Sanções políticas e a (in)constitucionalidade da exigência de regularidade fiscal para habilitação em licitação

Felipe da Silveira Moreira, Roberta Valéria Guedes

Resumo

O presente artigo estuda a constitucionalidade da exigência de regularidade fiscal para participação em licitação pública. Para isso, é feita uma análise do panorama jurídico das licitações no âmbito constitucional e infraconstitucional, bem como de disciplina jurídica relativa à Administração Tributária. Após, examinam-se as sanções políticas em direito tributário, considerando a doutrina existente sobre a matéria e a jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Por fim, diante de tudo que foi estudado, passa-se à análise da constitucionalidade da exigência de comprovação de regularidade fiscal para habilitação em licitação pública.

Palavras-chave: Regularidade fiscal. Licitação. Inconstitucionalidade. Sanções políticas. Direito Público.

Abstract

This article examines the constitutionality of tax compliance for participation in public bidding. For this, an analysis of the legal landscape of procurement under constitutional and infra-constitutional and legal discipline on the Tax Administration. After, we examine political sanctions in tax law, considering the existing doctrine and jurisprudence on the matter, especially the Supreme Court. Finally, given all that has been studied, passes to the analysis of the constitutionality of proof of paid taxes for qualifying for public bidding.

Keywords: Regularity tax. Bidding. Unconstitutional. Political sanctions. Public Law.

1 Introdução

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios frequentemente têm imposto aos contribuintes várias restrições ao exercício de suas atividades econômicas, profissionais e, até mesmo, à prática de atos da vida civil, por meio de normas enviesadas a, por coação, constrangê-los ao pagamento de créditos tributários.

Trata-se das chamadas sanções políticas, tais como, por exemplo, a apreensão de mercadorias, a interdição de estabelecimento comercial e o impedimento de registro de imóvel, em função de o contribuinte estar em débito para com o Fisco. Nesta conjuntura, observa-se a exigência de quitação de créditos tributários para admissão em licitação.

O Supremo Tribunal Federal tem uma respeitável linha de precedentes que declaram inconstitucionais as referidas sanções políticas e, inclusive, já editou três súmulas nesse sentido (Súmulas 70, 323 e 547). No entanto, ainda não se manifestou sobre a restrição aqui analisada.

Nesse contexto, a questão que se propõe é a seguinte: de que forma a exigência de comprovação de quitação de créditos tributários como condição para habilitação em licitação e contratação pública configura hipótese de sanção política e viola a Constituição Federal?

A hipótese sugerida para dirimir tal problema sustenta que o requisito de regularidade fiscal para habilitação em licitação viola a Constituição Federal, pois, a) como qualquer Sanção Política, consiste em uma mitigação ao direito fundamental de submeter ao controle administrativo e judicial a validade e legalidade dos débitos tributários; b) ofende o direito ao livre exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas instituído no artigo 170, parágrafo único, da Constituição da República.

Assim, pretende-se neste estudo analisar a constitucionalidade do requisito obrigatório da comprovação de regularidade fiscal para participação em licitações publicas e sua configuração como Sanção Política.

Há também discussão incipiente na doutrina acerca da constitucionalidade da exigência de quitação de créditos tributários para habilitação em procedimento licitatório. A esse respeito, cabe observar a lição de Di Pietro (2005, p. 346):

> o que não parece mais exigível, a partir da Constituição de 1988, é a documentação relativa à regularidade jurídico-fiscal, ou seja, prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal e prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, pois isto exorbita do que está previsto na Constituição; além disso, não se pode dar a licitação – procedimento já bastante complexo – o papel de instrumento de controle de regularidade fiscal, quando a lei prevê outras formas de controle voltadas para essa finalidade.

Assim, pode-se compreender que a questão da constitucionalidade da exigência de comprovação de regularidade fiscal para admissão em licitação é matéria que merece maior aprofundamento, até porque não se manifestou ainda o Órgão de Cúpula do Poder Judiciário quanto ao tema específico aqui trazido a exame e que é de grande relevância para o Direito.

