

25/09/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 394-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
REQUERENTE : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
 ADVOGADOS DO BRASIL
ADVOGADO : MARCELO MELLO MARTINS
ADVOGADO : OPHIR FILGUEIRAS CAVALCANTE
ADVOGADO (A/S) : MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO
ADVOGADO (A/S) : RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
REQUERIDO (A/S) : CONGRESSO NACIONAL
REQUERIDO (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. DIREITO DE PETIÇÃO. TRIBUTÁRIO E POLÍTICA FISCAL. REGULARIDADE FISCAL. NORMAS QUE CONDICIONAM A PRÁTICA DE ATOS DA VIDA CIVIL E EMPRESARIAL À QUITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. CARACTERIZAÇÃO ESPECÍFICA COMO SANÇÃO POLÍTICA.

AÇÃO CONHECIDA QUANTO À LEI FEDERAL 7.711/1988, ART. 1º, I, III E IV, PAR. 1º A 3º, E ART. 2º.

1. Ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra os arts. 1º, I, II, III e IV, par. 1º a 3º e 2º da Lei 7.711/1988, que vinculam a transferência de domicílio para o exterior (art. 1º, I), registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa (art. 1º, III), registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos (art. 1º, IV, a), registro em Cartório de Registro de Imóveis (art. 1º, IV, b) e operação de empréstimo e de financiamento junto a instituição financeira, exceto quando destinada a saldar dívidas para com as Fazendas Nacional, Estaduais ou Municipais (art. 1º, IV, c) - estas três últimas nas hipóteses de o valor da operação ser igual ou superior a cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional - à quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias.

2. Alegada violação do direito fundamental ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da Constituição), na medida em que as normas impedem o contribuinte de ir a juízo discutir a validade do crédito tributário. Caracterização de sanções políticas, isto é, de normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário.



ADI 394 / DF

3. Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição.

É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável.

4. Os incisos I, III e IV do art. 1º violam o art. 5º, XXXV da Constituição, na medida em que ignoram **sumariamente** o direito do contribuinte de rever em âmbito judicial ou administrativo a validade de créditos tributários. Violam, também o art. 170, par. ún. da Constituição, que garante o exercício de atividades profissionais ou econômicas lícitas.

Declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, I, III e IV da Lei 7.711/1988. Declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento dos parágrafos 1º a 3º e do art. 2º do mesmo texto legal.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. PROVA DA QUITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NO ÂMBITO DE PROCESSO LICITATÓRIO. REVOGAÇÃO DO ART. 1º, II DA LEI 7.711/1988 PELA LEI 8.666/1993. EXPLICITAÇÃO DO ALCANCE DO DISPOSITIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA QUANTO AO PONTO.

5. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, em relação ao art. 1º, II da Lei 7.711/1988, na medida em que revogado, por estar abrangido pelo dispositivo da Lei 8.666/1993 que trata da regularidade fiscal no âmbito de processo licitatório.

6. Explicitação da Corte, no sentido de que a regularidade fiscal aludida implica "exigibilidade da quitação quando o tributo não seja objeto de discussão judicial" ou "administrativa".

ADI 394 / DF

Ações Diretas de Inconstitucionalidade parcialmente conhecidas e, na parte conhecida, julgadas procedentes.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em conhecer parcialmente da ação direta e, na parte conhecida, julgá-la procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º, incisos I, III e IV, e §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 7.711/88, explicitando-se a revogação do inciso II do artigo 1º da referida lei pela Lei nº 8.666/93, no que concerne à regularidade fiscal.

Brasília, 25 de setembro de 2008.



JOAQUIM BARBOSA - Relator

25/09/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 394-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
REQUERENTE : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL
ADVOGADO : MARCELO MELLO MARTINS
ADVOGADO : OPHIR FILGUEIRAS CAVALCANTE
ADVOGADO (A/S) : MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO
ADVOGADO (A/S) : RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO
REQUERIDO (A/S) : CONGRESSO NACIONAL
REQUERIDO (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):**

Trata-se de duas ações diretas de inconstitucionalidade, de números 173 (ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria) e 394 (ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), contra os artigos 1º e 2º da Lei 7.711/1988 e contra o Decreto 97.834/1989.

