdade, a atual Lei de Licitações não primou pela lógica quando tratou do instituto da dispensa e da inexigibilidade, da mesma forma que a imputação de licitação a patrocínio de causas judiciais ou administrativas é estapafúrdia. E norma sem coerência, não possui efetividade nem legitimidade, porque desvia de sua finalidade.

Como foi visto o art. 13, com exceção do inciso I, todos os demais casos são típicos de licitação dispensada, porque os serviços técnicos profissionais especializados não comportam a competição, já reconhecido expressamente pela lei, devido ao critério de especialização; com maior razão aos serviços profissionais intelectualizados.

Sabe-se que a regra constitucional é que haja licitação na Administração Pública, porém entre o implemento da norma constitucional e o mundo fático, há necessidade de adequação, como lembra o Ministro Sepúlveda:

[...] Essas alternativas radicais - além dos notórios inconvenientes que geram - fazem abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem. É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para a outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva.

75

Os fatos materiais não permitem nenhuma atuação efetiva nem da norma constitucional nem da infraconstitucional, porque se os casos do art. 13, com exclusão do inciso I, se não fossem de dispensa ou de inexigibilidade, a lei não faria referência. E se deu relevância, é porque estabeleceu uma exceção, pois se houvesse necessidade de licitar não haveria menção aos serviços técnicos especializados.

---

<sup>75</sup> BRASIL. STF. RE 147.776-SP, 1ª T. RT 755/169. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11422/ato-administrativo-e-direitos-dos-administrados-merito-do-ato-administrativo-e-atividade-jurisdicional-contemporanea#ixzz3gRAcCrHX>>. RE 147.776-SP, 1ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 19.05.1998, v.u., RT 755/169.

Assim, se a lei já desigualdade com respaldo no princípio da igualdade, a desigualdade é entranhada neste princípio, porquanto só se repele desigualdade injusta. No caso, não é injusta, porque a própria lei estabelece a presunção de que a Administração Pública esteja pautando pela melhor técnica, com respaldo no princípio da eficiência. É com base nesse juízo de valor – que o advogado contratado desempenhará o trabalho de uma forma melhor que a Procuradoria do Município, do Estado ou da União, seja devido aos seus conhecimentos seja até por dedicação à causa, o fator de tempo, ou devido a sua especialidade profissional. Mesmo porque aludidas procuradorias têm responsabilidade funcional de dominar os assuntos corriqueiros, não os excepcionais. Ninguém é enciclopédia jurídica.

Jessé Torres Pereira Junior reconhece que:

O art.13 e seus incisos acolhem normas de caráter geral porque discriminadoras dos serviços especializados que afastam o dever de licitar, caracterizando hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade (arts. 24 e 25). Uma vez que a regra é licitar, há de ser geral (impositiva para toda a Administração Pública brasileira) norma que a elide.<sup>76</sup>

Evidente, que os serviços técnicos especializados não podem sofrer – pelo intérprete – tratamento idêntico, para matéria distinta, quando a própria lei a trata de forma diferenciada.

## **7. CONCLUSÃO**

Muitas injustiças foram cometidas contra os advogados; muitos abusos foram perpetrados, muito prejuízo para a Administração Pública, contudo numa análise profunda da matéria, constata-se:

a) o concurso, modalidade de licitação voltada para os serviços técnicos profissionais especializados, é totalmente incompatível para os serviços profissionais da advocacia, pelas impossibilidades: factual, temporal, jurídica ou de teleogicidade;

---

<sup>76</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Op. Cit.*, p. 86.

b) o trabalho do advogado se enquadra como serviços profissionais intelectualizados, que jamais poderá ser licitado, porque inexistente o parâmetro de comparação, impossibilitando estabelecer qualquer igualdade;

c) as demais modalidades de licitação (convite, tomada de preço, concorrência, pregão) não se aplicam porque os serviços intelectualizados não são padronizados; licitam-se bens homogêneos;

d) a Lei de Licitações, se fosse aplicada, como muitos desejam, induziria o Poder Público pagar menos para um serviço técnico especializado, e, principalmente, para o serviço profissional intelectualizado, porém, com indesejada qualidade, o que significa o nivelamento por baixo, o que agride o princípio da eficiência;

e) numa sistematização de serviços há: 1) serviços comuns; 2) serviços técnicos profissionais generalizados; 3) serviços técnicos profissionais especializados; 4) serviços profissionais intelectualizados. O serviço da advocacia é serviço profissional predominantemente intelectualizado e que a Lei de Licitações o desconheceu e não o normatizou, nem poderia fazê-lo, porque em tais serviços prevalece o critério da pessoalidade, confiança, conhecimento técnico e o da eficiência, afastando qualquer parâmetro de comparação, reconhecendo implicitamente a sua inexigibilidade;

f) há inexigibilidade de licitação aos serviços profissionais intelectualizados seja porque é impossível a sua aferição personalíssima e singular uma vez que prevalecem os valores subjetivos (confiança, conhecimento, ética, know how e eficiência), quando para o julgamento das modalidades de licitação prevalece o critério objetivo (concorrência, tomada de preços, convite, leilão e pregão); conseqüentemente, só a falta de modalidade específica de contratação de advogado, prova a inexigibilidade de licitação para a advocacia.

Conclui-se que a exigência de licitação para a contratação dos serviços de advocacia tanto jurídica quanto financeira é uma falácia, porque os serviços profissionais intelectualizados afastam qualquer modalidade de licitação, uma vez que inexistente o pressuposto da igualdade e o serviço que é heterogêneo não pode ser tratado com a mesma homogeneidade. Relembre-se que os serviços profissionais de patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas eram

reconhecidos típicos casos de dispensa de licitação, pelo Decreto nº 73.140 de 1973<sup>77</sup>, quando, de fato, é caso de inexigibilidade.

A matéria vertente não tem sido analisada com a devida profundidade exigida. E tal confusão, gerou inúmeras ações infundadas tendo os advogados se tornado vítimas de uma heresia jurídica e até sofrendo o estigma de corruptos, por falta de embasamento hermenêutico e profundidade de conhecimento daqueles que, com a mesma arrogância e pompa dos doutores da Lei à época de Cristo, os acusam. E o pior: com danos irreparáveis ao erário público por mais um processo sem o mínimo fundamento.

---

<sup>77</sup> BRASIL. Decreto nº 73.140, de 9 de Novembro de 1973. Diário Oficial da União. Brasília, DF. 12 nov. 1973. Seção 1, p. 11516. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-73140-9-novembro-1973-421887-publicacaooriginal-82748-pe.html>>. Acesso em 27 ago 2019.