

Alcindo Belo: As distinções inconstitucionais da Lei 14.039/2020

Pode-se observar que ocorreu uma burla à Constituição da República com os privilégios a advogados e contadores advindos da recente Lei Federal nº 14.039/2020, que alterou no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994), e o Decreto-Lei 9.295/1946, que regula a atividade do



ária pela Carta Política de 1988.

Isso porque se estabeleceu uma distinção favorável a essas

categorias para contratar com o poder público. Dispôs que todos os serviços de advogados e contadores com notória especialização — expertise decorrente de trabalhos já desenvolvidos e capacitação diferenciada — têm índole de técnicos e singulares, o que permite a contratação direta por inexigibilidade, independentemente do serviço ser comum ou realmente atípico. Veja-se essas inovações inconstitucionais decorrentes da citada Lei 14.039:

"Estatuto OAB

Artigo 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".

"Regulamento Contadores (Decreto-Lei 9.295/1946)

Artigo 25 — São considerados trabalhos técnicos de contabilidade:

§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".

Impende frisar que o constituinte originário instituiu, artigo 1º, CR, a forma de governo como República e o Estado democrático de Direito, a significar, em síntese, que o poder público deve ser administrado por representantes do povo e voltado a atender aos interesses gerais dos cidadãos, bem assim que todos estão submetidos à ordem legal. Estatuiu a igualdade como direito fundamental, artigo 5º, e preconizou o concurso público e a licitação, consectários desse princípio, para se admitir pessoal e contratar bens e serviços, bem como dispôs os postulados expressos da Administração Pública, a fim de que o Estado atue para atender às demandas da sociedade com parâmetros republicanos, artigo 37, *caput*, e incisos II e XXI, CR. Ademais, preceituou a livre iniciativa e mercado também como bases da República, artigos 1º, IV, 170 e 219, CR.

Na quadra atual, progressivo o reconhecimento dos princípios constitucionais terem força normativa e que devem ser acompanhados pelos cidadãos, pelos gestores públicos, bem assim pelos legisladores ao editarem regras, vez que o fazem por força de competência conferida pela Carta Magna, mas com limite quer em relação ao processo legislativo quer em relação ao teor compatíveis com paradigmas da própria Lei Maior.

Por conseguinte, há de se considerar que a Administração Pública deve organizar quadro de pessoal próprio para as atividades ordinárias inerentes ao Estado brasileiro. Deve realizar concurso público para prover cargos, notadamente para atividades essenciais e permanentes, podendo-se referir a título ilustrativo a professores, médicos, enfermeiros, contadores, delegados de polícia, procuradores, entre outros, a fim de realizar atividades que visam a atender às diversas demandas da sociedade.

De pontuar nessa ótica que a advocacia pública constitui uma das funções essenciais da Justiça com regulamentação na própria Carta Magna para suprir os serviços de advocacia que são permanentes e ordinários, o que enseja estruturar uma procuradoria e prover cargos por concurso.

Caso não haja justificativa suficiente para manter quadro permanente de pessoal e os serviços são comuns, deve-se observar outra regra geral decorrente do postulado da igualdade e se instaurar certames para contratar bens e serviços. Todos que atendam as condições necessárias poderão ofertar à Administração Pública, que visa ainda a atender ao interesse público de obter as melhores propostas pela imanente competitividade das licitações.

Por outra parte, não se pode também fulcrar contratações com base somente na confiança entre contratante e contratado, isso para qualquer profissão, haja vista que no Estado há de se firmar pactos com base em critérios técnicos e objetivos, a fim de respeito não apenas à isonomia, mas também aos princípios que regem a Administração Pública, mormente da impessoalidade, moralidade, economicidade, entre outros.

A contratação direta de qualquer profissional corresponde, desse modo, a uma exceção quando não adequado manter um quadro pessoal próprio, inviável licitar e para atender demandas transitórias. Possível apenas quando se caracterizar que o objeto é singular e eventual, o que torna inviável a competição e possibilita a excepcional contratação de profissionais com notória especialização que tenham capacidade de prestar o objeto singular que o poder público necessita contratar.

Com efeito, os princípios e as disposições da Carta Magna não poderiam nem o foram revogados com o advento da Lei 14.039. Permanecem vigentes e devem ser seguidos pelos cidadãos e gestores públicos, que devem promover concursos públicos para prover necessidade permanente de pessoal ou, quando não adequado, realizar licitações. De mencionar precedentes de incontroversa jurisprudência do STF:

"O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos (CF, artigo 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o poder público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Precedentes. Doutrina(ADI 1350)".

"A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso — o melhor negócio — e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. (...) Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração (RE 607.126 AgR)".

