

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

CARGO DE PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

Prova Discursiva P_4 – Dissertação

Aplicação: 09/07/2023

PADRÃO DE RESPOSTA

A Lei n.º 14.133/2021 prevê, como regra geral, a manutenção contratual, conforme disposto no seu artigo 147. Em razão disso, o gestor público deve buscar o saneamento ou a convalidação do ato ou contrato administrativo que estiver maculado com o vício de legalidade.

A convalidação é o instituto do direito administrativo que sana os defeitos do ato ou contrato administrativo, preservando os seus efeitos; já a invalidação fulmina do ordenamento jurídico o ato ou contrato administrativo viciado, caso em que os seus efeitos poderão ser ou não preservados, nos termos da Lei n.º 14.133/2021.

A regra, no ordenamento jurídico pátrio, é a convalidação, pois esta preserva, além da legalidade, os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da eficiência.

A denominada discricionariedade administrativa consiste na margem de liberdade conferida ao gestor pela lei, para que ele escolha a solução que melhor atenda ao interesse público no caso concreto. A discricionariedade prevista em lei pode inexistir no caso concreto, caso exista uma única solução que atenda ao interesse público.

A denominada vinculação administrativa resulta na inexistência de margem de liberdade ao gestor, pois a lei já prevê a única solução possível em um caso concreto.

Se a autoridade puder convalidar um contrato, então isso se impõe, não havendo, pois, discricionariedade nesse momento. Trata-se de hipótese de vinculação.

No caso de um contrato administrativo viciado, o art. 147 da Lei n.º 14.133/2021 prevê que, na impossibilidade do saneamento desse instrumento, o agente público somente deverá invalidá-lo caso, após a avaliação dos critérios legais (incisos de I a XI do art. 147), essa for a medida apta para a satisfação do interesse público.

Caso o ato ou contrato administrativo viciado não possa ser saneado e, portanto, convalidado, ele permanecerá produzindo os seus regulares efeitos se, à luz dos incisos de I a XI do artigo 147, a sua invalidação for mais gravosa à tutela do interesse público do que a sua preservação (art. 147, parágrafo único, da Lei n.º 14.133/2021).

Assim, um contrato administrativo inválido pode continuar produzindo efeitos válidos no ordenamento jurídico pela regra de calibragem prevista no art. 147, parágrafo único, da Lei n.º 14.133/2021.

Vê-se, portanto, haver uma clara limitação da discricionariedade administrativa, já que a invalidação de atos ou contratos administrativos, sob a égide da Lei n.º 14.133/2021, é medida excepcional.

Se o ato ou contrato administrativo puder ser convalidado, os efeitos pretéritos serão preservados. Se o contrato for declarado nulo, os efeitos poderão ser modulados, nos termos do art. 148, § 2.º, segundo o qual “a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez”.

Se o contrato viciado não for declarado nulo nem houver possibilidade de convalidação, os efeitos pretéritos e futuros serão mantidos, sendo a solução da irregularidade resolvida por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de sanções cabíveis aos que deram causa à ilegalidade (art. 147, parágrafo único).

O princípio da segurança jurídica visa a evitar alterações repentinas que instabilizem a situação dos administrados, bem como busca minorar os efeitos traumáticos que resultem de novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso.

O princípio da eficiência exige o alcance da solução ótima ao interesse público, com celeridade, transparência, economicidade e efetividade.

O princípio da boa-fé, aplicável tanto à administração quanto ao administrado, é largamente considerado pelo art. 147 da Lei n.º 14.133/2021 para fins de convalidação, invalidação ou preservação do ato ou contrato administrativo viciado.

Assim, a sopesagem desses princípios também indica a manutenção contratual como norte para o gestor e para a salvaguarda do interesse público.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 20, estabelece que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, e o art. 21 dispõe que “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”.

Dessa forma, a LINDB obriga a autoridade a analisar as consequências práticas da declaração de nulidade, em total consonância com o que fixou a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

QUESITOS AVALIADOS

Quesito 2.1

Conceito 0 – Não abordou o artigo 147 da Lei n.º 14.133/2021.

Conceito 1 – Abordou o artigo 147 da Lei n.º 14.133/2021, sem mencioná-lo como regra geral do contrato.

Conceito 2 – Abordou o artigo 147 da Lei n.º 14.133/2021 como regra geral dos contratos.

