

O DIREITO INTERTEMPORAL E A LEI Nº 14.039/2020 SOBRE A SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS PROFISSIONAIS JURÍDICOS E CONTÁBEIS



Daniel de Carvalho Guimarães

Subprocurador-geral do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.
Especialista em Direito Tributário pela PUC Minas.

INTRODUÇÃO

O objetivo do texto é contribuir para a definição do marco de eficácia da Lei nº 14.039/2020¹, que estabeleceu presunção legal de singularidade dos serviços profissionais prestados por advogados e contadores, se as disposições legais criadas se aplicam ou não a fatos ocorridos antes de sua vigência.

O tema é importante para saber se o controle posterior feito pelos tribunais de contas ou pelo Poder Judiciário deve considerar a nova lei na construção do juízo sobre as condutas que se relacionem a contratações públicas feitas por inexigibilidade que tenham como objeto a prestação de serviços profissionais por advogados ou contadores, ocorridas antes da vigência da nova lei.

O artigo não abordará o tema da inexigibilidade para a contratação de serviços de advogado e contador, apenas a possibilidade ou não de aplicação retroativa da nova lei.

A IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS NO DIREITO BRASILEIRO E A JURISPRUDÊNCIA

As normas são feitas para o futuro, não atingindo as situações jurídicas já consolidadas. É o que se extrai do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988 (CR/88), segundo o qual a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

1 Art. 1º. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 3º-A:

“Art. 3º-A. Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

Parágrafo único. Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

Art. 2º. O art. 25 do Decreto-Lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º e 2º:

“Art. 25.

§ 1º Os serviços profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.

§ 2º Considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de profissionais de contabilidade cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A Constituição utilizou esses conceitos da legislação preexistente no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Segundo esse dispositivo, a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Ou seja, os atos praticados devem observar o princípio geral do Direito de que o tempo rege o ato (*tempus regit actum*).

Como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no paradigmático julgado da ADI nº 493², de relatoria do ministro Moreira Alves, “esse preceito constitucional se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”. Vale a transcrição da ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade.

- Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

- O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF.

- Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna.

- Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP).

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991.

O Direito brasileiro determina a aplicação da lei nova aos casos pendentes e futuros, só podendo retroagir para atingir fatos já consumados quando não ofender o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, ou quando o legislador expressamente determinar sua aplicação aos casos pretéritos.

O legislador brasileiro previu algumas exceções à irretroatividade. A mais imponente é o art. 5º, XL, da Constituição de 1988, que estabeleceu que a norma penal não retroagirá salvo para beneficiar o réu, em respeito ao princípio da isonomia na aplicação da lei penal, que impõe ao homem as penas mais gravosas.

Além disso, o art. 106, II³, do Código Tributário Nacional (CTN) previu expressamente que a lei se aplicaria a ato ou fato pretérito não definitivamente quando deixar de defini-lo como infração e quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista ao tempo de sua prática.

As situações concretas que não envolvam normas penais nem tributárias devem seguir a regra da irretroatividade. A jurisprudência dos Tribunais Superiores confirma esse entendimento.

2 BRASIL. STF. ADI 493 / DF. Pleno, Relator: Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 25.06.1992, publicação: 04.09.1992.

3 Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática.



A discussão sobre a aplicação da cláusula constitucional do art. 5º, inciso LV, a situações que envolvam ilícitos de natureza não penal nem tributária chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do RE nº 657871⁴. Porém, prevaleceu o voto do relator, ministro Dias Toffoli, que não reconheceu a existência de repercussão geral. Segundo o acórdão, o recurso envolvia matéria eminentemente infraconstitucional, visto que discutia a aplicação do art. 106, II, do CTN sobre a retroatividade da lei posterior mais benéfica à infração de trânsito e que os conceitos de ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido estão descritos na LINDB, e não na Constituição de 1988.

A transcrição da ementa é necessária:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Aplicação retroativa de lei mais benéfica às infrações de trânsito. Exegese das normas de trânsito. Interpretação realizada à luz das normas do Código Brasileiro de Trânsito revogado e do vigente. Matéria eminentemente infraconstitucional. Ausência de repercussão geral.

1. Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que discute efeitos de normas de trânsito revogadoras e revogadas.

2. É pacífica a jurisprudência da Corte no sentido de que os conceitos dos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada não se encontram na Constituição Federal, senão na legislação ordinária, mais especificamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

3. Ausência de repercussão geral.⁵

Tendo o STF reconhecido o caráter infraconstitucional da matéria, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi provocado a se manifestar sobre a aplicabilidade ou não da norma do art. 106, II, do CTN aos casos envolvendo infração administrativa e sua consequente sanção. A jurisprudência firme da Corte é de negar a aplicação retroativa em situação que não envolva a incidência de normas de natureza diversa da penal ou da tributária. Destaquem-se dois julgados da primeira e da segunda turmas do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. APLICAÇÃO DE MULTA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DE REGRAS DOS DIREITOS TRIBUTÁRIO E PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ARGUMENTO CONSTITUCIONAL DA ORIGEM. RECURSO ESPECIAL VIA INADEQUADA.

(...)

2. Em segundo lugar, não são aplicáveis à espécie dispositivos do Código Tributário Nacional e do Código Penal porque, embora o especial tenha sido interposto nos autos de execução fiscal, a multa imposta decorre do exercício do poder de polícia pela Administração Pública - infração administrativa.