2 Sanções Políticas em Direito Tributário: a Questão da Exigência de Regularidade Fiscal para Habilitação em Licitação.

Inicialmente, para abordar o tema das sanções políticas, importa entender o que vem a ser este fenômeno. A doutrina brasileira não se ocupa em demasia com as chamadas sanções

políticas. No entanto, não deixa margem de dúvida quanto à sua afronta à ordem jurídica pátria.

Conforme apropriada lição de Machado (2003, p. 180), em Direito Tributário, a “expressão sanções políticas corresponde a restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição de estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização, entre outras”.

Nogueira (1976, p. 175), desde há muito tempo, já abordou este tema identificando as sanções políticas como "injunções obliquas que coagem o contribuinte antes da própria manifestação judicial, o que corresponde a sancionar a direito da Fazenda Federal, apenas presumido e ainda não reconhecido em Juízo".

Exemplo das denominadas sanções políticas é aquele em que o Fisco determina a interdição de estabelecimento comercial do contribuinte, em função de este estar em débito tributário, até quitação da dívida.

O que se observa nas sanções políticas é a imposição de cerceamento às atividades do contribuinte que se encontre, por algum motivo, em alegado débito para com a Fazenda Pública. Assim, em virtude dessa dívida fiscal, o Estado comina ao devedor uma restrição ao exercício de direitos e atividades como meio coercitivo para cobrança de tributos. As sanções políticas condicionam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de débitos tributários.

Machado (2003, p. 181) preleciona que as sanções políticas são incompatíveis com a Constituição, entre outros motivos, porque:

> a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência do tributo é ou não legal.

Pontes (2000, p. 141) manifesta-se no sentido de que a utilização das sanções políticas (ou indiretas) pelo Estado ofende o principio da proporcionalidade, em seu aspecto necessidade, tornando as ditas medidas inconstitucionais:

> com efeito, se com a imposição de sanções menos gravosas, e até mais eficazes (como a propositura de medida cautelar e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas como a negativa de fornecimento de certidões negativas de débito, ou inscrição em cadastro de devedores, o que resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica, que vão da impossibilidade de registrar atos societários nos órgãos do Registro Nacional do Comércio até a proibição de participar de concorrências públicas.

Nesta seara, é interessante ressaltar alguns instrumentos legais já postos à disposição do Fisco para garantir a satisfação dos créditos tributários, tais como: a) goza de lei especial (Lei 6.830/80); b) o instrumento da Medida Cautelar Fiscal que, para garantir o crédito tributário, permite a prévia indisponibilidade dos bens do devedor (Lei 8.397/92); c) o não pagamento de tributos, em muitos casos, constitui crime punível com privação da liberdade; d) a certidão de dívida ativa é o único dos títulos executivos extrajudiciais que não necessita da assinatura do devedor, existindo a partir de ato unilateral do credor.

A jurisprudência pátria tem repelido a prática das sanções políticas. Exemplo excelente dessa reação encontra-se no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário 374.981/RS, relatado pelo Ministro Celso de Mello, cuja ementa importa abrilhantar este trabalho ao transcrever:

> SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO. INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF). RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA. LIMITAÇÕES ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO "SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW". IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 – RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24). O PODER DE TRIBUTAR - QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE - "NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR" (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132). A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE. A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO "ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE". DOUTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (http://redir.stf.jus.br)

Consigne-se que o Pretório Excelso, já em 1967, em acórdão de relatoria do Ministro Oswaldo Trigueiro (http://redir.stf.jus.br), assentou que “não é licito a administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte, para compeli-lo ao pagamento de débito” [sic], deixando bem claro o reconhecimento da inadmissibilidade de artifícios indiretos do Estado para constranger ao pagamento de tributos.

Nesse passo, deve-se destacar o firme posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de repelir as chamadas sanções políticas; a Corte já editou três súmulas nessa matéria:

> 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. (http://redir.stf.jus.br)

Um dos grandes problemas das sanções indiretas é que elas levam a uma situação na qual muitos contribuintes, coagidos ao pagamento do tributo pela imposição de grave obstáculo ao exercício de sua atividade econômica, acabam abrindo mão do contraditório e, quando possível financeiramente, pagam o que, na verdade, não devem, como meio de manter sua subsistência.

