

10.A PREFERÊNCIA ENTRE OS CRÉDITOS DOS ENTES FEDERADOS E A VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO

Karol Araújo Durço

Paulo Brigolini de Carvalho

Palavras-chave: Preferência de créditos. Recepção constitucional. Súmula 563 do STF.

O presente ensaio possui como objetivo discutir a recepção ou a não recepção dos artigos 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e art. 29, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal pela atual ordem constitucional. Os mencionados dispositivos normativos estabeleceram, muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, uma preferência de créditos entre os diferentes entes federados determinando, em síntese, que os créditos da União e de suas autarquias serão recebidos antes dos créditos dos Estados e os créditos destes e de suas autarquias, recebidos antes dos créditos dos Municípios. Nesse sentido, a discussão decorre da suposta incompatibilidade de tais dispositivos legais com o sistema federativo de Estado.

Para cumprir o objetivo em questão, partiu-se de uma investigação sobre a forma federada de Estado, compreendendo, inclusive, seus reflexos sobre a ordem fiscal.

Nesse ponto, identificou-se que ideia de federalismo é de origem norte-americana e foi decorrente da necessidade de se estabelecer um governo eficiente mesmo em um vasto território, sem que se perdessem os ideais republicanos decorrentes da revolução de 1776¹.

Conforme os ensinamentos de Antônio Roque Carrazza, Federação é “uma associação, uma união institucional de Estados, que dá lugar a um novo Estado, o

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 941. Nesse sentido conferir também: PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 395 e seguintes.

Estado Federal, diferente dos Estados-membros”. Para ele, o aspecto mais relevante dessa união é o fato dos Estados federados “despirem-se da soberania em benefício da União”².

Sob o aspecto do federalismo fiscal no Brasil, identificou-se que a Constituição Federal de 1988, manteve um forte desequilíbrio financeiro que deve ser corrigido por uma nova reforma tributária que amplie a autonomia fiscal aos Estados e aos Municípios, a fim de torna-los financeiramente independentes do governo federal. Nesse aspecto, acabada restando evidente que, na realidade, o Brasil nunca funcionou como um regime federalista verdadeiro, pois a União sempre exerceu um grande poder sobre os Estados e os Municípios das principais capitais.

Quanto à execução concursal e a preferência para o recebimento dos créditos, restou demonstrado que a execução concursal do patrimônio do devedor empresário ou da sociedade empresária insolventes ocorre após a instauração do processo falimentar³, sendo forma de conferir iguais chances aos credores, de mesma categoria, de realização de seus créditos, tendo em vista que inúmeras execuções individuais não permitiriam discriminar os credores de acordo com os graus de necessidades e garantias contratadas.

Observou-se, ainda, que preferência é o pagamento prioritário de um crédito em desfavor daqueles que com eles concorrem, pelo que há que se concluir que a preferência só existe quando se fala em concurso de credores.

Quanto ao direito de preferência entre os entes federados, restou evidenciado que tanto os créditos que forem executados em apartado, quanto aqueles que dependerem do recebimento pelo rateio falimentar, ficam sujeitos a eventual preferência existente entre os próprios entes federados. Por outras palavras, a União pode, por exemplo, penhorar em uma execução fiscal o mesmo bem que foi penhorado pelo Estado em outra execução fiscal e, nessa circunstância, aquela terá preferência de recebimento de seu crédito. Tudo isso conforme o que dispõe o Código Tributário Nacional, em seu art. 187, parágrafo único, repetido pelo art. 29, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal (Lei nº. 6830/80).

² CARRAZZA, Antônio Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 109

³ Sobre a falência conferir: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 3. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 221 e seguintes.

Em síntese, na concorrência de créditos tributários pelas pessoas jurídicas de direito público: 1º) em primeiro lugar pagam-se – créditos da União e INSS conjuntamente e “pro rata”, e depois as demais autarquias federais; 2º) em segundo lugar – créditos dos Estados e DF e suas autarquias conjuntamente e “pro rata”; 3º) em terceiro lugar – os créditos dos municípios e suas autarquias conjuntamente e “pro rata”.

Importa destacar que tal preferência foi considerada compatível com o disposto na Constituição Federal vigente pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, em oportunidades recentes, a Corte Suprema tem, constantemente, ratificado o teor da súmula 563, sem maiores discussões, não obstante referir-se tal entendimento a situação já ultrapassada, tratando de compatibilidade do dispositivo do CTN em face da Constituição de 1967, que privilegiava a União frente aos Estados federados e Municípios. Vejam a redação da súmula: “Súmula 563 STF: O concurso de preferência a que se refere o parágrafo único, do art 187, do Código Tributário Nacional, é compatível com o disposto no Art. 9º, inciso I, da Constituição Federal.”

Na mesma linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também valida a existência de tal preferência, embora o trabalho tenha evidenciado que em âmbito legal sua regulação é bem amparada, motivo pelo qual esse Tribunal, guardião da Legislação Federal, realmente não encontraria fundamentos jurídicos para afastar a aplicação do instituto.

De outro lado, demonstrou-se que o posicionamento doutrinário é maciçamente contrário a existência de tal direito de preferência, destacando-se os ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coêlho⁴, Leandro Paulsen⁵, Luis Eduardo Schoueri⁶ e Paulo de Barros Carvalho, que mesmo na égide da Constituição anterior já questionava a constitucionalidade dessa ordem de preferência dos créditos públicos, invocando a paridade constitucional dos entes da Federação⁷.

⁴ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 13ª ed. Livraria do Advogado, 2011.

⁶ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1004.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 330-331. Tal crítica é mantida pelas edições recentes da obra. Nesse sentido conferir: *Curso de Direito Tributário*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Ao final, tendo em vista que a autonomia financeira é, dentre outras, condição indispensável para a caracterização de um federalismo verdadeiro, conclui-se pela impossibilidade da recepção de tais dispositivos, mesmo frente a passividade da jurisprudência, em especial do Supremo Tribunal Federal, que insiste em reafirmar o conteúdo da Súmula 563 editada na égide da Constituição anterior. Destacou-se que tal tratamento privilegiado, conferido ao ente Central, retira parcela da autonomia financeira dos Estados Membros, que é prevista diretamente na Carta Política, sendo grave tal situação quando se observa que a referida restrição ao pacto federativo é estabelecida por legislação infraconstitucional.

Nesse quadro, de passividade jurisprudencial, talvez fosse caso de se buscar uma mudança legislativa de tais dispositivos, o que, contudo, certamente esbarra na conhecida ineficiência do Poder Legislativo brasileiro, unida ao interesse contrário da União Federal e, portanto, do Poder Executivo Federal.