

Sanções políticas e exigência de regularidade fiscal em licitações

Antonio Miguel Aith Neto

Procurador do Município de São Paulo

Em 25 de setembro de 2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 394, declarou unanimemente a inconstitucionalidade do artigo do artigo 1º, incisos I, III e IV, e §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 7.711/88, que dispôs sobre “formas de melhorias da administração tributária”. Na mesma oportunidade, assentou, “no que concerne à regularidade fiscal”, a revogação do inciso II do artigo 1º da referida lei pela Lei nº 8.666/93.

As disposições legais então contrastadas pelo Supremo incorriam no vício de forçar a quitação de créditos tributários por meio da imposição de dificuldades práticas aos contribuintes. O fulminado artigo 1º da referida lei federal estabelecia a necessidade de prova da quitação de “tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias”, para o fim de “transferência de domicílio para o exterior” (art. 1º, inc. I), de “habilitação em licitação promovida por órgão da Administração Federal Direta, Indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União” (art. 1º, inc. II), de “registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa” (art. 1º, III), e, em operações acima de determinado valor, para o fim de “registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos” (art. 1º, IV, “a”), “registro em Cartórios de Registro de Imóveis” (art. 1º, IV, “b”) e “operação de empréstimo e financiamento junto à instituição financeira exceto quando destinada a saldar dívidas para com a Fazenda Nacional, Estaduais ou Municipais” (art. 1º, IV, “b”).

O julgamento, em verdade, tão-só reflete conhecida posição do STF contrária ao uso das denominadas “sanções políticas” como instru-

mento de polícia tributária¹. Desse entendimento, aliás, decorreram as súmulas 70, 323 e 547 daquele Tribunal Superior, cujos verbetes, já históricos, são manejados com acentuada freqüência nos debates forenses:

Súmula 70: *"É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo"*.

Súmula 323: *"É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos"*.

Súmula 547: *"Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais"*.

Há quarenta anos, em acórdão relatado por Aliomar Baleeiro, pontificava-se, por exemplo, que *"se pode afirmar pacificada a jurisprudência. O S.T.F., pleno, por unanimidade, julgando os Recursos Extraordinários nºs 60.663 e 63.047, relatados pelo eminente Ministro Gonçalves de Oliveira decidiu que a Fazenda Pública deve cobrar seus créditos pelo executivo fiscal, sem bloquear nem impedir direta ou indiretamente com invocação daqueles diplomas da ditadura (a saber, Dec.-leis 5/37 e 42/37), a atividade profissional lícita do contribuinte. Assim já se haviam pronunciado as Turmas"* (RE nº 64.054-SP, 24/4/1968).

Não obstante a previsibilidade da conclusão alcançada pelo Supremo — no sentido de que, nos termos do voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, *"as normas impugnadas operam inequivocamente como sanções políticas"* —, há advogados que nela vêm enxergando precedente contrário à exigência de regularidade fiscal como requisito para habilitação em licitações públicas. Consoante esse arrebatado ponto de vista, as mesmas razões que animaram o STF no julgamento da ADI 394 se prestariam igualmente à vulneração do inciso IV do art. 27 (Art. 27. *Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: ... IV – regularidade fiscal*) e do art. 29 da Lei 8.666/93. O raciocínio é o de que o inciso II do art. 1º da Lei 7.711/88 partilharia a mesma vocação autoritária dos demais incisos enfrentados pelo STF,

¹ Segundo Hugo de Brito Machado, *"prática antiga, que, no Brasil, remonta aos tempos de ditadura de Vargas, é a das denominadas sanções políticas, que consistem nas mais diversas formas de restrições a direitos dos contribuintes como forma obliqua de obrigá-lo ao pagamento de tributos. São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias em face de pequena irregularidade no documento fiscal que as acompanha, o denominado regime de fiscalização (...). As sanções políticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de órgãos públicos (...)* e b) configuram cobrança sem o devido processo legal (...)". (Curso de direito tributário, Malheiros, 2004, p. 468).

na medida em que também veicularia “sanção política”, e, desse modo, teria escapado da declaração de inconstitucionalidade porque circunstancialmente revogado pela superveniente Lei de Licitações; as deficiências que o maculariam, contudo, teriam sido viciosamente transmitidas à norma sucessora hoje em vigor.

O argumento peca por emprestar insensata relevância à topografia dos incisos do art. 1º da Lei 7.711, como se o inciso II pudesse ter sido contaminado pela proximidade física com os incisos que o STF houve por bem expurgar. “Diz-me com quem andas e direi quem és”. O velho ditado, contudo, aqui não se aplica.

O “caput” do artigo 1º da Lei 7.711 a que se associa o inciso II ora debatido traduz exigência bem mais rigorosa do que a preconizada na lei de licitações. Enquanto aquele exigia, com rigor, a prova de “quitação” de tributos, esta, obediente aos limites do inc. XXI do art. 37 da CR², exige documentação relativa a “regularidade fiscal”, que outra coisa é. Como bem observado por Marçal Justen Filho, *“não se contraponha que a ‘Lei de Licitações’ instituiu essa sistemática, adotando regras de cunho vinculado acerca da submissão da habilitação à comprovação da ausência de qualquer dívida em face da Fazenda Pública. Essa afirmativa não encontra respaldo na Lei. Ela retrata uma dentre diversas interpretações possíveis. E não pode ser admitida porque infringe o princípio da razoabilidade. Quando o edital desborda dos limites da razoabilidade e consagra o desvio de poder, ele tem de ser reprovado. De todo o modo, se a Lei tivesse imposto solução despropositada dessa ordem, ter-se-ia de reconhecer sua própria invalidade, caracterizando o desvio de poder em nível legislativo”* (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, ed. Dialética, 11ª edição, p. 312).

