

Federalismo e Concurso de Preferência: A Mais que Obsoleta Súmula 563 do STF

Federalism and Privileges in Tax Collection: The More Than Obsolete Precedent 563

Ana Paula Sabetzki Boeing

Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

Especialista em Direito Constitucional. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Procuradora do Estado do Paraná.

E-mail: ana_boeing@hotmail.com.

Recebido em: 14-07-2019

Aprovado em: 18-02-2020

Resumo

O problema que será analisado neste artigo é o seguinte: o concurso de preferência entre pessoas de direito público interno na cobrança judicial da dívida ativa (parágrafo único do art. 187 do CTN) é compatível com o princípio federativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988? Para tanto, será analisada a discussão que existia no meio jurídico nacional antes da edição da Súmula 563 do STF (1976), os precedentes do STF que levaram à edição daquele enunciado, as características do regime federativo estabelecido pela Emenda Constitucional n. 1/1969 e pela Constituição de 1988, a doutrina – atual e também a contemporânea à Constituição de 1969 – acerca da constitucionalidade do concurso de preferência. A conclusão é no sentido de que as normas que o estabelecem não foram recepcionadas pela Carta de 1988.

Palavras-chave: princípio federativo, concurso de preferência, Súmula 563 do STF, art. 187 do CTN.

Abstract

In this article we will analyze the following question: is the order of privilege in tax collection (single paragraph of article 187 of the National Tax Code) compatible with the federative principle established by the Federal Constitution of 1988? In order to do so, we will analyze the legal doctrine contemporaneous to the Supreme Court's Precedent 563 (1976), the previous decisions of the Court that led to that precedent, the characteristics of the federative regime established by the Amendment 1/1969 and by the 1988 Constitution, as well as the legal doctrine about the constitutionality of the order of privilege. The conclusion is that the order is not compatible with the Constitution of 1988.

Keywords: federalism, order of privilege, Precedent 563, article 187 of the National Tax Code.

1. Introdução

Entre os 218 artigos do CTN, há um que se destaca substancialmente em face dos demais. E lamentavelmente isso não ocorre num sentido positivo. Nas palavras contundentes de Paulo de Barros Carvalho, “sua inconstitucionalidade ressalta ao primeiro súbito de vista. É flagrante, insofismável e vitanda, sob qualquer ângulo pelo qual pretendamos encará-la”. O pior de tudo é que a norma “vem sendo passivamente acolhida e cordatamente aplicada, sem que o meio jurídico nacional se dê conta da manifesta inconstitucionalidade que encerra no seu significado em face do sistema de direito positivo brasileiro”¹.

Estamos falando do art. 187 do CTN e, mais especificamente, do seu parágrafo único. O dispositivo estabelece um concurso de preferência entre as pessoas jurídicas de direito público na cobrança judicial da dívida tributária. O crédito da União prefere ao dos Estados, enquanto o crédito dos Estados prefere ao dos Municípios.

A Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) introduziu no ordenamento jurídico norma semelhante, com o acréscimo das autarquias no concurso de preferência (parágrafo único do art. 29). Com a previsão da Lei de Execução Fiscal, o concurso de preferência passou a se aplicar não apenas à dívida ativa tributária, mas também àquela de natureza não tributária.

A inconstitucionalidade “flagrante, insofismável e vitanda” a que aludiu Paulo de Barros Carvalho diz respeito ao princípio federativo². Na ordem constitucional vigente, não há hierarquia entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Todos são juridicamente iguais e autônomos. Existe tão somente a diferença entre as distintas competências que eles recebem da Constituição Federal.

A norma relativa ao concurso de preferência, porém, vem sendo normalmente aplicada em juízo especialmente em virtude da jurisprudência consolidada pelo STF durante o regime militar que culminou com a aprovação da Súmula 563 em 15.12.1976. O enunciado tem o seguinte teor: “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”.