E, neste ponto, não se pode olvidar que é a atividade econômica do contribuinte que poderá, inclusive, lhe proporcionar meios para saldar seus débitos com a Fazenda Pública, além de suas obrigações com fornecedores, empregados, etc; é ela que faz girar a roda da economia, gerando riqueza e também tributos para o Estado.

Desse modo, deve-se notar que, mesmo estando devedor para com o Fisco, o contribuinte permanece com o direito de exercer sua atividade econômica, uma vez que, o poder de tributar "não pode chegar à desmedida do poder de destruir" (http://redir.stf.jus.br). A administração tributária deve utilizar dos meios que a ordem jurídica lhe proporciona para cobrança do crédito tributário e não de sanções indiretas enviesadas a constranger ao pagamento de tributos por intermédio de gravosos empecilhos às atividades econômicas lícitas.

Nesse ínterim, compete analisar as sanções políticas à luz da tutela constitucional da livre iniciativa. A Constituição Federal consagrou em seu artigo 1º, inciso IV, a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, sendo, portanto, parâmetro legitimador da atuação estatal, de forma que o Estado deverá exercer seu poder de modo a respeitar esse pilar que elegeu como base de sua atuação e relações com o mundo.

No altiplano dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Carta Magna também assegura a livre iniciativa no artigo 5º, inciso XIII, disciplinando que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Como se observa, consagra-se a liberdade de exercício profissional, sendo a única exigência possível, como condição para tal exercício, a capacitação profissional, de sorte que, por exemplo, para exercício da atividade de médico, ou advogado, é válida a exigência de habilitação acadêmica (MACHADO, 2003).

Após, a Constituição Federal, no artigo 170, institui a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica do Brasil. A liberdade de iniciativa econômica, coluna da ordem econômica do Brasil, encontra-se no artigo 170 da Constituição Federal, bem como em seu parágrafo único que cuidou de assegurar "a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei'', cumprindo observar que a ressalva contida no final do dispositivo, como bem leciona Machado (2003, p. 181):

> diz respeito a certas atividades que, por questão de segurança, ficam a depender da autorização estatal, como acontece, por exemplo, com o fabrico e

> comercialização de determinadas armas e munições. Obviamente não seria razoável admitir-se a produção, ou o comércio, de metralhadoras, por exemplo, sem autorização e controle do Estado.

Nesta seara, também valiosa é a contribuição do magistério de Pontes (2000, pp. 142-143):

> as sanções tributárias podem revelar-se inconstitucionais, por desatendimento à proporcionalidade em sentido estrito (...), quando a limitação imposta à esfera jurídica dos indivíduos, embora arrimada na busca do alcance de um objetivo protegido pela ordem jurídica, assume uma dimensão que inviabiliza o exercício de outros direitos e garantias individuais, igualmente assegurados pela ordem constitucional.
>
> (...)
>
> Embora contumaz devedor tributário, um sujeito passivo jamais pode ver aniquilado completamente o seu direito à livre iniciativa em razão do descumprimento do dever de recolher os tributos por ele devidos aos cofres públicos. O Estado deve responder à impontualidade do sujeito passivo com o lançamento e a execução céleres dos tributos que entende devidos, jamais com o fechamento da unidade econômica.
>
> (...)
>
> Tais medidas, pela gravidade das limitações que impõem à livre iniciativa econômica, conduzem à completa impossibilidade do exercício desta liberdade, negligenciam, por completo, o verdadeiro papel da fiscalização tributária em um Estado Democrático de Direito e ignoram o entendimento já consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca das sanções indiretas em matéria tributária. Esta Corte, aliás, rotineiramente afasta os regimes especiais de fiscalização, por considerá-los verdadeiras sanções indiretas, que se chocam frontalmente com outros princípios constitucionais, notadamente com a liberdade de iniciativa econômica.