Os textos impugnados têm o seguinte teor:

“Art. 1º Sem prejuízo do disposto em leis especiais, a quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias, será comprovada nas seguintes hipóteses:

I - transferência de domicílio para o exterior;

II - habilitação e licitação promovida por órgão da administração federal direta, indireta ou fundacional ou por entidade controlada direta ou indiretamente pela União;

ADI 394 / DF

III - registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa, conforme definida na legislação de regência;

IV - quando o valor da operação for igual ou superior ao equivalente a 5.000 (cinco mil) obrigações do Tesouro Nacional - OTNs:

a) registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos;

b) registro em Cartório de Registro de Imóveis;

c) operação de empréstimo e de financiamento junto a instituição financeira, exceto quando destinada a saldar dívidas para com as Fazendas Nacional, Estaduais ou Municipais.

§ 1º Nos casos das alíneas a e b do inciso IV, a exigência deste artigo é aplicável às partes intervenientes.

§ 2º Para os fins de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal, segundo normas a serem dispostas em Regulamento, remeterá periodicamente aos órgãos ou entidades sob a responsabilidade das quais se realizarem os atos mencionados nos incisos III e IV relação dos contribuintes com débitos que se tornarem definitivos na instância administrativa, procedendo às competentes exclusões, nos casos de quitação ou garantia da dívida.

§ 3º A prova de quitação prevista neste artigo será feita por meio de certidão ou outro documento hábil, emitido pelo órgão competente.

Art. 2º Fica autorizado o Ministério da Fazenda a estabelecer convênio com as Fazendas Estaduais e Municipais para extensão àquelas esferas de governo das hipóteses previstas no art. 1º desta Lei.

Sustenta-se, em síntese, que as normas impugnadas violam o direito fundamental ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da Constituição), na medida em que impede o

ADI 394 / DF

contribuinte de ir a juízo discutir a validade do crédito tributário. Segundo entendem, trata-se de **sanções políticas**, isto é, de normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário (violação do livre exercício de trabalho, ofício ou profissão - art. 5º, XIII e XV da Constituição).

A medida cautelar requerida foi indeferida pela Presidência da Corte, exercida pelo eminente Ministro Carlos Madeira. Não obstante, o Plenário da Corte não referendou a decisão de Sua Excelência, e suspendeu a eficácia dos dispositivos impugnados.

O referido acórdão porta a seguinte ementa:

*"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
PEDIDO DE LIMINAR.*

*- OCORRÊNCIA, NO CASO, DA RELEVÂNCIA
JURÍDICA DO PEDIDO E DO PERICULUM IN MORA.*

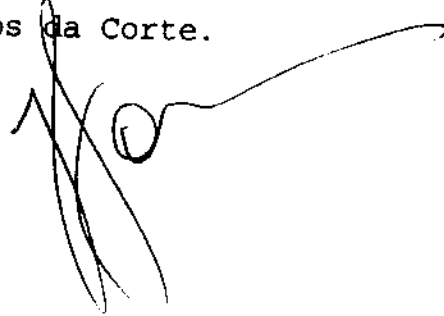
*NÃO REFERENDADO O DESPACHO INDEFERITÓRIO DA
LIMINAR, FOI ELA CONCEDIDA COM RELAÇÃO AO ARTIGO 1 DA
LEI 7.711, DE 22 DE DEZEMBRO DE 1988, PARA SUSPENDER,
EX NUNC, SUA EFICÁCIA, CONCESSÃO ESSA QUE, POR VIA DE
CONSEQUÊNCIA, SUSPENDERA A EFICÁCIA DO DECRETO
REGULAMENTADOR DESSE DISPOSITIVO LEGAL."*

As informações foram prestadas (Fls. 47-49 e 57-74 dos autos da ADI 173). O advogado-geral da União apresentou defesa (Fls. 78-84). O procurador-geral da República opina pela perda de objeto da ação em relação ao art. 1º, II da Lei 7.711/1988, e, no mérito, pela declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, caput, I, II, IV e § 1º, 2º e 3º da mesma lei.

ADI 394 / DF

É o relatório.

Distribuem-se, oportunamente, cópias do relatório às
Senhoras e Senhores Ministros da Corte.

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

25/09/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 394-1 DISTRITO FEDERALV O T O**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):**

Firmo a perda do interesse processual no prosseguimento do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade em relação ao Decreto 97.834/1989, já que foi revogado pelo Decreto 99.476/1990.

