

**ANÁLISE TÉCNICA A RESPEITO DA INEXIGIBILIDADE**

Exmo(a). Sr(a).  
Chefe de Gabinete



Apresentamos em cumprimento à solicitação de Vossa Excelência, a averiguação sobre a possibilidade da contratação em questão por meio de inexigibilidade de licitação, com fulcro no Art. 25, Inciso II da Lei 8.666 de 21 de junho de 1993.

**1. DA JUSTIFICATIVA**

O Município de Cariré/CE pretende contratar, com base na Lei Federal nº 8.666/1993, e nas demais normas legais regulamentadoras pertinentes ou outras que vierem a substituí-las, os serviços indicados acima, visando à recuperação dos valores que deixaram de ser retido ao município, a título de imposto de renda, sobre rendimentos pagos, a qualquer título.

Como se sabe, a interpretação da Receita Federal, contida na Solução de Consulta COSIT nº 166/2015, normatizada na Instrução Normativa RFB nº 1.599, de 2015, é a de que os Estados e Municípios não possuem direito a permanecer com o Imposto Retido na Fonte (IRRF) nos pagamentos que efetua, salvo quando decorrentes dos "rendimentos do trabalho assalariado".

Contudo, a divergência, no caso, refere-se ao alcance constitucional do previsto no art. 158, I, "rendimentos pagos, a qualquer título", que, no entender da União, aplicam-se apenas aos rendimentos decorrentes de relação laboral entre ente federativo e pessoa física.

Assim, defende o ente municipal que possui direito à totalidade do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) pago pelo Município, suas autarquias e fundações, a qualquer título, e não apenas sobre os rendimentos pagos às pessoas físicas, servidoras ou empregadas.

Entende-se que o próprio conceito de rendimento denota o total das importâncias recebidas, por pessoa física ou jurídica, durante certo período, como remuneração de trabalho ou de prestação de

serviços, não havendo correlação necessária entre o acúmulo patrimonial e relação laboral assalariada.

De acordo com a justificativa para contratação, os serviços consistirão na elaboração e acompanhamento processual, em todos os graus de jurisdição, de ação judicial com o fito de apurar e reaver imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza sobre rendimentos pagos, a qualquer título, pelo Município de Cariré/CE que instituírem e mantiverem, inclusive relativo aos pagamentos efetuados às pessoas jurídicas, por violar, em tese, ao dispositivo constitucional acima mencionado.

Assim, no âmbito da repartição das receitas tributárias, e considerando-se que o IRPJ se tornou uma relevante fonte de recursos financeiros, influenciando diretamente no desenvolvimento dos municípios, bem como do significativo posicionamento do STF decorrente do julgamento do Recurso Extraordinário 1.293.453 do Rio Grande do Sul, com repercussão geral julgado pelo Supremo Tribunal Federal como eminente Relator o Ministro Alexandre de Moraes, acompanhado pelo Pleno e de precedentes firmados nas Varas Federais do TRF da 5ª Região, que têm decidido a causa, urge que o ente municipal se adiante quanto à recuperação, pela via judicial, dos valores deduzidos pela União nos repasses mensais do Fundo de Participação dos Municípios.

Registre-se, como se tratar de repetição de indébito tributário, o qual se sujeita ao fulminante prazo prescricional, mês a mês, a contratação de serviços especializados em direito tributário requer urgência, ante suas singularidades.

Nesse contexto, tomando-se como base o precedente vinculante da Suprema Corte, o Município de Cariré/CE publicou o Decreto nº 22, de 19 de maio de 2023, ao qual estipula a cobrança do IRRE e, a partir de sua publicação, passa a seguir as regras estipuladas pelo RE 1.293.453, passando a antecipar o Imposto de Renda na Fonte, nas regras da IN 1234/2012 da RFB, exemplificando o anexo I da Instrução Normativa.