Observa-se, assim, que as sanções políticas (medidas próprias do despotismo) ofendem frontalmente a livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF), e, especialmente, afrontam ao livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CF), bem como a liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII da CF), revelando-se um abuso do poder de tributar. O que vem sendo repudiado pelo Supremo Tribunal Federal:

> daí a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que, muitas vezes deslembradas da existência, em nosso sistema jurídico, de um "*estatuto constitucional do contribuinte*", consubstanciador de direitos e garantias oponíveis ao poder impositivo do Estado (Pet 1.466/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, in "*Informativo STF*" nº 125), **culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo da obrigação tributária, inviabilizando-lhe, injustamente, o exercício de atividades legítimas**, o que só faz conferir permanente atualidade às palavras do *Justice* Oliver Wendell Holmes, Jr. ("*The power to tax is not the power to destroy while this Court sits*"), em "*dictum*" segundo o qual, em livre tradução, **"*o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir,*** *pelo menos enquanto*

> *existir esta Corte Suprema*", proferidas, ainda que como "*dissenting opinion*", no julgamento, em 1928, do caso "*Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox*" (277 U.S. 218). (http://redir.stf.jus.br)

Este trabalho acadêmico não pretende, de forma nenhuma, amparar a reiterada inadimplência tributária; o Fisco tem o legítimo direito de cobrar seus créditos e deve fazê-lo. O que não se pode admitir, por outro lado, é a imposição de sanções políticas (ou indiretas), que se assemelham aos tempos da ditadura, nas quais se constata as mais diversas formas gravosas de cerceamento e desrespeito aos direitos do contribuinte, como meio coercitivo para obrigá-lo ao pagamento de tributos.

2.1 O Requisito da Regularidade Fiscal no Âmbito das Sanções Indiretas e Sua (In)Constitucionalidade

Objeto central da tese acadêmica que se está a construir, a exigência de regularidade fiscal como condição para o administrado-contribuinte participar de licitações, a partir de agora, será analisada à luz da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, importa compreender essa modalidade específica de condicionamento imposto ao contribuinte à prática de atos da vida empresarial.

A exigência de prova da quitação de tributos para admissão em licitações encontra-se prevista na Lei 8.666/93, em seu art. 27, e no Código Tributário Nacional, em seu art. 193:

> Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
>
> (...)
>
> IV - regularidade fiscal.
>
> Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre. (www.planalto.gov.br)

Compete observar aqui, que a prova de quitação acima mencionada deve ser feita através de certidão negativa de débitos, conforme disciplina estabelecida pelo art. 205 do Código Tributário Nacional.

Caso existam débitos tributários, impossibilitando o fornecimento de certidão negativa, tem os mesmos efeitos desta, conforme estabelece o art. 206 do CTN, aquela certidão em que conste (a) a existência de crédito não vencido, porque, naturalmente, se o crédito não está vencido, não há inadimplência; (b) em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada penhora (o crédito estará com sua extinção garantida); e (c) cuja exigibilidade esteja suspensa (MACHADO, 2009).

Dessa forma, apresenta-se a denominada certidão positiva com efeitos de negativa, prevista no art. 206 do Código Tributário Nacional – CTN, que também deve ser aceita para fins de comprovação de regularidade fiscal.

Alguns problemas surgem quanto à expedição das referidas certidões. Apenas para exemplificar, não exaurindo o rol, impende destacar duas situações examinadas por Coêlho (2004, p. 888):

> é certo que existem certidões negativas e positivas com efeitos de negativas, como veremos mais à frente. A questão é que existem situações que deixam os sujeitos passivos em desamparo, sem direito a qualquer delas. Mandados de segurança em curso, mas sem liminar, não conferem direito às certidões de quitação. Créditos tributários inscritos, mas ainda não executados e, pois, desvestidos de garantias, tampouco fomentam direito às certidões. Nestas circunstancias, o desamparo de certos contribuintes é flagrante e injusto. No caso dos mandados de segurança, a questão está *sub judice* e há expectativa de direito em prol dos impetrantes. No caso da dívida inscrita, mas ainda não executada, o intertempo fica ao inteiro alvedrio da Fazenda.