Também entendo que as ações diretas de inconstitucionalidade perderam o objeto no que tange o art. 1º, II, da Lei 7.711/1988. A norma obrigava a comprovação da quitação de créditos tributários exigíveis, para que fosse permitida a participação do contribuinte em processo de habilitação ou licitação promovida por órgão da Administração Direta. Atualmente, a Lei 8.666/1993 possui norma semelhante (art. 27), que exige dos interessados à habilitação em licitação a comprovação de regularidade fiscal.

Passo ao exame da validade constitucional do art. 1º e 2º da Lei 7.711/1988.

O Supremo Tribunal Federal possui uma venerável linha de precedentes que considera inválidas as **sanções políticas**. Entende-se por sanção política as restrições **não-razoáveis** ou **desproporcionais** ao exercício de atividade econômica ou

ADI 394 / DF

profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos.

Como se depreende do perfil apresentado e da jurisprudência da Corte, as sanções políticas podem assumir uma série de formatos. A interdição de estabelecimento e a proibição total do exercício de atividade profissional são apenas os exemplos mais conspícuos.

Um dos motivos determinantes da orientação firmada pela Corte consiste no risco posto pelas sanções políticas ao exercício do direito fundamental ao controle administrativo ou judicial da validade dos créditos tributários, como se vê, desde logo, no RMS 9.698 (rel. min. Henrique D'Ávila, Pleno, RTJ 24/21), do qual transcrevo a ementa e o seguinte trecho do voto-vogal, proferido pelo Ministro Pedro Chaves:

"Ementa: Não é lícito ao fisco interditar estabelecimentos comerciais com o propósito de os compelir ao pagamento de impostos ou multas.

Os contribuintes têm o direito de impugnar a legitimidade dos débitos fiscais, quando convocados, pelos meios regulares, a satisfazê-los. Recurso de mandado de segurança. Seu provimento.

[...]

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Chaves: Senhor Presidente, o Fisco já goza de muitos favores e privilégios de ordem processual e de ordem legal; cobra os seus créditos mediante certidão de inscrição do lançamento: inicia pela penhora, e ainda pretende mais. Pretende evitar, inconstitucionalmente, que a parte se defenda em Juízo, ameaçando de fechar o estabelecimento.

Supremo Tribunal Federal

ADI 394 / DF

Eu não posso deixar de acompanhar o eminente Sr. Ministro Relator e conceder a segurança."

Pondero que o acesso aos mecanismos que consubstanciam o devido processo legal é o direito fundamental mais susceptível de ser amesquinhado pela aplicação de uma sanção política.

A sanção política coloca desafios de duas ordens ao controle da restrição. A primeira ordem de desafios se refere ao controle da validade da própria restrição. Como as restrições ao exercício profissional e à atividade econômica podem comprometer a própria existência da empresa ou o desempenho empresarial, a sanção política pode por um fim abrupto ao processo administrativo ou judicial de controle da validade da própria sanção política. Não é difícil conceber que uma empresa, acossada pelo risco de fechamento, opte por se submeter à exigência que asseguraria seu funcionamento, dado o caráter capital da pena aplicada.

Ademais, ainda que o contribuinte opte por insistir no exame da validade da norma que fundamentou o fechamento de seu estabelecimento, é inequívoco que a interrupção das atividades econômicas coloca um óbice pragmático relevante à manutenção do processo administrativo ou judicial que tenha por objetivo examinar a validade da sanção.

ADI 394 / DF

Na segunda ordem de desafios, a sanção política desestimula, pelo mesmo modo, o controle da validade da constituição de créditos tributários. A interdição de estabelecimento ou a submissão do contribuinte a regime mais gravoso de apuração tributária pode impedir a discussão administrativa ou judicial sobre matéria tributária, pois é incontestável que uma empresa fechada terá menos recursos para manter um processo administrativo ou judicial.

Dito de outro modo, a sanção política viola o direito de acesso ao Estado, seja no exercício de suas funções Administrativa ou Judicial, para que ele examine tanto a aplicação da penalidade como a validade de tributo.

A sanção política também viola o *substantive due process of law* na medida em que implica o abandono dos mecanismos previstos no sistema jurídico para apuração e cobrança de créditos tributários (e.g., ação de execução fiscal), em favor de instrumentos oblíquos de coação e indução. Esse aspecto foi registrado pelo eminente Ministro Celso de Mello, em voto-vogal proferido nos autos do RE 413.782:

"A circunstância de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, não obstante as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o crédito tributário, visem, em última

ADI 394 / DF

análise, a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam.