À época vigia a Constituição de 1967, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 1/1969. O art. 9º, I, citado na súmula, dispunha que à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado “criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra”. A redação é praticamente idêntica àquela do art. 19, III, da

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 552.

² Tem-se entendido o federalismo como a forma de Estado caracterizada pela união de coletividades públicas (Estados federados) que detêm autonomia político-constitucional. Na Federação, o Estado federado é o titular da soberania, que consiste no poder supremo relacionado à capacidade de autodeterminação. Já os Estados-membros possuem autonomia, que significa o governo próprio dentro das competências conferidas pela Constituição (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 99-100).

Constituição de 1988, pelo qual se veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

Daí que se tem considerado subsistente o teor da Súmula 563, como se aquela semelhança de redação implicasse a automática equivalência do regime federativo estabelecido por duas tão distintas ordens constitucionais.

Após a promulgação da Constituição de 1988, não houve decisão do Plenário do STF sobre o assunto. Localizaram-se apenas quatro decisões monocráticas³ e dois acórdãos da Segunda Turma proferidos no julgamento de agravos regimentais em agravo de instrumento⁴. Em todos os casos, houve a simples aplicação da Súmula 563, sem que se analisasse se a interpretação consubstanciada no enunciado permanecia válida na ordem constitucional de 1988. No AI 608.769-AgR, simplesmente se afirmou que “a vedação estabelecida pelo artigo 19, III, da Constituição (correspondente àquele do artigo 9º, I, da EC n. 1/69) não atinge as preferências estabelecidas por lei em favor da União”; e, no AI 745.114-AgR, que “o Supremo fixou entendimento no sentido que a disposição legal prevista no artigo 187, parágrafo único, do CTN não viola o princípio federativo [artigo 9º, I, da CB/67, artigo 19, III, da Constituição do Brasil]”.

Essa interpretação baseada na simples equivalência entre o art. 9º, I, da Carta de 1969 e o art. 19, III, da Constituição de 1988 foi replicada no âmbito do STJ. Ao julgar recurso especial representativo de controvérsia em 13.10.2010, a Primeira Seção do STJ decidiu que

“verificada a pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem em executivos fiscais ajuizados por diferentes entidades garantidas com o privilégio do concurso de preferência, consagra-se a prelação ao pagamento dos créditos tributários da União e suas autarquias em detrimento dos créditos fiscais dos Estados, e destes em relação aos dos Municípios, consoante a dicção do art. 187, § único c/c art. 29, da Lei 6.830/80”⁵.

Como fundamento, mencionou-se que a Segunda Turma do STF havia proclamado a subsistência da Súmula 563 ao julgar o citado AI 608.769-AgR.

Então, em 08.08.2012, a Primeira Seção do STJ editou a Súmula 497: “os créditos das autarquias federais preferem aos créditos da Fazenda estadual desde que coexistam penhoras sobre o mesmo bem”.

Com essas decisões do STF e do STJ, fundamentadas basicamente na automática aplicação da Súmula 563 em virtude da equivalência entre os dispositivos das Constituições de 1969 e 1988, não se vê nenhuma discussão substancial sobre o assunto nos demais tribunais e júzoes de primeiro grau. Aliás, discussão subs-

³ AI 440.765, Ellen Gracie, *DJ* 15.02.2006; AI 197.771/RS, Cezar Peluso, *DJ* 12.09.2007; AI 808.646/SP, Rosa Weber, *DJ* 05.04.2013; AI 833.386/SP, Dias Toffoli, *DJe* 04.08.2014.

⁴ AI 608.769-AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, *DJ* 23.02.2007; AI 745.114-AgR, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, *DJe* 07.08.2009.

⁵ REsp 957.836/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, *DJe* 26.10.2010.

tancial sequer existiu naqueles tribunais superiores na vigência da Constituição de 1988.

