

**GABARITO
OFICIAL DA
PROVA ESCRITA
ESPECIALIZADA DA
BANCA DE DIREITO
CONSTITUCIONAL,
DIREITO
ADMINISTRATIVO E
DIREITO TRIBUTÁRIO**

21/10/2018

Ponto sorteado: 2 (dois)

1ª Questão – Direito Constitucional (Valor: 40 pontos)

O Estado Beta editou uma lei ordinária estabelecendo a exigência de Programa de Integridade às empresas que celebrem contrato, consórcio, convênio ou parceria público-privada com a administração direta, indireta e fundacional, cujos valores pactuados sejam superiores a cem mil reais para serviços e compras. Aduz expressamente que o referido comando tem por objetivo proteger a administração pública estadual por atos lesivos que possam resultar em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e fraudes contratuais, bem como promover maior segurança e transparência na consecução contratual. A Empresa ABCD Engenharia, afastada do certame licitatório por inexistência de programa de integridade, impetrou mandado de segurança ao argumento de que tal medida não encontraria amparo no texto constitucional. Isso porque, no âmbito econômico, a Constituição da República, em seu artigo 170, norma de eficácia plena, não somente enfatizou a livre iniciativa como princípio fundante, como também não estabeleceu nos incisos respectivos nenhuma norma que pudesse destacar, em contraposição, a defesa do patrimônio público, restrição esta que, para justificar a validade do diploma legal editado, deveria estar alocada no Capítulo I do Título VII, que versa sobre princípios gerais da atividade econômica. Nesse sentido, segundo a referida empresa, a medida teria lhe imposto um ônus exacerbado, configurando-se, portanto, desproporcional.

Operacionalize, de modo argumentativamente detalhado, o postulado hermenêutico cabível para a hipótese acima narrada, a fim de equacionar o embate levantado, apontando a solução apropriada.

Resposta objetivamente fundamentada.

In casu, o postulado apropriado para a justificação da decisão é o postulado da proporcionalidade, o qual é composto por três fases constantes e inflexíveis, segundo sólida doutrina e jurisprudência: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, já que se encontra configurado um conflito principiológico.

No tocante ao primeiro passo, infere-se que a exigência legal de instituição de programa de integridade é adequada aos fins a que se destina, qual seja, a defesa do patrimônio público e, nos precisos termos da questão, proteção à administração pública estadual por atos lesivos que possam resultar em prejuízos financeiros causados por irregularidades, desvios de ética e fraudes contratuais, bem como promoção de maior segurança e transparência na consecução contratual. Observa-se, portanto, a busca por uma relação de causa e efeito entre o meio escolhido e o fim buscado, razão pela qual a medida se mostra adequada.

Já em relação à necessidade, esse conceito é melhor compreendido quando contextualizado inversamente: um meio é desnecessário quando promove uma agressão maior do que a necessária para a realização do fim principiológico buscado. Essa é a análise que deve ser realizada pelo candidato, valendo-se de argumentos materiais. Não vislumbramos meios que alcancem igual resultado e imponham ônus menos exacerbado aos eventuais contratantes com o Poder Público. Vale destacar que o valor mínimo

contratado não se mostra elevado, de modo a exigir também nas pequenas contratações o programa de integridade. Além disso, preserva a existência da empresa para outras atividades, caso não seja a contratação com o Poder Público estadual em valor superior a cem mil reais. Assim, seguindo o raciocínio trilhado, a restrição estabelecida parece estar apta a ultrapassar a segunda etapa do postulado, de forma a permitir o ingresso na etapa seguinte.

Entretanto, importante destacar que nesse estágio cabe ao candidato posicionar-se argumentativamente sobre a indagação posta, ainda que venha a discordar, mediante alegações sólidas e coerentes, da conclusão acima exarada, ou seja, que a finalidade poderia ser alcançada em grau semelhante sem a necessidade de exigência de programa de integridade.

Por fim, a última e terceira etapa consiste na proporcionalidade em sentido estrito. Nessa etapa procedimental, o juízo de análise considera a unidade constitucional, modulando a concordância prática entre as normas conflitantes: o patrimônio público *versus* a livre iniciativa empresarial, atuante na ordem econômica. É sobre esse raciocínio que deve o candidato se debruçar.