O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acerto da relação tributária, para, em função deles - e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional - constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso."

A orientação firmada pela Corte também invoca o direito fundamental ao exercício profissional e de atividade econômica lícita, e rechaça a aplicação de sanções políticas tributárias independentemente da forma que as restrições possam tomar.

Com efeito, por ocasião do julgamento do RE 413.782 (rel. min. Marco Aurélio, DJ de 03.06.2005), o Pleno do Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional regime de apuração do ICMS que submetia a Varig - Viação Aérea Rio Grandense à emissão, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa. A restrição era aplicada, pois aquele contribuinte possuía débitos perante a Fazenda do Rio Grande do Sul, cuja exigibilidade não estava suspensa. Como se lê no voto do eminente ministro-relator, Marco Aurélio, a obrigação para que fosse extraída uma nota a cada negócio praticado pela empresa inviabilizava a dinâmica própria à atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte.

ADI 394 / DF

Já no RE 434.987, o eminente Ministro Cezar Peluso examinou situação na qual a autoridade fiscal exigia que os débitos tributários fossem garantidos, como condição para que lhe fosse permitida a impressão de documentos fiscais. Sua Excelência deu provimento ao recurso extraordinário para determinar que o Fisco autorizasse a impressão de documentos fiscais, independentemente da prestação de garantias, na linha do que ficara decidido no RE 115.452-EDiv (rel. min. Carlos Velloso, Pleno, DJ de 16.11.1990).

O entendimento já consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal também pode ser recuperado da orientação enunciada nas Súmulas 70, 232 e 547, assim redigidas:

"Súmula 70.

É INADMISSÍVEL A INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS."

"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."

A orientação firmada pela Corte tem se mantido constante, como se extrai da leitura dos seguintes precedentes: RE 424.061 (rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 31.08.2004), RE

ADI 394 / DF

409.956 (rel. min. Carlos Velloso, DJ de 31.08.2004), RE 414.714 (rel. min. Joaquim Barbosa, DJ de 11.11.2004), RE 409.958 (rel. min. Gilmar Mendes, DJ de 05.11.2004), v.g.

Em suma, a Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do *substantive due process of law* (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição.

É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a

ADI 394 / DF

restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável.

As normas impugnadas operam, inequivocamente, como sanções políticas.

O art. 1º, I obriga a comprovação de regularidade fiscal nas hipóteses de transferência de domicílio para o exterior. Trata-se de obstáculo injustificado ao direito constitucional fundamental de locomoção. Ao contrário do que sugere o texto impugnado, a Constituição rechaça veementemente o condicionamento do livre arbítrio do indivíduo, no que se refere à escolha do local onde deseja residir, ao sucesso econômico e à submissão ao entendimento da autoridade fiscal quanto à legalidade dos créditos tributários. Não há previsão constitucional que permita vincular o direito de locomoção do indivíduo ao território administrado pelo Estado em relação ao qual exista relação jurídica tributária.

Assim, declaro inconstitucional o art. 1º, I do 7.711/1988.

O art. 1º, III da Lei 7.711/1988 vincula o registro ou arquivamento de contrato social e atos similares à quitação de créditos tributários. Novamente, o texto impugnado parece pressupor existir **obrigação constitucional ao sucesso financeiro** e **obrigação constitucional à submissão e concordância ao**

ADI 394 / DF

entendimento fiscal sobre a validade dos créditos tributários. É possível conceber situação em que o contribuinte, submetido a quadro de revés econômico que não seja exclusivamente atribuível à sua conduta, necessite realizar operações societárias para tentar manter sua atividade econômica e reverter a situação de penúria. A norma em exame ignora o direito fundamental ao livre exercício de atividade econômica e profissional em tais casos. Ademais, a exigência da quitação dos créditos também não leva em consideração o direito do contribuinte à discussão judicial da validade das normas que instituem o tributo e permitem sua cobrança.

Declaro, também, a inconstitucionalidade do art. 1º, III, da Lei 7.711/1988.

O art. 1º, IV da Lei 7.711/1988 tem sentido semelhante ao art. 1º, III, mas especifica-se em função do tipo e do valor da operação de registro ou financeira. Pelas mesmas razões apontadas anteriormente, declaro inconstitucional o art. 1º, IV, da Lei 7.711/1988.