Nesse ínterim, deve-se ressaltar que no processo judicial, mesmo não tendo obtido a liminar, o contribuinte pode sagrar-se vencedor e ter declarado ilegal seu alegado débito. Desse modo, pode ser impedido de participar da licitação em função de débitos tributários judicialmente declarados errôneos. Pode-se perceber, aqui, flagrante violação ao devido processo legal, na medida em que o direito do Fisco é sancionado sem provimento jurisdicional e na iminência de havê-lo. O contribuinte é penalizado antes de exercer plenamente seu direito a ampla defesa e ao contraditório.

Os dois dispositivos legais mencionados (art. 27, IV, da Lei 8.666/93 e art. 193, do CTN) sujeitam o contribuinte que almejar participar de certame público à prova de regularidade para com o Fisco, caso contrário, será declarado inabilitado e excluído da licitação. Dessa forma, sequer será analisada sua proposta, sendo devolvido intacto o envelope que a contém (art. 43, II, Lei 8.666/93).

Nesse passo, cumpre destacar que a restrição em questão opera inequivocamente como sanção política.

Assim, vale trazer novamente à colação os conceitos doutrinários de sanção política de Nogueira (1976, p. 175) e Machado (2003, p. 180), respectivamente:

> injunções obliquas que coagem o contribuinte antes da própria manifestação judicial, o que corresponde a sancionar a direito da Fazenda Federal, apenas presumido e ainda não reconhecido em Juízo; e
>
> restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição de estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização, entre outras

Importa também apresentar a definição de sanção política consignada pela jurisprudência, mais precisamente pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 173/DF:

> Normas que condicionam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários; e
>
> caracterização de sanções políticas, isto é, de normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário. (http://redir.stf.jus.br).

Neste ponto, deve-se registrar que a exigência de comprovação de regularidade fiscal para poder participar de licitação faz exatamente condicionar a prática de atos da vida econômica/empresarial à quitação de créditos tributários e claramente constrange o contribuinte, por via indireta, ao pagamento de tributo.

Assim, como sanção indireta, a proibição em exame transgride postulados da Constituição Federal, especialmente no que toca a livre iniciativa (art. 1º, IV), a liberdade de exercício de atividade econômica (art. 170 e seu par. único) e profissional (art. 5, XIII); ofende a garantia do devido processo legal, violando o direito de ampla defesa e contraditório do contribuinte; e viola o *"substantive due process of Law",* na medida em que afronta o princípio da proporcionalidade em virtude da gravidade da restrição imposta ao contribuinte, substituindo os meios jurídicos postos à disposição do Fisco para cobrança de seus créditos, conforme registrado no julgamento do RE 374.981 e como bem leciona Pontes (2000, p. 141) em passagem que vale rememorar:

> com efeito, se com a imposição de sanções menos gravosas, e até mais eficazes (como a propositura de medida cautelar e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas como (...) o que resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica, que vão (...) até a proibição de participar de concorrências públicas.

Nesse passo, Carvalho (2009, p. 42), ao tratar da exigência de certidões negativas como prova de regularidade fiscal e como condição para a prática de certos atos jurídicos, deixou bem claro que essa "imposição, no entanto, deve ser feita em harmonia com os princípios constitucionais, não se admitindo, por exemplo, que a exigência da apresentação das certidões sirva de instrumento indireto de arrecadação".

Ademais, não se deve combater o *déficit* público pela estratégia perniciosa de simplesmente promover um aumento das receitas por intermédio de abusos do poder de tributar, atropelando os postulados constitucionais que asseguram a livre iniciativa e a liberdade de exercício de atividade econômica e profissional. A supracitada estratégia não se revela eficaz no plano econômico nem, tão pouco, merece o mínimo apoio jurídico. Nesse sentido, oferece relevante contribuição julgado do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

> TRIBUTÁRIO - INSCRIÇÃO DA EMPRESA NO "CADIN" - SANÇÃO INDIRETA - AFASTAMENTO.