A análise hermenêutica exigida passa pelos seguintes aspectos materiais no que toca ao patrimônio público:

- a) a defesa do patrimônio público cobra atenção em diversos focos, vez que a gestão do referido patrimônio norteia-se pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência;
- b) sob outro ângulo, destaca-se que, como decorrência imediata do princípio republicano, uma das bases de nossa Constituição, o patrimônio público pertence em igual medida a todos os cidadãos, devendo ser gerido em prol de seus interesses. Nessa linha, por a todos atingir, caracteriza-se como instrumento para a concretização de direitos fundamentais prestacionais às pessoas, bem como para a implementação das demais políticas públicas que venham a melhorar a qualidade de vida das pessoas e alavancar a economia.

Já no que tange à livre iniciativa empresarial, temos que:

- a) como princípio constitucional, traz ínsita a noção de ausência de barreiras indevidas para o exercício da atividade constante de seu ato constitutivo;
- b) a Carta de 1988 opta por um modelo normativo no qual prioriza a liberdade em detrimento de uma forte intervenção estatal no domínio da atividade econômica.

Assim, na busca pelo equacionamento da questão, o embate entre os dois lados contrapostos, sob nossa ótica, deve gerar uma solução que priorize os argumentos favoráveis aos aspectos materiais tocantes ao patrimônio público. Isso porque, paralelamente, a existência da empresa decorre de uma ficção jurídica, já que no mundo puramente fático, sem ordenamento jurídico, somente a pessoa física existe. Reforce-se este argumento com o fato de a Constituição de 1988 ter como pedra angular a pessoa. Nessa linha desenvolvida, para a preservação da unidade constitucional, deve-se priorizar a norma principiológica que melhor concretize as projeções imediatas da pessoa, em contraposição àquelas que priorizem imediatamente os interesses das empresas.

Pelo exposto, a terceira etapa nos encaminha à conclusão de que a medida restritiva atende a proporcionalidade em sentido estrito e, por esta razão, não se deve inferir a existência de qualquer vício na lei estadual que instituiu a exigência de programa de integridade.

Todavia, faz-se relevante consignar que, nesse estágio, cabe ao candidato se posicionar argumentativamente sobre o atendimento à unidade constitucional e à concordância prática entre as normas em embate, ainda que venha a discordar, mediante alegações sólidas e coerentes, da conclusão acima exarada. Nesse sentido, o posicionamento que tenha por inválida a exigência de programa de integridade das empresas também será considerado possível, se os argumentos que o sustentam apresentem a solidez necessária no sentido de demonstrar que se preservou a unidade constitucional com a configuração defendida.

2ª Questão – Direito Constitucional (Valor: 60 pontos)

A Lei Z/2017, que estabelece determinadas medidas conformadoras de um direito fundamental social consignado na Constituição do Estado Alfa, norma repetidora da Constituição da República de 1988, aos grupos A, B, C e D, é fortemente criticada por importantes atores do mundo jurídico, entendendo estes que essa lei não respeita o princípio da isonomia, ao não incluir como destinatários do referido direito os grupos E, F e G, que, por suas específicas características, também deveriam figurar como beneficiários naquele diploma legislativo. A Assembleia Legislativa do referido Estado decide então disciplinar o referido tema de forma mais abrangente e, por iniciativa de uma de suas Comissões, dá início ao processo de produção de uma nova lei, o projeto de lei Y. Todavia, sucumbindo ao argumento de que uma possível demora no processo legislativo ordinário poderia prejudicar os citados grupos E, F e G, o Governador do Estado, exercendo função atípica, edita a Medida Provisória X e disciplina a matéria, dispondo então que o direito previsto na Lei Z poderia ser usufruído, em igualdade de condições, não só por A, B, C e D, mas também por E, F e G. Ultrapassado, no entanto, o prazo constitucional estabelecido, a medida provisória não foi convertida em lei, perdendo suas normas a eficácia jurídica respectiva. Quarenta dias passados dessa ocorrência (perda de eficácia jurídica por parte da referida medida provisória), a Assembleia Legislativa concluiu a votação do projeto de lei Y, cujo propósito era o de originar uma lei mais abrangente, aprovando-o e encaminhando-o ao Governador do Estado para sanção ou veto. Este resta silente e resolve não se manifestar, por entender que a nova lei proposta pela Assembleia Legislativa é falha, já que deixa de contemplar o grupo G dentre seus beneficiários. Por sua vez, ultrapassados 60 dias da perda de eficácia da medida provisória X, a Assembleia Legislativa não editou decreto legislativo referente às relações jurídicas decorrentes do período em que esteve vigente o referido ato normativo (medida provisória X). O Grupo G, inconformado com a situação, encaminha ao Ministério Público estadual representação narrando o ocorrido e solicitando a adoção de eventuais medidas judiciais pelo órgão.