Apesar de “cordatamente aplicada”, a norma causa perplexidade àqueles mais sensibilizados com o princípio federativo. O Governador do Distrito Federal, em 28.07.2015, ajuizou a ADPF 357, sob a alegação de que o parágrafo único do art. 187 do CTN e o parágrafo único do art. 29 da Lei n. 6.830/80 violam os arts. 1º, *caput*, 18, 19, III, e 60, § 4º, I, da Constituição Federal. Segundo ele, a Súmula 563 do STF não é mais compatível com a ordem constitucional vigente. O processo aguarda julgamento.

Nesse contexto, pretende-se verificar se procede a sensação de manifesta inconstitucionalidade que causa a leitura do parágrafo único do art. 187 do CTN. Em outras palavras, o problema que será analisado neste artigo é o seguinte: o concurso de preferência entre pessoas de direito público interno na cobrança judicial da dívida ativa é compatível com o princípio federativo estabelecido pela Constituição Federal de 1988?

Para tanto, o estudo foi dividido em cinco seções. No primeiro tópico, será analisado o tratamento jurídico conferido ao concurso de preferência antes da edição da Súmula 563, de forma a evidenciar a discussão que então existia no meio jurídico nacional. Serão examinados os primeiros textos legais a tratar do assunto, a doutrina da época e as normas constitucionais que vedavam a discriminação entre pessoas políticas no período compreendido entre a Carta de 1891 e a Emenda Constitucional n. 1/1969. Feito esse breve panorama histórico, no segundo tópico serão analisados os precedentes do STF que originaram a Súmula 563. A fundamentação dos votos dos Ministros será examinada com o objetivo de extrair os argumentos que levaram à edição do enunciado.

No terceiro tópico, serão analisadas as características do regime federativo estabelecido pela Emenda Constitucional n. 1/1969, contexto constitucional no qual ocorreu a prolação dos precedentes examinados na seção precedente. Já no quarto tópico, será examinado o regime federativo estabelecido pela Constituição de 1988, comparando-o com aquele fixado pela Carta de 1969. Em ambas as seções, a análise será realizada com base na doutrina e nos textos das Constituições.

No último tópico, será examinada a doutrina – atual e também a contemporânea à vigência da Constituição de 1969 – acerca da constitucionalidade do concurso de preferência.

2. Breve panorama histórico: o concurso de preferência antes da edição da Súmula 563

O primeiro texto legal a estabelecer uma ordem de preferência entre União, Estados e Municípios foi o Código Civil de 1916⁶. Ao disciplinar o concurso de

⁶ RIBEIRO, Benedito Silvério. Equiparação constitucional dos créditos fazendários. *Revista de Direito Administrativo*, n. 121, p. 496, jul./set. 1975.

credores, o art. 1.571 do CC previa que “a Fazenda Federal prefere à Estadual, e esta, à Municipal”.

A ordem de preferência estava relacionada aos diferentes graus que ocupavam as pessoas de direito público interno no sistema político. Era o que dizia Clóvis Beviláqua: “esta ordem é determinada pelo sistema político adotado entre nós, que estabelece a preeminência da União sobre os estados, e destes sobre os respectivos municípios”⁷.

Similarmente, João Manoel de Carvalho Santos afirmava que aquela ordem de preferência “é consequência lógica da que existe na ordem política, em que a União predomina sobre os estados e estes sobre os municípios. O todo (a União em relação aos estados e os estados em relação aos municípios) prefere a cada uma das partes”⁸.

Posteriormente, o Decreto-lei n. 960/1938, que dispunha sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, previu norma semelhante: “A dívida da União prefere qualquer outra, em todo o território nacional, e a dos Estados prefere a dos Municípios. Somente entre a União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderá versar o concurso de preferência” (parágrafo único do art. 60).

O CTN (Lei n. 5.172/1966) novamente estabeleceu o concurso de preferência entre as pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem: I – União; II – Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e *pro rata*; III – Municípios, conjuntamente e *pro rata* (art. 187).