Não razoável ou proporcional o legislador inovar na ordem legal para beneficiar um grupo de profissionais. Não apenas contadores e advogados prestam imensuráveis serviços à sociedade e ao poder público em particular. Há na sociedade eminentes profissionais com capacitação avançada na área essencial da saúde, como médicos, enfermeiros, odontólogos; no setor basilar da educação, professores, psicólogos; no setor da tecnologia como analistas de sistemas e programadores, que na era digital e do conhecimento oferece suporte a todas atividades públicas no presente etc.

Há uma Constituição republicana em vigor e todos devem ter tratamento isonômico como regra geral. Exceções são previstas no ordenamento jurídico e se aplicam restritivamente perante situações excepcionais.

O Estado tem o poder dever de planejar as contratações de bens e serviços que necessita, não podendo o Legislador definir que um serviço deixa de ser comum por ser prestado por um profissional com notória especialização para privilegiar certas profissões.

Ademais, há se preservar as práticas que fomentam a livre iniciativa e o livre mercado visando a que as pessoas e empresas possam fornecer bens e serviços às instituições privadas ou públicas, o que permite um ambiente de inovação, melhoria contínua e preços com tendência de se estabilizarem ou diminuir pela disputa dos que participam do mercado.

Não cabe, dessa forma, numa República criar reserva de mercado a corporações. Tentar definir um tratamento diferenciado a algumas profissões pode ser interpretado com retrocesso à época do feudalismo. Nesse período, havia uma série de trabalhos prestados apenas pelos integrantes de grupos de profissionais, corporações de ofício. Porém, não se pode nem deve admitir restrições ao mercado nas democracias contemporâneas. Conquistas que decorreram de intensas lutas, notadamente para haver igualdade e práticas concorrenciais. Profícuo citar mais uma vez o Pretório Excelso:

"A liberdade de iniciativa garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira consubstancia cláusula de proteção destacada no ordenamento pátrio como fundamento da República e é característica de seletos grupos das Constituições ao redor do mundo, por isso que não pode ser amesquinhada para afastar ou restringir injustificadamente o controle judicial de atos normativos que afrontem liberdades econômicas básicas. (...) O exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado, competindo ao Judiciário, à luz do sistema de freios e contrapesos estabelecidos na Constituição brasileira, invalidar atos normativos que estabeleçam restrições desproporcionais à livre iniciativa e à liberdade profissional (ADPF 449)".

O princípio da livre iniciativa, plasmado no artigo 1º, IV, da Constituição como fundamento da República e reiterado no artigo 170 do texto constitucional, veda a adoção de medidas que, direta ou indiretamente, destinem-se à manutenção artificial de postos de trabalho, em detrimento das reconfigurações de mercado necessárias à inovação e ao desenvolvimento, mormente porque essa providência não é capaz de gerar riqueza para trabalhadores ou consumidores. (RE 839.950)

Por consequência, de considerar que a República brasileira se estrutura pelo vetor axiológico da igualdade, devendo-se, para contratar serviços profissionais, instaurar o devido concurso ou licitação nos casos aplicáveis, pois a inconstitucional Lei 14.039/2020 não derogou princípios e institutos estruturantes da Carta Política de 88. Contratação direta de profissionais constitui exceção, apenas possível quando os serviços são eventuais e singulares, o que demanda profissionais com notória especialização.

Ainda de mencionar que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público questionou a multicitada lei no Supremo Tribunal Federal, ADI 6569/2020, relator ministro Edson Fachin.

Por esses prismas, faz-se necessário que o Congresso Nacional edite lei para revogar a distinções irrazoáveis e desproporcionais da Lei 14.039/2020 ou que a Corte Constitucional expurgue tal norma do ordenamento jurídico em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Referências bibliográficas

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1998. Brasil, Congresso Nacional, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso 23.10.2020.

BRASIL. Lei Federal 14.039, de 17 de Agosto de 2020. Dispõe sobre a natureza técnica e singular dos serviços prestados por advogados e por profissionais de contabilidade. Congresso Nacional, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14039.htm>. Acesso em 20.10.2020.

STF. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ADPF 449. Rel. Min. Luiz Fux. DJE: 02/09/2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5167205>>. Acesso em 26.10.2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE 839.950. Rel. Min. Luiz Fux. DJE: 02.04.20. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4641620>>. Acesso em 27.10.2020.

STF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 1.350. Rel. Min. Celso de Mello. DJE: 01.12.2006. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1625575>>. Acesso em 28.10.2020.

STF. AGRAVO REGIMENTAL EM RE. RE 607.126 AgR. Rel. Min. Cármen Lúcia. DJE: 01.12.2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur186727/false>>. Acesso em 28.10.2020.

Date Created

30/10/2020