Nesse sentido, e utilizando-se das informações contidas no relato, responda, de forma justificada, as questões abaixo:

- a) Tendo como referência a validade dos atos de poder praticados a partir das regras de competência constitucional, quais grupos, no decorrer do tempo, estavam aptos a receber os benefícios do direito fundamental social objeto da normatização, considerando as rupturas nas regulações jurídicas decorrentes da narrativa acima?
- b) O Ministério Público estadual conta com atribuição para atuar na problemática?
- c) Há providência ou providências jurisdicionais a serem adotadas pelo Ministério Público estadual? Caso positivo, especificá-la(s), apontando, se for o caso, a mais adequada e útil.

Resposta objetivamente fundamentada.**Item a)**

O candidato deve distinguir entre quatro fases:

- 1) antes da edição da MP X – somente os grupos A, B, C e D foram beneficiados, em conformidade com o que preceitua a Lei Z/2017;
- 2) período de vigência da MP – todos os grupos (A, B, C, D, E, F e G) foram beneficiados. A eficácia da Lei Z/2017 tem seus efeitos suspensos pela MP X, que passa a regular a matéria. No caso, não tendo havido a edição de decreto legislativo que regulamentasse as relações jurídicas da MP X não convertida, em acordo com o que dispõe o §11 do Art. 62 da CF/88, reconhecidas foram as relações jurídicas produzidas no período de vigência da MP;
- 3) período posterior à perda de eficácia da MP X, mas anterior à edição da Lei Y – somente os grupos A, B, C e D foram beneficiados. Deu-se, no período, o retorno da eficácia da Lei Z, tendo em vista que a não conversão da MP X reativa a eficácia da Lei Z;
- 4) após a promulgação da Lei Y – foram beneficiados os grupos A, B, C, D, E e F. O silêncio do governador quanto à sanção ou veto implica em sanção tácita da Lei Y (§3º do Art. 65 da CF/88), que passa a reger a matéria.

Item b)

Considerando que a lei que deixou de incluir o grupo G como beneficiário para fruição do direito fundamental social (Lei Estadual Y) foi produzida pelo Poder Legislativo Estadual, o MP estadual tem atribuição para atuar. Por outro lado, encontra-se em causa direito indisponível, em razão da natureza do direito fundamental social, pelo que, nos moldes do *caput* do artigo 127 da Constituição da República, há poder-dever de atuação ministerial.

Item c)

Há duas frentes a serem invocadas: discussão da lei Y em tese e o enfrentamento perante processo subjetivo.

No tocante à primeira, é cabível tanto ação direta de inconstitucionalidade por omissão parcial, vez que o Grupo G não restou beneficiado, inobstante se encontrasse em igualdade de condições, como também ação direta de inconstitucionalidade, em virtude da afronta ao princípio da igualdade, proferindo-se pedido de decisão aditiva no sentido de incluir o grupo G, valendo-se da técnica da interpretação conforme. No tocante à segunda opção (ação direta de inconstitucionalidade), há controvérsia em relação à possibilidade, já que o Judiciário estaria atuando como legislador positivo, ao invés de meramente legislador negativo, o que poderia ensejar a alegação de violação da separação de poderes. Outrossim, a mais útil é

essa última, já que procedência pode ocasionar imediatamente a fruição do respectivo direito, enquanto na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, há apenas a declaração de mora do Legislador, sem garantir a fruição do direito.

No que concerne à segunda frente, em tese, cabe tanto ação civil pública, como também o mandado de injunção coletivo, já que em ambos os casos se vislumbram adequação e utilidade. Inobstante em ambos os casos haver a possibilidade de antecipação de tutela, a segunda medida apontada (mandado de injunção coletivo) mostra-se mais útil, vez que o rito do mandado de injunção coletivo é mais abreviado. Além disso, não só a decisão definitiva conta com caráter mandamental, como também se caracteriza por possuir maior potencial concretizador.