Desta forma, tendo em vista que a ação provém do julgado sob repercussão geral, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal e discutiu a aplicação do art. 158, I, da CF/88, nos âmbitos

da competência tributária e repartição das receitas; ofensa à segurança jurídica e eficácia limitada da norma constitucional.

Aspira-se, nesse sentido, com base no caso supramencionado e precedentes que se consolidaram nos últimos anos, auferir determinação judicial para que seja reconhecida a repetição do indébito, mediante ressarcimento ou compensação (Lei n.º 9.430/96), caso repassados os valores do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título pelo Município de Cariré/CE, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem, inclusive relativo aos pagamentos efetuados às pessoas jurídicas, tudo respeitando a prescrição.

O repasse a menor praticado pela União representa, dentre outras questões jurídicas, a violação à normativa disposta no art. 158, I, da Constituição Federal, assim como ao princípio federativo, o qual deve reger a cooperação entre os entes e o chamado federalismo fiscal brasileiro.

A gravidade de tal fato, que vem ocorrendo há anos, nos mais diversos municípios do país, é que o IRPJ, decorrente de imposto de renda retido na fonte incidente sobre valores pagos por eles, suas autarquias e fundações a pessoas físicas ou jurídicas contratadas para a prestação de bens ou serviços, é uma relevante receita à disposição dos municípios para fins de amenizar as desigualdades e redistribuir recursos, logo, qualquer diminuição do montante sobre o qual deveria compor o Fundo, possui drástica influência sobre as finanças municipais e, por consequência, afeta o fornecimento de serviços públicos e infraestrutura aos municípios.

Sob outro prisma, vale destacar que a Estrutura Administrativa do Município conta com uma Procuradoria Jurídica, que embora composta por profissionais altamente capacitados, não possui jurista habilitado com especialidade na área de direito tributário, que dada sua complexidade não constitui atividade corriqueira, aquela que pode ser executada com facilidade e por qualquer pessoa. Em palavras outras, significa dizer que a demanda judicial correlata ao direito tributário tem de ser desempenhada por quem possua conhecimento técnico e específico no assunto, na respectiva área de atuação.

Assim, observa-se que os procuradores nomeados desempenham papel de relevante importância, nas suas áreas de especialização/atuação e no que tange a generalidade das atividades desenvolvidas rotineiramente no âmbito do Poder Executivo.

Ocorre que, consoante fundamentado alhures, o Poder Executivo enfrenta no seu dia-a-dia atividades de natureza altamente complexa, assim como necessita de profissionais experientes com soluções adequadas aos casos concretos, sobretudo, no acompanhamento e ajuizamento de ações em favor da municipalidade, cuja área de conhecimento não seja dominada pelos profissionais que já compõem o quadro da Procuradoria Jurídica.

Cada vez mais, surge na sociedade a figura do especialista, seja na área das ciências sociais ou exatas. A evolução do mercado e a competitividade, exigem que os profissionais se especializem em determinada área, quer através de cursos, quer através de experiências enfrentadas, de modo que possam oferecer serviços singulares e específicos em favor do poder público, sendo, pois, no âmbito jurídico, praticamente impossível que o quadro de procuradores resolva, até pela limitação de membros e de volume de atividades, todos os problemas jurídicos do Município, inclusive, patrocínio das causas judiciais mais complexas.

Nesse sentido, a atuação de um consultor jurídico dotado de conhecimentos específicos que o credencia ao pleno exercício da defesa estatal, cumpre satisfatoriamente a concretização dos direitos fundamentais da sociedade, balizando os interesses conflitantes numa atuação proporcional do direito.

Nesta linha intelectual, justifica-se a contratação direta, pois o processo licitatório jamais terá o condão de selecionar o profissional da advocacia mais recomendável para os interesses do Município de Cariré, posto que a notória especialização é verificada através de desempenho anterior, estudos, publicações, organização, técnica, resultados de serviços anteriores, sendo o trabalho essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação das necessidades do Poder Executivo.