> I - EM SEDE DE ANÁLISE MICROECONÔMICA, O CERCEAMENTO DE ATIVIDADES LUCRATIVAS NO QUE DIZ RESPEITO AO ARRESTO DE INSTRUMENTO DE PRODUÇÃO NÀO É ELEMENTO ECONOMICAMENTE VÁLIDO COMO POLÍTICA DE INSUMO À PRODUÇÃO.
>
> II - NO PLANO JURÍDICO MERECE REPÚDIO, POSTO QUE, A PRETEXTO DE VER QUITADA A OBRIGAÇÃO, SE REDUZ O DEVEDOR À INADIMPLÊNCIA TOTAL. (http://jurisprudencia.trf2.jus.br)

O Fisco não pode, como já discutido nesse artigo, simplesmente abandonar os pródigos instrumentos jurídicos alocados à sua disposição e substituí-los por sanções indiretas, através da imposição ao contribuinte de graves obstáculos ao exercício de suas atividades econômicas ou profissionais como meio coercitivo de coagi-lo ao pagamento do tributo.

Que se prenda o sócio ou administrador da empresa responsável pelo doloso inadimplemento tributário, como já prevê a legislação (Lei 8.137/90), mas que não se utilize de sanções indiretas impondo gravosos cerceamentos às atividades da empresa (que podem levá-la até ao fechamento, como já demonstrado) ao arrepio da ordem jurídico-constitucional, prejudicando assim fornecedores, empregados e aqueles que, de alguma forma, dependam das atividades da empresa.

Além de tudo o que já foi exposto, cumpre analisar a restrição em questão à luz do que disciplina o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

> 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 <u>somente</u> permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**. (grifo nosso) (www.planalto.gov.br)

Dessa forma, fica claro que a Constituição só permite à fase da habilitação a imposição de exigências quanto ao que for estritamente necessário à execução do futuro contrato, notadamente em relação à "qualificação técnica e econômica" indispensável. Impor também a comprovação de regularidade fiscal exorbita e contraria a previsão constitucional.

Nesse sentido, como demonstrado anteriormente, Di Pietro (2005, p. 346) ressalta a impossibilidade de exigir em procedimento licitatório a regularidade fiscal, em face do que determina a Constituição Federal:

> o que não parece mais exigível, a partir da Constituição de 1988, é a documentação relativa à regularidade jurídico-fiscal, ou seja, prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal e prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, pois isto exorbita

> do que está previsto na Constituição; além disso, não se pode dar a licitação – procedimento já bastante complexo – o papel de instrumento de controle de regularidade fiscal, quando a lei prevê outras formas de controle voltadas para essa finalidade.

Vale assinalar novamente que, como bem leciona Dallari (2000), a Constituição visa que a participação de licitantes seja a mais ampla possível.

Portanto, diante do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República, pode-se observar também que a referida exigência do Fisco acaba por promover uma restrição no número de concorrentes nos procedimentos licitatórios, por meio de requisito que extrapola e dissente do comando constitucional.

3 Conclusão

Diante de tudo o que foi estudado neste trabalho acadêmico, faz-se necessário estabelecer algumas conclusões em relação à exigência de regularidade fiscal para habilitação em licitação, prevista na Lei de licitações, em seu art. 27, inciso IV, e no Código Tributário Nacional, em seu art. 193.

A exigência em questão, na medida em que condiciona a prática de atos da vida profissional e empresarial do contribuinte à comprovação de quitação de créditos fiscais e o constrange, por via indireta, ao pagamento do tributo, constitui sanção política e transgride a Constituição Federal, notadamente no que concerne a livre iniciativa (art. 1º, IV), a liberdade de exercício de atividade econômica (art. 170 e seu par. único) e profissional (art. 5, XIII); a garantia do devido processo legal, violando o direito de ampla defesa e contraditório do contribuinte; ao *substantive due process of Law,* na medida em que afronta o princípio da proporcionalidade em virtude da gravidade da restrição imposta ao contribuinte, substituindo os meios jurídicos postos à disposição do Fisco para cobrança de seus créditos.