3ª Questão – Direito Administrativo (Valor: 50 pontos)

O Ministério Público com atribuição instaurou inquérito civil para apurar notícias de eventuais irregularidades praticadas pela gestão da empresa pública Comercial Brasil de Energia (CBE) no exercício de 2014. Ao longo do procedimento de apuração, evidenciou-se que a estatal havia celebrado contrato com a ABC Geração Ltda., uma produtora independente de energia, visando ao suprimento da demanda energética.

Diante do inadimplemento parcial do ajuste por parte do particular contratado, a empresa pública celebrou termo de solução amigável da controvérsia, em que se acordou que 30% da multa aplicada à ABC Geração Ltda. seriam deduzidos de pagamentos futuros ainda devidos à contratada, ao passo que os 70% restantes seriam convertidos em obrigação de fazer, mediante a disponibilização de potência além do prazo de vigência contratual.

À luz da situação narrada, emita pronunciamento a respeito da juridicidade da postura adotada pela empresa pública, abordando as categorias jurídicas aplicáveis à hipótese.

Resposta objetivamente fundamentada.

O candidato deve, inicialmente, reconhecer que não há discricionariedade na aplicação de penalidades contratuais. Assim, evidenciado o inadimplemento parcial do ajuste por parte do particular contratado, impõe-se a aplicação da sanção contratualmente prevista.

Isso não significa, porém, que a aplicação da penalidade contratual seja um fim em si e que soluções consensuais não possam ser buscadas pelas partes interessadas, como forma de conferir primazia à eficiência administrativa. Nesse campo, caberá ao candidato demonstrar conhecimento a respeito das transformações / mutações por que vêm passando conceitos e categorias tradicionais do direito administrativo, trazendo à discussão o princípio da consensualidade administrativa como eixo teórico que ampara a celebração de acordos substitutivos de sanção administrativa – de forma específica, na hipótese narrada no enunciado da questão, a celebração do “termo de solução amigável da controvérsia”.

A aplicação da consensualidade, ao flexibilizar a conduta imperativa e unilateral do Estado-Administração, deve estar fundamentada na aplicação direta e concreta de princípios que regem a atuação administrativa, não raro implicando mitigação do próprio princípio da legalidade estrita. Assim, os acordos substitutivos de sanção devem justificar-se

especialmente à luz do princípio da eficiência e da continuidade do serviço público, além de serem tecnicamente motivados.

O candidato também deve indicar a tendência legislativa de reconhecer a possibilidade de a administração pública buscar formas consensuais de composição de seus conflitos. Nesse sentido, podem ser citadas, dentre outras, a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito administrativo, e a recente Lei nº 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), em especial em seu artigo 26.

4ª Questão – Direito Administrativo (Valor: 50 pontos)

O ex-Prefeito do Município XYZ, além de ocupar a chefia do Poder Executivo e responder pela administração superior do ente político, também exerceu a direção do Fundo Municipal de Assistência à Infância, responsabilizando-se, como ordenador de despesas, por sua gestão orçamentária, financeira, contábil e patrimonial.

Em 2017, o Tribunal de Contas competente, ao identificar que as contas do referido fundo relativas ao exercício de 2010 não foram apresentadas ao órgão de controle externo, resolve instaurar Tomada de Contas. Ao final de sua instrução, observado o contraditório e ampla defesa, restaram comprovadas infrações contra as leis de finanças públicas e a ocorrência de dano ao erário, fazendo com que o Tribunal emitisse decisão em desfavor do ex-Prefeito, julgando irregulares as contas, aplicando-lhe multa e imputando-lhe o débito apurado em decorrência do dano à Fazenda Municipal.

Discorra sobre a juridicidade da atuação da Corte de Contas estadual e seus eventuais reflexos na função fiscalizatória do Ministério Público.

Resposta objetivamente fundamentada.