Quesito 2.2

Conceito 0 – Não abordou os conceitos de convalidação e invalidação ou não definiu corretamente invalidação, nem convalidação.

Conceito 1 – Definiu corretamente invalidação, mas não definiu convalidação, ou vice-versa.

Conceito 2 – Definiu corretamente invalidação e convalidação.

Conceito 3 – Definiu corretamente invalidação e convalidação, discorrendo que a Lei n.º 14.133/2021 obriga a convalidação sempre que possível.

Quesito 2.3

Conceito 0 – Não abordou sobre vinculação nem discricionariedade.

Conceito 1 – Discorreu sobre vinculação, mas não sobre discricionariedade, ou vice-versa.

Conceito 2 – Discorreu corretamente sobre vinculação e discricionariedade.

Conceito 3 – Discorreu corretamente sobre vinculação e discricionariedade, abordando expressamente que, em havendo possibilidade de convalidação, esta se impõe e, desta forma, não haverá discricionariedade à autoridade. A hipótese é de vinculação.

Quesito 2.4

Conceito 0 – Não abordou o que fazer na impossibilidade de saneamento do contrato, nem sobre os critérios legais previstos nos incisos I a XI do artigo 147.

Conceito 1 – Discorreu que, na impossibilidade de saneamento, pode ou não caber invalidação.

Conceito 2 – Discorreu que, na impossibilidade de saneamento, a invalidação deverá ser precedida da avaliação dos critérios legais (incisos I a XI do artigo 147).

Conceito 3 – Discorreu que, no caso de um contrato administrativo viciado, o artigo 147 da Lei n.º 14.133/2021 prevê que, na impossibilidade do saneamento desse instrumento, o agente público somente deverá invalidá-lo caso, após a avaliação dos critérios legais (incisos I a XI do artigo 147), se essa for a medida apta para satisfação do interesse público. Assim, a invalidação de atos ou contratos administrativos, sob a égide da Lei n.º 14.133/2021, é medida excepcional.

Quesito 2.5

Conceito 0 – Não abordou sobre os efeitos dos contratos.

Conceito 1 – Abordou os efeitos apenas quando o contrato for convalidado (*ex tunc*), nada discorrendo quando for invalidado (*ex nunc* ou *ex tunc*), ou vice-versa.

Conceito 2 – Abordou os efeitos quando o contrato for convalidado (*ex tunc*) e quando o ato for invalidado (*ex nunc* ou *ex tunc*).

Conceito 3 – Abordou os efeitos quando o contrato for convalidado (*ex tunc*) e quando o ato for invalidado (*ex nunc* ou *ex tunc*), bem como a possibilidade de modulação dos efeitos para os contratos ilegais que não forem mantidos no ordenamento.

Quesito 2.6

Conceito 0 – Não abordou sobre a forma de resolução dos contratos inválidos que se dá por perdas e danos.

Conceito 1 – Abordou apenas que, na hipótese de manutenção dos contratos inválidos, estes serão resolvidos por meio de indenização por perdas e danos.

Conceito 2 – Abordou que, na hipótese de manutenção dos contratos inválidos, estes serão resolvidos por meio de indenização por perdas e danos. Destacou ainda que haverá apuração de responsabilidade e a aplicação de sanções cabíveis aos que deram causa à ilegalidade (artigo 147, parágrafo único).

Quesito 2.7

Conceito 0 – Não abordou nenhum dos aspectos.

Conceito 1 – Abordou apenas um dos seguintes aspectos: (i) princípio da segurança jurídica, (ii) princípio da boa-fé, (iii) princípio da eficiência e (iv) tutela do interesse público.

Conceito 2 – Abordou apenas dois dos aspectos mencionados.

Conceito 3 – Abordou apenas três dos aspectos mencionados.

Conceito 4 – Abordou os quatro aspectos, mas de maneira insuficiente.

Conceito 5 – Abordou os quatro aspectos, destacando que os princípios indicam a manutenção contratual como norte para o gestor e atrelou a tutela do interesse público à necessidade de manutenção contratual.

Quesito 2.8

Conceito 0 – Não discorreu sobre a aplicação da LINDB.

Conceito 1 – Abordou a LINDB explanando que esta, em seus artigos 20 e 21, demonstra a necessidade de o gestor decidir levando em consideração as consequências práticas da decisão a ser tomada (consequencialismo).