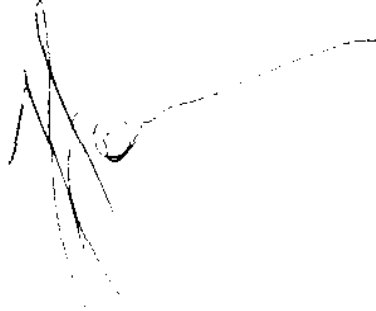
Tanto os parágrafos do art. 1º quanto o art. 2º da Lei 7.711/1988 são normas que somente têm sentido se fosse mantida a constitucionalidade do *caput* e incisos do art. 1º. Tais normas dispõem sobre a realização de convênios entre os entes federados,

ADI 394 / DF

para fiscalização do cumprimento das restrições ou lhes estabelecem detalhes.

Ante o exposto, **conheço parcialmente das duas ações diretas de inconstitucionalidade**, e, na parte conhecida, **declaro a inconstitucionalidade do art. 1º, I, II, IV, §§ 1º a 3º da Lei 7.711/1988**. Fica confirmada, portanto, a medida cautelar anteriormente concedida pelo Plenário da Corte.

É como voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized, somewhat abstract shape.

25/09/2008

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 394-1 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vossa Excelência não está declarando do inciso II?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - O inciso II, na verdade, tenho dúvidas, porque ele é repetido na Lei de Licitações, que exige a regularidade fiscal.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A regularidade fiscal não significa necessariamente quitação. Pode ser exigência de caráter administrativo, inscrições, etc..

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, mas o artigo 29, inc. III...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - No mais, Vossa Excelência declara a inconstitucionalidade de todos.

huy

ADI 394 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não, acho que o inciso II seria bem discutível.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Os artigos 27, inc. IV, e 29, inc. III, da Lei n. 8.666 não restringem a regularidade fiscal exclusivamente a esse tipo de obrigação. Então, causa-me alguma estranheza declarar a inconstitucionalidade quando a própria Constituição, em seu artigo 37, manda que a lei estabeleça quais as condições para quem quer se habilitar para a licitação. Porque o problema que se põe constitucionalmente pela legislação administrativa é a possibilidade de contratar com o Estado alguém que não esteja com a quitação devida e depois façam a licitação de uma compra ou de uma obra, às vezes até urgente, e depois a pessoa não consegue cumprir o contrato em detrimento do interesse público. Daí por que os artigos 27 e 29 explicitam a comprovação das condições de regularidade fiscal - e, aí, é expresso - com a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, em termos que a própria legislação também pode alterar.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - O inciso XXI do art. 47.

ADI 394 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É.

Exatamente.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES

DIREITO:

O Ministro **Ricardo Lewandowski** estava ponderando que a diferença é a seguinte: se prevalecer essa idéia, de que é preciso comprovar a quitação, o fato de o contribuinte, por exemplo, estar em juízo com o mandado de segurança ou uma liminar impede que ele se habilite para a licitação. Ao passo que se se entender, como está na Lei das Licitações, a regularidade fiscal, pode-se considerar regular quando ele está na Justiça e obtém uma liminar. E, aí, ele não tem a quitação fiscal, mas ele está em situação regular, porque está questionando o débito na Justiça.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ou seja, a norma inscrita na Lei Geral de Licitações revela-se perfeitamente compatível com esses princípios constitucionais, especialmente aqueles que regem a atividade econômica.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES

DIREITO:

ADI 394 / DF

E torna compatível a exigência constitucional dos critérios para a contratação com a Administração Pública.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Aqui, o inciso II é mais drástico.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas acho que temos que dar interpretação conforme, dispondo "salvo pendência judicial".

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque isso já é o que se pratica hoje. Nas licitações, quando estamos compondo a comissão de licitação, a quitação equivale à comprovação pelo candidato, pelo interessado, de que ele está discutindo e, portanto, ele não está quite com a Fazenda. Então, se houver a interpretação conforme, eu penso que não se elimina e se garante tanto a empresa quanto o interesse público.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Se nós deixarmos pura e simplesmente como está, a administração pode entender em sentido contrário.

ADI 394 / DF

Pode-se entender que é necessária a quitação, quando não é necessária.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) -

Na verdade, eu entendo que esse dispositivo foi revogado pela lei superveniente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não. Porque

a regularidade pode ser interpretada de forma diferenciada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A

regularidade fiscal alcança - ela é mais abrangente - a quitação, não estar em débito para com o fisco. Daí ter-se, a meu ver, o prejuízo quanto à ação ajuizada há muitos anos contra essa lei substituída por uma específica - a Lei das Licitações.