Vale consignar também o firme posicionamento do Supremo Tribunal Federal que, analisando as garantias constitucionais acima mencionadas, firmou entendimento, hoje consubstanciado em três enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido da total inadmissibilidade de utilização, por parte do Poder Público, das referidas sanções políticas.

A proibição em questão, de que contribuinte em situação de inadimplência fiscal participe de licitação, viola, ainda, a Constituição Federal, no art. 37, inciso XXI, quando estabelece que somente é possível permitir, em processo de licitação pública, “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”, não sendo cabível que a licitação assuma o papel de instrumento de controle de regularidade fiscal.

Portanto, no âmbito dessas exigências fiscais, é necessário existir respeito ao sistema jurídico-constitucional pátrio, notadamente aos direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal ao contribuinte, em observância ao princípio da supremacia constitucional, uma vez que a relação tributária é relação jurídica e não simplesmente de poder.

4 Referências

CARVALHO, Paulo de Barros. **Certidão negativa de débito:** inexigibilidade de CND para fins de registro da compra e venda de bem imóvel. Revista de Estudos Tributários, São Paulo: IOB, n. 66, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 04 fev. 2013.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. **Lei nº. 8.666, de 21.06.93.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 04 fev. 2013.

BRASIL. **Lei nº. 5.172, de 25.10.66.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 04 fev. 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Sanções políticas no direito tributário**. Revista de Direito Tributário, São Paulo: Malheiros, n. 89, 2003.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 4 ed. São Paulo: IBDT, 1976.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Sanção Fiscal. Não é lícito à Administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte, para compeli-lo ao pagamento de débito. Recurso desprovido. Recurso extraordinário nº. 63.045. Recorrente: União Federal. Recorrido: Cia. Nacional de Artefatos Metálicos "ALMAC" e outras. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. DJ, 08 mar. 1968. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2863045%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/am9ortz>. Acesso em: 04 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Sanções políticas no direito tributário. Inadmissibilidade da utilização, pelo Poder Público, de meios gravosos e indiretos de coerção

estatal destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo (Súmulas 70, 323 e 547 do STF). Restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita. Limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo Estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao "substantive due process of law". Impossibilidade constitucional de o Estado legislar de modo abusivo ou imoderado (RTJ 160/140-141 - RTJ 173/807-808 - RTJ 178/22-24). O poder de tributar – que encontra limitações essenciais no próprio texto constitucional, instituídas em favor do contribuinte – "não pode chegar à desmedida do poder de destruir" (Min. Orosimbo Nonato, RDA 34/132). A prerrogativa estatal de tributar traduz poder cujo exercício não pode comprometer a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria do contribuinte. A significação tutelar, em nosso sistema jurídico, do "ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE". Doutrina. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido. Recurso Extraordinário nº. 374981/RS. Recorrente: Riopel S/A – Indústria de Papelão e Artefatos. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Celso de Mello. DJ, 08 abr. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28374981%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bbfg5rm>. Acesso em: 04 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 323**. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 04 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 547**. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 04 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 70**. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 04 fev. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Ementa: Tributário – Inscrição da empresa no "CADIN" – Sanção indireta – Afastamento. I – Em sede de análise microeconômica, o cerceamento de atividades lucrativas no que diz respeito ao arresto de instrumento de produção não é elemento economicamente válido como política de insumo à produção. II – No plano jurídico merece repúdio, posto que, a pretexto de ver quitada a obrigação, se reduz o devedor à inadimplência total. Apelação em Mandado de Segurança nº. 9702413630. Apelante: União Federal / Fazenda Nacional. Apelado: Frutos de Ericeira Comércio e representações Ltda. Relator: Des. Fed. Julieta Lídia Lunz. DJU, 15 set.1998. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:4-

AEQEVdC2kJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D9702413630%26CodDoc%3D56948+9702413630+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 04 fev. 2013.