Conceito 2 – Abordou a LINDB explanando que esta, em seus artigos 20 e 21, demonstra a necessidade de o gestor decidir levando em consideração as consequências práticas da decisão a ser tomada (consequencialismo). Destacou que a Lei n.º

14.133/2021 está em consonância com a LINDB, já que obriga o gestor a sopesar as consequências práticas da declaração de nulidade de um contrato administrativo.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

CARGO DE PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

Prova Discursiva P_4 – Questão 1

Aplicação: 09/07/2023

PADRÃO DE RESPOSTA

No julgamento da ADI 5.659, o STF abandonou a distinção entre *software* “de prateleira” e *software* por encomenda como critério para definir se o objeto do contrato seria a venda de mercadoria ou a prestação de serviço. Segundo o entendimento atual do STF, tanto nos contratos que envolvem *softwares* “de prateleira” (padronizados) quanto naqueles que envolvem *softwares* por encomenda, a comercialização de licenciamento de uso tem por objeto a prestação de um serviço. Assim, o STF entende que não há circulação de mercadorias, mas apenas prestação de serviço nessas modalidades de comercialização de *software*.

Portanto, segundo a jurisprudência atual do STF, definida na ADI 5.659, incidirá apenas ISS na comercialização do licenciamento de *softwares* disponibilizados via *download*, uma vez que o objeto do contrato é uma prestação de serviço. Ainda que o contrato envolva a comercialização de licenciamento de uso de *software* “de prateleira”, não há venda de mercadoria, o que afasta a incidência de ICMS na operação.

No tocante à remessa de recursos ao exterior, esta foi realizada por causa da aquisição da licença de uso do *software*. Nesse caso, há uma remuneração para o titular do direito autoral sobre o *software*, a qual tem a natureza jurídica de *royalties*, para fins tributários, conforme o disposto no art. 22 da Lei n.º 4.506/1964. Por essa razão, sobre a remessa de recursos ao exterior, cuja natureza é de pagamento de *royalties*, incidirá o imposto de renda retido na fonte.

QUESITOS AVALIADOS

Quesito 2.1

Conceito 0 – Indicou que o objeto do contrato é a circulação de mercadoria.

Conceito 1 – Indicou que o objeto do contrato é a prestação de serviço, sem referência à jurisprudência atual do STF.

Conceito 2 – Indicou que o objeto do contrato é a prestação de serviço, nos termos da jurisprudência atual do STF.

Quesito 2.2

Conceito 0 – Indicou que o objeto do contrato é a circulação de mercadoria.

Conceito 1 – Indicou que o objeto do contrato é a prestação de serviço, sem referência à jurisprudência atual do STF.

Conceito 2 – Indicou que o objeto do contrato é a prestação de serviço, nos termos da jurisprudência atual do STF.

Quesito 2.3

Conceito 0 – Não indicou que incide somente o ISS.

Conceito 1 – Indicou que haverá incidência apenas de ISS, tanto para *softwares* “de prateleira” quanto para *softwares* por encomenda, segundo a jurisprudência do STF.

Quesito 2.4

Conceito 0 – Não indicou que incide IRRF.

Conceito 1 – Indicou que se trata de IR, mas não especificou o IRRF.

Conceito 2 – Indicou que se trata de IRRF.

Quesito 2.5

Conceito 0 – Não indicou a natureza jurídica (*royalties*) nem indicou o fundamento legal (art. 22 da Lei n.º 4.506/1964).

Conceito 1 – Indicou corretamente a natureza jurídica (*royalties*), mas não indicou o fundamento legal (art. 22 da Lei n.º 4.506/1964).

Conceito 2 – Indicou corretamente a natureza jurídica (*royalties*) e o fundamento legal (art. 22 da Lei n.º 4.506/1964).

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

CARGO DE PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

Prova Discursiva P_4 – Questão 2

Aplicação: 09/07/2023

PADRÃO DE RESPOSTA

Segundo o art. 68, III e IV, da Lei n.º 14.133/2021, a regularidade fiscal e a regularidade do licitante perante a seguridade social devem ser demonstradas pela licitante no momento da sua habilitação fiscal.

Como o art. 31, § 4.º, da Lei n.º 14.133/2021 prevê que no leilão não há fase de habilitação, essa lei não exige que o licitante interessado demonstre a sua regularidade fiscal e regularidade perante a seguridade social no curso do certame e para celebração do contrato administrativo.