Agora, preocupa-me muito a evolução na jurisprudência, quanto à coação política para receber-se impostos, logo sob a égide de uma Constituição democrática, como a de 1988. Não há como temporizar, não há como permitir que o Estado exercite essa coação e apenas abrindo margem ao afastamento desse mecanismo com o ajuizamento de ação individual pelo cidadão.

ADI 394 / DF

Creio que temos três verbetes revelando uma vetusta jurisprudência. Qualquer ato que implique forçar o cidadão a recolhimento de imposto é inconstitucional. E não vejo, nem na cláusula do artigo 37, quanto à licitação, na remessa à lei, a possibilidade de contrariar-se esse princípio, que é implícito na Constituição de 1988, ou seja, o vedador do exercício de coação política, e não a execução do que devido, para ter-se o recolhimento do tributo. Existem, repito, três verbetes, como se ressaltou da tribuna, que tornam estreme de dúvidas essa jurisprudência. Refiro-me aos Verbetes nº 70, 323 e 547. Nesse campo da coação política, para fazer-se caixa, não há como tergiversar, não há como mitigar o princípio vedador da assunção, pelo Estado, de postura que acabe, na via indireta, levando o contribuinte ao recolhimento do tributo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E é por isso mesmo que a própria **jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal (**AI 637.272/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) **vem reafirmando** o conteúdo desses enunciados sumulares **e repelindo** essas práticas - **evidentemente** inconstitucionais - **estabelecidas** na legislação tributária **editada** pelas três

ADI 394 / DF

instâncias de poder em que se estrutura o Estado Federal brasileiro:

"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). RESTRICÇÕES 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'. DOCTRINA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO."

(RE 374.981/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 381/2005)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Chegou-se ao ponto, nessa lei, de se proibir a saída do País!

25/09/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 394-1 DISTRITO FEDERAL**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

De todos os modos, retornando ao inciso II, que é o que estava em discussão basicamente, se explicitarmos, como parece que o eminente Ministro Relator vai fazer, que esse artigo está revogado pela Lei das Licitações, que é mais abrangente e que, portanto, inclui também essa hipótese, ficaria resolvida a questão. O que não pode é nós simplesmente assentarmos o prejuízo com relação a esse dispositivo.

Como disse também o eminente Ministro **Marco Aurélio**, é necessário fazer uma repressão imediata e dura com relação a esse tipo de exigência, porque o contribuinte fica completamente a descoberto. *omitido*

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - O Ministro Menezes Direito está propondo que se averbe a revogação do inciso II.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não apenas a revogação, mas a revogação com a explicitação de que esta hipótese está abrangida pela nova lei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A expressão "regularidade tributária".

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Regularidade fiscal implica exigibilidade da quitação quando o tributo não seja objeto de discussão judicial.

ADI 394 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ou

administrativa que, às vezes, eles fazem.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Nós não temos condições de fazer uma revogação sem essa explicitação. Então, ficaria assim: o eminente Relator faria esse acréscimo.

outras

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Sim.

A minha proposta era essa, com outras palavras.

25/09/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 394-1 DISTRITO FEDERALRETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Sr.
Presidente, agora fica pendente o artigo 2º.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vai por
arrastamento.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Então,
a proclamação seria a seguinte: conheço parcialmente das duas
ações diretas e, na parte conhecida, declaro a
inconstitucionalidade do artigo 1º, incisos I, III e IV,
parágrafos 1º a 3º da Lei. E não conheço do inciso II do artigo
1º, porque ele foi revogado por estar abrangido pelo dispositivo
da Lei nº 8.666, que trata da regularidade fiscal.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 394-1**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

REQTE.: CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.: MARCELO MELLO MARTINS

ADV.: OPHIR FILGUEIRAS CAVALCANTE

ADV.(A/S): MAURÍCIO GENTIL MONTEIRO

ADV.(A/S): RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, conheceu parcialmente da ação direta e, na parte conhecida, julgou-a procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º, incisos I, III e IV, e §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº 7.711/88, explicitando-se a revogação do inciso II do artigo 1º da referida lei pela Lei nº 8.666/93, no que concerne à regularidade fiscal. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falou pela requerente o Dr. Cássio Augusto Muniz Borges. Ausentes, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento o Senhor Ministro Carlos Britto. Plenário, 25.09.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


p/Luiz Tomimatsu
Secretário