3. Agravo regimental não provido.⁶

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MULTA ADMINISTRATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA PREVISTA NO ART. 106 DO CTN. INAPLICABILIDADE. NATUREZA DA MULTA. MATÉRIA FÁTICA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DAS SÚMULAS N. 283 E 284/STF. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

4 BRASIL. STF. RE 657871. Pleno, Relator: Ministro Dias Toffoli, publicação: 17.11.2014.

5 *Ibidem*.

6 BRASIL. STJ. AgRg no REsp 761191 / RS. Segunda Turma, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 27.05.2009.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 2015.

II - Esta Corte tem entendimento consolidado no sentido de que não é aplicável, às infrações de natureza administrativa, a previsão da retroatividade da lei mais benéfica, contida no art. 106 do CTN.

(...).

VI - Agravo Interno desprovido.⁷

A NATUREZA JURÍDICA DA NOVA NORMA

Qual seria a natureza jurídica da norma prevista na Lei nº 14.039, de 17 de agosto de 2020?

Trata-se de uma norma de direito público que, a despeito da sua localização legislativa (na Lei Federal nº 8.906/1994 e no Decreto-Lei nº 9.295/1946), prescreve regra de presunção legal, em favor das atividades de advocacia e de contabilidade, de singularidade do serviço, requisito exigido pela então vigente Lei nº 8.666/1993 para a realização de contratação direta pelo Estado sob a modalidade da inexigibilidade.

A Lei nº 8.666/1993, em seu art. 25, II⁸, prevê dois requisitos para permitir a contratação direta por inexigibilidade de serviços técnicos: a) a singularidade do serviço a ser prestado; c) a notória especialização do agente a ser contratado.

A lei nova em análise trouxe uma presunção de singularidade a esses dois tipos de serviços, em razão da qualificação do prestador (advogado e contador), mantendo a necessidade de demonstração da singularidade nos demais casos de serviços técnicos, como de engenharia, tecnologia da informação, entre outros. Logo, não se trata de uma norma de natureza penal.

O objetivo da norma foi alterar o entendimento até então existente, consolidado na jurisprudência dos tribunais de contas e do Superior Tribunal de Justiça, de que não haveria uma presunção legal de singularidade para todo e qualquer serviço jurídico ou contábil para fins de contratação direta pelo Estado por inexigibilidade de licitação. Ou seja, até a Lei nº 14.039/2020, seria necessário demonstrar, caso a caso, o cumprimento desses requisitos. O novo padrão legal seria de presunção da singularidade dos serviços com a demonstração da notória especialização do prestador.

A disciplina do tema da inexigibilidade no Direito Administrativo gera repercussão nas searas do controle externo, da improbidade administrativa e do Direito Penal.

Em relação ao Direito Penal, destaca-se a norma do art. 89 da Lei nº 8.666/1993, que estabelece como crime apenado com detenção de três a cinco anos e multa as condutas de inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou de deixar de observar as formalidades pertinentes à inexigibilidade. Na mesma pena incorreria aquele que se beneficiou da inexigibilidade ilegal para celebrar contrato com o poder público.

7 BRASIL. STJ. AgInt no REsp 1954631 / SP. Primeira Turma, Relatora: Ministra Regina Helena Costa, DJe 08.10.2021.

8 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;

(...)

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 14.133/2021, que deu lugar ao art. 337-E do Código Penal, segundo o qual é crime apenado com pena de reclusão de quatro a oito anos a conduta de admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei.

As normas penais citadas dependem de normas de outra natureza para completar o seu preceito primário, sobre o tipo penal. Logo, a mudança nos requisitos legais de inexigibilidade, operada pela Lei nº 14.039/2020, que passou a presumir singulares os serviços técnicos de advogados e contadores, pode gerar uma hipótese de retroatividade benéfica. Tendo isso em vista, essa mudança legislativa, orientada pela norma constitucional do art. 5º, XL, deve beneficiar aqueles que tenham participado do contexto delituoso que atraia a incidência dos arts. 89 da Lei nº 8.666/1993 e 337-E do Código Penal.

A eficácia retroativa de que se trata é da nova norma na parte em que altera o preceito primário da norma penal. Não será retroativa a eficácia da norma da Lei nº 14.039/2020 no seu círculo de incidência sobre as situações de fato que envolvam infrações administrativas e atos de improbidade, ilícitos de outra natureza, passíveis de controle externo pelos tribunais de contas e pelo Poder Judiciário, que envolvam o descumprimento da regra legal sobre contratação pública direta por inexigibilidade de licitação.

Ou seja, a nova presunção legal não se aplica à elaboração do juízo de adequação acerca de contratações diretas por inexigibilidade de licitação, ocorridas antes da vigência da Lei nº 14.039/2020, de serviços prestados por advogados ou contadores, quando não houver a demonstração da singularidade caso a caso, para fins de controle externo pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Judiciário em caso de improbidade administrativa.

CONCLUSÃO

De acordo com as cláusulas constitucionais do art. 5º, incisos XXXVI e XL, com as regras legais estritas dos art. 6º da LINDB e 106, II, do CTN, na esteira da jurisprudência do STF e do STJ, pode-se afirmar que, com exceção das normas penais que tenham o conteúdo de seu preceito primário alterados pela Lei nº 14.039/2020, a presunção legal nela prevista, de singularidade nos serviços prestados por profissionais de advocacia e contabilidade quando revestidos de notória especialização, deve ser aplicada apenas aos atos praticados a partir da publicação da lei, em 18 de agosto de 2020, sem retroatividade.