Por sua vez, o serviço singular é aquele ministrado por profissional que comprovadamente demonstre, em trabalhos anteriores, a sua destacada habilidade técnica, que o credencia para o objeto do contrato.

Neste sentido, é perfeitamente notória a proeminência de uma atividade assistida por escritórios conceituados e profissionais qualificados e de ampla experiência ao virtuoso cumprimento das finalidades, garantindo a perfeita legitimidade dos atos contábeis junto a administração pública.

Pois bem, tendo exaustivamente explanado a necessidade de uma ASSESSORIA JURÍDICA ESPECIALIZADA junto ao ente público, para perfeita e regular assistência e orientação dos atos próprios ao setor, faz-se mandatório de igual modo a avaliação Legal de tal contratação de forma inexigível ao regular processamento de contratações públicas.

A Constituição Federal de 1988 exige a realização de licitação para poder contratar com a administração pública, esta matéria é encontrada no Art. 37, XXI da CF/88 e na Lei Federal nº 8.666 de 1993, que trata também dos casos de inexigibilidade de licitação, situação na qual se enquadra o presente documento.

O inciso XXI do Art. 37 da CF/88 afirma que a lei poderá especificar casos em que os contratos administrativos poderão ser celebrados sem esta prévia licitação. A isso, a doutrina denomina "contratação direta". Assim, a regra na Administração Pública é a contratação precedida de licitação. Contudo, a legislação poderá prever casos excepcionais em que será possível a contratação direta, sem licitação.

Entretanto, devido a amplitude do conteúdo legalístico em questão, seremos direto quanto a hipótese de inexigibilidade de licitação, com foco no Art. 25, Inciso II da Lei nº 8.666/93. Vejamos:

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;

Vejamos agora, quais são esses serviços de que trata o Art. 13, com especial atenção para as situações descritas nos incisos III e V:

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.

VIII - (Vetado).

§ 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.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de

dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.

Em resumo, pode-se perceber com evidência que os serviços técnicos profissionais especializados, quando tiverem natureza singular, poderão ser contratados pela Administração Pública mesmo sem licitação, desde que o contratado tenha notória especialização.

Como se nota, estes serviços já podiam ser contratados através de “inexigibilidade de licitação” desde que atendida a tríplice condição do texto legal: “Serviço técnico especializado, natureza singular e notória especialização”. Assim, para que haja a contratação direta por inexigibilidade, é necessário, portanto, o preenchimento de três requisitos cumulativos:

a) serviço técnico: são aqueles enumerados, exemplificativamente, no Art. 13 da Lei 8.666/1993, tais como: estudos, planejamentos, pareceres, perícias, patrocínio de causas etc.;

b) serviço singular: a singularidade do serviço depende da demonstração da excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita e da impossibilidade de sua execução por parte de um profissional comum; e

c) notória especialização do contratado: destaque e reconhecimento do mercado em sua área de atuação, o que pode ser demonstrado por várias maneiras (estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento etc.)” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed., São Paulo: GEN/Método, 2017, p. 554-555).

Nesse sentido, é o entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União:

Súmula 252-TCU: A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.

O Supremo Tribunal Federal apontava alguns requisitos, dentre eles a natureza singular do serviço.

A contratação direta de escritório de advocacia, sem licitação, deve observar os seguintes parâmetros:

- a) existência de procedimento administrativo formal;
- b) notória especialização profissional;
- c) natureza singular do serviço;
- d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público;
- e) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado.

STF. 1ª Turma. Inq 3074, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 26/8/2014.

O Superior Tribunal de Justiça também exigia a natureza singular do serviço:

Jurisprudência em Teses (Ed. 97):

Tese 7: A contratação de advogados pela administração pública, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, deve ser devidamente justificada com a demonstração de que os serviços possuem natureza singular e com a indicação dos motivos pelos quais se entende que o profissional detém notória especialização.