Ademais, as “sanções políticas” caracterizam-se pelo desvio de finalidade que encerram. O Judiciário as identifica em exigências desconectadas da atuação administrativa concretamente promovida. A interdição de estabelecimento deve ser levantada uma vez superada a situação de ilegalidade que a ensejou; a circunstancial inadimplência do contribuinte

2 Art. 37. (...)XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

não deve obstar o exercício normal de sua atividade³; e assim por diante. A Fazenda, nesses casos, deve se valer dos meios privilegiados de cobrança que o ordenamento coloca à sua disposição. Não se trata, porém, de salvo-conduto que autorize as empresas a agir desembaraçadamente segundo o que entender melhor. Convém, como em tudo, evitar exagero. Há situações, sim, que autorizam o Estado a exigir regularidade fiscal do contribuinte: *“O que a jurisprudência não suporta é que, em razão de débitos tributários, seja obstaculizada direta ou indiretamente a continuidade da vida empresarial privada do contribuinte. Não há princípio constitucional que vede à Administração, ainda mais quando autorizada por lei, a cautela facultada ao empresário para informar-se de seus débitos e negar crédito ao devedor remisso”* (STF, SS 975/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence); *“A hipótese de retenção temporária de mercadorias prevista no art. 163, §7º, da Constituição de São Paulo, é providência para a fiscalização do cumprimento da legislação tributária nesse território e consubstancia exercício do poder de polícia da Administração Pública Fazendária, estabelecida legalmente para os casos de ilícito tributário. Inexiste, por isso mesmo, a alegada coação indireta do contribuinte para satisfazer débitos com a Fazenda Pública”* (STF, ADI 395, Rel. Ministra Carmem Lúcia, v.u., DJU 17.08.2007).

A regularidade fiscal exigida daqueles que pretendam celebrar contratos com a Administração não constitui, a toda evidência, meio indireto de arrecadação de tributo. Dentre outras razões, é medida indispensável de verificação da capacidade econômica de cumprimento das obrigações a serem assumidas. O interesse do licitante subordina-se ao interesse público de que os contratos administrativos sejam desempenhados com eficiência, e de que os serviços públicos proporcionados por esses ajustes não sofram solução de continuidade. A cautela, como visto, é prestigiada pela Constituição (art. 37, XXI). A proporcionalidade da exigência em ambiente contratual repele o desvio vislumbrado pelo STF na Lei 7.711/88: *“Rigorosamente, poderia tratar-se de meio indireto de cobrança de dívidas, o que poria em questão a inconstitucionalidade das exigências. Observe-se que o STF tem jurisprudência firme, no sentido*

³ (...) Não pode o Estado, sob pretexto algum, condicionar a concessão de inscrição fiscal, sua reativação ou manutenção, ao pagamento do crédito tributário vencido ou vincendo, ou mesmo à concessão de garantias ou emissão de notas fiscais avulsas, com ou sem pagamento antecipado de imposto, sob pena de inverter a ordem dos fatores, atribuindo ao Estado a permissão e o controle do exercício de qualquer atividade econômica, quando é ele, na verdade, mero participante da arrecadação empresarial, via tributos, para cuja cobrança dispõe de meios próprios, adequados e até privilegiados”. (STF, AI 533761/RS, Rel. min. Carmem Lúcia)

de que a irregularidade fiscal não pode acarretar a inviabilização do exercício de atividades empresariais. Deve admitir-se, porém, a possibilidade de o ente público recusar contratação com sujeito que se encontre em situação de dívida perante ele. A exigência da Lei, no caso de licitação, não é inconstitucional (...) E o próprio STF reconheceu a inconstitucionalidade apenas quando houvesse impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial. A simples limitação, tal como a proibição de contratar com instituições financeiras governamentais, foi reconhecida como válida” (Marçal Justen Filho, op. cit., p. 312). A Lei 8.666/93, de fato, não afeta a capacidade de a empresa não habilitável realizar contratos privados, esquadrihando parceiros mais lenientes.

A declaração de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 7711/88, portanto, não equivale à abolição da exigência de regularidade fiscal como requisito de habilitação em licitações. Em certa medida, o alardeamento de conclusão diversa visa a reabrir debate, há muito encerrado em favor da Administração, que se travou a respeito da validade das limitações introduzidas pela Lei 8.666/93. A exacerbação artificial dos limites da decisão do STF, contudo, é estratagemma retórico de fácil refutação. No julgamento da ADI 394 investigaram-se hipóteses sumamente diversas, insuscetíveis de ampliação desmedida. Apesar disso, não é improvável que o Judiciário, sob novo fundamento, seja provocado por licitantes que não reúnam condições fiscais de habilitação.