O leilão suprimiu a fase de habilitação por uma questão lógica, pois as qualificações do licitante no caso do leilão são irrelevantes para o sucesso e a necessidade da alienação, já que a administração deseja se desfazer do bem de forma célere.

Neste contexto, subsiste a necessidade de o vencedor do leilão demonstrar a sua regularidade perante a seguridade social, sem o que ele não poderá celebrar contrato com o poder público prevendo a alienação dos bens leiloados, nos termos do art. 195, § 3.º, da Constituição Federal de 1988 (CF).

Assim, o licitante não é obrigado a demonstrar a sua regularidade fiscal para participar do leilão e celebrar o contrato administrativo, mas é obrigado a demonstrar a sua regularidade perante a seguridade social para celebrar o contrato administrativo prevendo a alienação dos bens leiloados.

QUESITOS AVALIADOS

Quesito 2.1

Conceito 0 – Não abordou que inexistente fase de habilitação no leilão.

Conceito 1 – Abordou a inexistência de fase de habilitação no leilão, nos termos do art. 31, § 4.º, da Lei n.º 14.113/2021.

Conceito 2 – Abordou a inexistência de fase de habilitação no leilão, tendo em vista o art. 31, § 4.º, da Lei n.º 14.113/2021, e a desnecessidade dessa fase para os fins da modalidade, já que as qualificações do licitante no caso do leilão são irrelevantes para o sucesso da alienação.

Quesito 2.2

Conceito 0 – Não abordou a necessidade de o vencedor do leilão demonstrar sua regularidade perante a seguridade social.

Conceito 1 – Abordou a necessidade de o vencedor do leilão demonstrar sua regularidade perante a seguridade social.

Conceito 2 – Abordou a necessidade de o vencedor do leilão demonstrar a sua regularidade perante a seguridade social, sem o que ele não poderá celebrar contrato com o Poder Público prevendo a alienação dos bens leiloados, citando expressamente o art. 195, § 3.º, da Constituição da República.

Quesito 2.3

Conceito 0 – Não abordou que há distinção entre participar do leilão e celebrar o contrato administrativo.

Conceito 1 – Abordou a distinção entre participar do leilão e celebrar o contrato o contrato em termos de regularidade fiscal e perante a seguridade social.

Conceito 2 – Abordou a distinção entre participar do leilão e celebrar o contrato o contrato em termos de regularidade fiscal e perante a seguridade social, concluindo que o licitante não é obrigado a demonstrar a sua regularidade fiscal para participar do leilão e celebrar o contrato administrativo, mas é obrigado a demonstrar a sua regularidade perante a seguridade social para celebrar o contrato administrativo prevendo a alienação dos bens leiloados.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

CARGO DE PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL

Prova Discursiva P_4 – Questão 3

Aplicação: 09/07/2023

PADRÃO DE RESPOSTA

O § 2.º do art. 19 da CF/1967 permitia à União, por meio de lei complementar, instituir isenções heterônomas. Tal dispositivo não foi repetido na CF/1988, que trata diferentemente o tema, no art. 151, III. Permitem-se as isenções autonômicas, que são as concedidas por um ente federativo em relação a tributos de sua competência. Por outro lado, vedam-se, como regra geral, as isenções heterônomas, que são aquelas concedidas por um ente federativo em relação a tributo de ente diverso.

Essa sistemática alicerça-se no binômio “instituir-isentar”, que sintetiza o postulado constitucional segundo o qual é competente para isentar o titular da competência para tributar.

Esse arranjo constitucional tem por finalidade fortalecer a forma federativa de Estado, elevada à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, I, da CF).

Os tratados internacionais que concedem isenções de tributos estaduais e municipais configuram uma exceção à regra do art. 151, III, da CF.

Esses tratados são celebrados com fundamento na competência privativa do presidente da República (art. 84, VIII, da CF), na condição de chefe de Estado, e não na condição de chefe de governo, com referendo congressional, em razão da competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados internacionais (art. 49, I, da CF).

Na celebração desses tratados, a União não atua como pessoa política de direito público interno, mas, sim, como representante da República Federativa do Brasil (do Estado brasileiro), a qual tem *status* de pessoa jurídica de direito público internacional, sujeito de direito na ordem internacional, e detentora de soberania.