Até a Emenda Constitucional n. 1/1969, não houve nas Constituições brasileiras regra que expressamente vedasse o estabelecimento de preferência em favor da União ou em favor dos Estados em detrimento dos Municípios. Nesse sentido, a Carta de 1891 – que nesse aspecto se inspirou no art. 1º, seção 9, da Constituição americana – proibia apenas discriminações entre os Estados: “é vedado ao Governo Federal criar, de qualquer modo, distinções e preferências em favor dos portos de *uns contra os de outros Estados*” (art. 8º).

A Constituição de 1934 vedava à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “criar distinções entre brasileiros natos ou preferências em favor de *uns contra outros Estados*” (art. 17, I). A Carta de 1937 vedava àquelas pessoas políticas “criar distinções entre brasileiros natos ou discriminações e desigualdades *entre os Estados e Municípios*” (art. 32, “a”) e proibia que a União decretasse impostos que importassem discriminação em favor dos portos de *uns contra os de outros Estados* (art. 34). A Constituição de 1946 (art. 31, I) e a Constituição de 1967 (art. 9º, I) vedavam à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “criar distinções entre brasileiros ou preferências *em favor de uns contra outros Estados ou Municípios*”.

⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919. p. 346.

⁸ SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 503.

Para a doutrina da época, não havia dúvida quanto à constitucionalidade do concurso de preferência até a modificação introduzida pela Emenda Constitucional n. 1/1969. Proibia-se apenas o estabelecimento de discriminações entre os Estados ou entre os Municípios⁹. A Emenda Constitucional n. 1/1969, porém, vedou à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “criar distinções entre brasileiros ou preferências *em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra*” (art. 9º, I).

A proibição constitucional, na sua literalidade, passou a abranger a preferência em favor de qualquer das pessoas de direito público interno, inclusive da União. Dessa forma, parte da doutrina da época considerou que o art. 187, parágrafo único, do CTN havia sido revogado pela nova Constituição. Para Evandro Ramos Lourenço, com a nova redação “o Fisco Federal, Estadual e Municipal disputam seus créditos na mesma classe e, *pro rata*, se o resultado da apuração dos bens do devedor não der para o pagamento integral”¹⁰.

Na mesma linha, Benedito Silvério Ribeiro escreveu:

“Sobretudo nos dias hodiernos em que se fala de maior autonomia do município, não se coaduna em que fique na retaguarda do seu crédito, esperando abocanhem as fazendas nacional e estadual, preferencialmente, os recursos de uma falida, de um executado e de insolvente. Estando, finalmente, as Fazendas Públicas, constitucionalmente, em igualdade de condições, equiparadas, para efeito de preferências, estando ínsitas as relativas aos créditos tributários, devem recebê-los proporcionalmente, sem que qualquer delas seja paga antes da outra, estando a legislação especial disciplinadora de preferências revogada pela Lei Magna”¹¹.

Não foram poucos, porém, os que afirmaram que o constituinte de 1969 não pretendeu dizer o que acabou dizendo por meio da nova redação do inciso I do art. 9º. Essa linha de argumentação predominou no TJSP, que continuou privilegiando o crédito da União nas falências. Isso fez com que a Fazenda estadual interpusesse recursos ao STF. A edição da Súmula 563 decorreu do julgamento desses casos, que serão examinados no tópico seguinte.

3. Precedentes da Súmula 563: os argumentos relacionados à tradição constitucional e à hierarquia entre as pessoas políticas

Entre os anos de 1974 e 1976, o STF julgou cinco recursos extraordinários – n. 79.128, 79.660, 80.398, 81.154 e 80.045 – que constituíram os precedentes da Súmula 563, editada em 15.12.1976. Todos aqueles recursos foram interpostos

⁹ RIBEIRO, Benedito Silvério. Equiparação constitucional dos créditos fazendários. *Revista de Direito Administrativo*, n. 121, p. 497, jul./set. 1975.

¹⁰ LOURENÇO, Evandro Ramos. Os créditos preferenciais e sua classificação. *Revista Justitia*, n. 70, p. 200.