Inicialmente, o candidato deve demonstrar conhecimento a respeito da distinção entre “contas de governo” e “contas de gestão”, evidenciando que, no caso trazido à análise, as contas do Fundo Municipal de Assistência à Infância caracterizam-se como contas de gestão. Em seguida, deve ser apresentada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, definida em sede de repercussão geral (STF, RE n. 848.826 – RG/DF, julgado em 10.08.2016), por meio da qual restou assentado que, em se tratando de contas sob a responsabilidade de Prefeito, independentemente de tratar-se de contas de governo ou contas de gestão, cabe ao Poder Legislativo julgá-las para fins de inelegibilidade, competindo à Corte de Contas emitir parecer prévio. Espera-se que o candidato identifique que a restrição trazida pelo STF a respeito da competência dos Tribunais de Contas opera-se no âmbito político-eleitoral, não inviabilizando a aplicação de sanção ou a imputação de débito, como na hipótese narrada no enunciado.

Em seguida, o candidato deverá enfrentar os aspectos temporais mencionados na questão, desenvolvendo as discussões a respeito da prescrição da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas, bem como da pretensão ressarcitória.

No que se refere à prescrição da pretensão punitiva, espera-se que o candidato demonstre conhecimento a respeito da controvérsia existente em relação à sua extensão, havendo

entendimentos tanto no sentido da prescrição quinquenal – por aplicação analógica da Lei nº 9.783/99 -, como no sentido da prescrição decenal – por aplicação do Código Civil. Por outro lado, no que concerne à prescrição da pretensão ressarcitória, o candidato deve demonstrar conhecimento a respeito do sentido e alcance da norma do artigo 37, §5º, da CRFB, com a indicação dos entendimentos jurisprudenciais recentemente firmados em sede de repercussão geral.

Por fim, quanto à irradiação de efeitos para a esfera de atuação do Ministério Público, o candidato deve abordar a matéria à luz da improbidade administrativa, sua tipologia, sanções cabíveis e aspecto prescricional (artigo 23 da Lei nº 8.429/92), ressaltando a independência entre as instâncias controladoras.

5ª Questão – Direito Tributário (Valor: 50 pontos)

Determinada lei estadual autorizou o Poder Executivo a conceder parcelamento de créditos tributários relativos ao Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA - que não foram pagos em seu vencimento, bem como proceder à sua regulamentação, sem nenhuma outra disposição adicional. Analise a validade da referida lei à luz dos aspectos constitucionais e infraconstitucionais pertinentes.

Resposta objetivamente fundamentada.

O candidato deve dissertar sobre a matriz constitucional do princípio da legalidade, analisando a lei na hipótese apresentada. Em seguida, deverá concluir que o grau de indeterminação com que operou a lei estadual citada na questão, ao meramente autorizar o Poder Executivo a conceder o parcelamento, violou a reserva legal, consagrada pelo art. 150, I, da Constituição Federal. Isso porque a remessa ao ato infralegal não pode resultar em desapoderamento do legislador para tratar de elementos essenciais da obrigação tributária. Para o respeito do princípio da legalidade, seria essencial que a lei (em sentido estrito), além de prescrever o tributo a que se aplica (IPVA) e a categoria de contribuintes afetados pela medida legislativa (inadimplentes), também definisse o prazo de duração da medida, com indicação do número de prestações, com seus vencimentos, e as garantias que o contribuinte deva oferecer, conforme determina o art. 153, do Código Tributário Nacional. O parcelamento, atualmente, é estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 151, inciso VI, como modalidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Dessa perspectiva, a forma e as condições para a concessão do parcelamento devem ser estabelecidas em lei específica (ver art. 155-A do CTN).

6ª Questão – Direito Tributário (Valor: 50 pontos)

Uma lei federal isenta do recolhimento do imposto de renda aposentados portadores das doenças graves expressamente elencadas em um de seus artigos. José da Silva, valendo-se de laudo médico, ajuíza ação, alegando ser portador de patologia que considera equivalente a uma das doenças elencadas na lei federal. O interessado sustenta padecer das mesmas incapacidades decorrentes de uma das moléstias explicitadas na referida lei federal, e, por tal razão, invoca o reconhecimento da isenção também em seu favor. Comente a pertinência da pretensão deduzida pelo

interessado.

Resposta objetivamente fundamentada.

O candidato deve abordar o conceito de isenção indicando a sua matriz legal e apontar que o rol contido na lei federal, que elenca as doenças graves, é taxativo (*numerus clausus*), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas. O candidato deve salientar que é vedada a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado o entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. No caso concreto, a interpretação deve ser literal em relação às doenças que ensejam o reconhecimento da isenção, sendo descabida a pretensão deduzida pelo interessado.