A jurisprudência do STF já se pacificou em relação ao tema, sendo favorável à concessão de isenções tributárias heterônomas mediante tratados internacionais.

Jurisprudência de referência: RE 543.943 AgR, Rel. min. Celso de Mello, DJe de 15/2/2011; AI 235.708 AgR, Rel. min. Gilmar Mendes, DJe de 17/9/2010; RE 229.096, Red. p/ Acórdão min. Cármen Lúcia, DJe de 11/4/2008; ADI 1600, Red. p/ Acórdão min. Nelson Jobim, DJe de 20/6/2003.

QUESITOS AVALIADOS

QUESITO 2.1

Conceito 0 – Não mencionou que a CF/1988 trata o tema diferentemente da CF/1967, nem mencionou o art. 151, III.

Conceito 1 – Mencionou apenas uma das informações essenciais (tratamento diferente ou art. 151, III).

Conceito 2 – Mencionou as duas informações essenciais (tratamento diferente e art. 151, III).

QUESITO 2.2

Conceito 0 – Não mencionou nenhuma das duas noções (1 – noção de isenções autonômicas, concedidas por um ente federativo em relação a tributos de sua competência; 2 – noção de isenções heterônomas, concedidas por um ente federativo em relação a tributo de ente diverso), ou o fez de forma totalmente equivocada.

Conceito 1 – Mencionou corretamente apenas uma das duas noções.

Conceito 2 – Mencionou corretamente as duas noções.

QUESITO 2.3

Conceito 0 – Não mencionou nenhuma das informações essenciais (1 – simples menção ao binômio “instituir-isentar”; 2 – caracterização: é competente para isentar o titular da competência para tributar) ou o fez de forma totalmente equivocada.

Conceito 1 – Mencionou corretamente apenas uma das informações essenciais.

Conceito 2 – Mencionou corretamente as duas informações essenciais.

QUESITO 2.4

Conceito 0 – Não mencionou nenhuma das informações essenciais (1 – a sistemática adotada tem por finalidade proteger a forma federativa de Estado; 2 – alçada à condição de cláusula pétrea, conforme o art. 60, § 4.º, I, da CF), ou o fez de forma totalmente equivocada.

Conceito 1 – Mencionou corretamente apenas uma das informações essenciais.

Conceito 2 – Mencionou corretamente as duas informações essenciais.

QUESITO 2.5

Conceito 0 – Não mencionou que os tratados internacionais que concedem isenções tributárias de tributos estaduais e municipais representam exceção à sistemática do art. 151, III.

Conceito 1 – Mencionou corretamente a informação.

QUESITO 2.6

Conceito 0 – Não mencionou nenhuma das informações essenciais (1 – competência privativa do Presidente da República; 2 – prevista no art. 84, VIII, da CF; 3 – complementada pela atuação congressual, em razão da competência exclusiva do Congresso Nacional; 4 – conforme o art. 49, I, da CF), ou o fez de forma totalmente equivocada.

Conceito 1 – Mencionou corretamente apenas uma das informações essenciais.

Conceito 2 – Mencionou corretamente apenas duas das quatro informações essenciais.

Conceito 3 – Mencionou corretamente apenas três das quatro informações essenciais.

Conceito 4 – Mencionou corretamente todas as quatro informações essenciais.

QUESITO 2.7

Conceito 0 – Não mencionou nenhuma das informações essenciais (1 – presidente atua como chefe de Estado; 2 – não atua como chefe de governo) ou o fez de forma totalmente equivocada.

Conceito 1 – Mencionou corretamente apenas uma das informações essenciais.

Conceito 2 – Mencionou corretamente as duas informações essenciais.

QUESITO 2.8

Conceito 0 – Não mencionou nenhuma das duas informações essenciais (1 – União não como ordem jurídica parcial, mas sim como presentante da República Federativa do Brasil; 2 – República Federativa do Brasil é a detentora da personalidade jurídica de direito público internacional e de soberania), ou o fez de forma totalmente equivocada.

Conceito 1 – Mencionou corretamente apenas uma das informações essenciais.

Conceito 2 – Mencionou corretamente as duas informações essenciais.

QUESITO 2.9

Conceito 0 – Não mencionou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é favorável à concessão de isenções tributárias heterônomas mediante tratados internacionais.

Conceito 1 – Mencionou corretamente a informação.