“(…) V - A inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, da Lei n. 8.666/93 não se contenta com a natureza técnica do serviço contratado. Exige a conjugação da natureza técnica (art. 13) com a natureza singular e a notória especialização dos profissionais ou empresas (art. 25, II). Assim, deve prevalecer o entendimento exposto no decisum recorrido, e não aquele que pretende, ao arrepio da lei, generalizar a inexigibilidade de licitação para todas as contratações de serviços advocatícios. (...)” STJ. 2ª Turma. AREsp 1543113/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 10/03/2020.

Contudo, a Lei nº 14.039/2020 inseriu dispositivos no Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) e na Lei dos Contadores (DL 9.295/46) afirmando, expressamente, que os serviços prestados pelos



advogados e profissionais de contabilidade são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei. Veja a recentíssima alteração relativa aos advogados e contadores:

Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB):

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.

Lei dos Contadores (DL 9.295/46):

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.

A Lei nº 14.039/2020, de forma sutil, tentou abolir, na prática, um dos requisitos exigidos pela Lei nº 8.666/93 e pela jurisprudência: a natureza singular do serviço.

Em outras palavras, em uma interpretação literal, o que dispositivo afirma é que o serviço desempenhado pelo profissional deve ser considerado técnico e singular quando for comprovada a sua notória especialização.

Além do mais, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça, a mera existência de corpo jurídico no âmbito da municipalidade, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público (REsp n. 1.626.693/SP, Rel. Acd. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 03/05/2017). E, recentemente reiterou seu entendimento no informativo n. 723:

“Dado o princípio da tipicidade estrita, se o objeto a ser contratado estiver entre as hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, não há falar em crime, por atipicidade da conduta. Conforme disposto no art. 74, III, da Lei n. 14.133/2021 e no art. 3º-A do Estatuto da Advocacia, o requisito da singularidade do serviço advocatício foi suprimido pelo legislador, devendo ser demonstrada a notória especialização do agente contratado e a natureza intelectual do trabalho a ser prestado. A mera existência de corpo jurídico próprio, por si só, não inviabiliza a contratação de advogado externo para a prestação de serviço específico para o ente público. Se estão ausentes o dolo específico e o efetivo prejuízo aos cofres públicos, impõe-se a absolvição do réu da prática prevista no art. 89 da Lei n.º 8.666/93. STJ, 5ª Turma, AgRg no HC 669347-SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato” (Desembargador Convocado do TJDF), Rel. Acd. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 13/12/2021 (Info 723).

Nesse cenário, ainda que as ações ajuizadas pelo escritório de advocacia contratado tratassem de temas tributários, não seria razoável exigir dos advogados públicos ou procuradorias de municípios de pequeno porte que tenham competências específicas para atuar em demandas complexas.


Tal posicionamento encontra-se em consonância com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, relator da ADC 45, o qual propôs a seguinte tese:

"São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado".

Conforme a ADC, a inexigibilidade de licitação é o meio regular para a contratação de advogados pela administração pública em razão da confiança intrínseca à relação advogado e cliente. Além disso, a inexigibilidade pode se manifestar ainda quando existam vários especialistas aptos a prestarem o serviço pretendido pela administração, já que todos se distinguem por características marcadas pela subjetividade, por suas experiências de cunho particular. Por esse motivo, diz a entidade, utilizando-se da discricionariedade a ela conferida, avaliando conceitos variáveis em maior ou menor grau, a administração escolhe um dos especialistas em detrimento dos demais existentes.

Face o exposto, opinamos pela possibilidade de contratar por inexigibilidade de licitação, desde que o escritório demonstre sua notória especialização na área. Para tanto, sugerimos que seja requerido junto ao escritório toda documentação rotineira inerente a sua qualificação jurídica, fiscal e econômica, bem como sua qualificação técnica de modo a comprovar a notoriedade dos serviços em comento. Sem mais, renovamos votos de estima, apreço e consideração.

Cariré-CE, 21 de Julho de 2023.

  
**ARNÓBIO DE AZEVEDO PEREIRA**  
Presidente da Comissão Permanente de Licitação