¹¹ RIBEIRO, Benedito Silvério. Equiparação constitucional dos créditos fazendários. *Revista de Direito Administrativo*, n. 121, jul./set. 1975.

pelo Estado de São Paulo, que alegava que a preferência conferida à União em detrimento do crédito estadual (parágrafo único do art. 187 do CTN) violava o art. 9º, I, da Constituição de 1967 (com a redação da Emenda Constitucional n. 1/1969). Em todos os casos, o STF decidiu pela ausência de afronta ao citado dispositivo constitucional, e por isso os recursos não foram conhecidos. A seguir, serão examinados os fundamentos dos respectivos acórdãos, em ordem cronológica de julgamento.

O primeiro recurso extraordinário, autuado sob o n. 79.128-SP, foi julgado em 10.09.1974 pela Primeira Turma do STF. O Relator, Ministro Djaci Falcão, aludiu à existência de hierarquia entre as pessoas políticas para não conhecer do recurso. Segundo ele, “a norma do art. 9º, I, da Lei Magna, tem por objetivo eliminar divergências de tratamento entre indivíduos de diversos Estados da Federação. Jamais eliminar a hierarquia entre os poderes públicos federal, estaduais e municipais”.

Essa ideia de que o art. 9º, I, da Constituição então vigente objetivava essencialmente vedar a desigualdade de tratamento entre brasileiros originários de diferentes entes federativos foi reiterada quando a Primeira Turma, também sob a relatoria do Ministro Djaci Falcão, julgou o RE 79.660-SP. Como fundamento do seu voto, o Relator transcreveu trecho da manifestação do Ministério Público:

“A vedação às pessoas de direito público interno, de estabelecerem preferências visa impedir que essas entidades deem tratamento discriminatório a brasileiros proveniente de um Estado ou Município, com prejuízo para os de outros, ou instituem, em igualdade de pressupostos, benefícios, vantagens, ou encargos que não sejam uniformes para todas as Unidades da Federação, seus municípios ou para a própria União”.

O terceiro precedente que originou a Súmula 563 consistiu no julgamento, em 11.04.1975, do RE 80.398-SP pela Segunda Turma do STF. Na fundamentação do seu voto, o Relator, Ministro Cordeiro Guerra, transcreveu o parecer do Ministério Público, cujo trecho mais significativo é o seguinte:

“Mas, entretanto, o sentido desse dispositivo constitucional deve ser bem compreendido. Trata-se de matéria alusiva às vedações políticas na organização da estrutura interna do país; veda-se a discriminação entre brasileiros conforme o nascimento neste ou naquele Estado; discriminação entre municípios, feita pelo próprio Estado; discriminação entre Estados, feita pela União. A finalidade política da norma em análise, como bem lembra PONTES DE MIRANDA, foi a de impedir que “os naturais de outros Estados-membros, brasileiros, todos, fossem estrangeiros dentro da pátria” (*Comentários à Constituição de 1967*, pág. 181, com. ao art. 9º)”.

A ideia de hierarquia foi expressamente mencionada no quarto precedente da Súmula 563, o RE 81.154-SP, julgado em 30.09.1975 pela Segunda Turma. O Relator, novamente o Ministro Cordeiro Guerra, afirmou que:

“Na verdade a norma do art. 9º, I da C.F., tem por objetivo eliminar divergências de tratamento entre indivíduos de diversos estados da Federação, e preferências entre as pessoas de direito público interno, isto é, a criação de benefícios a um Estado ou Município em detrimento do outro. Não atinge, portanto, a hierarquia entre os poderes públicos federal, estadual e municipal e, conseqüentemente, o disposto no art. 187, § único e seus incisos do CTN”.

O RE 80.045-SP, quinto e último precedente, foi distribuído à relatoria do Ministro Aliomar Baleeiro e julgado pelo Plenário do STF. Contrariamente à interpretação consubstanciada nas decisões anteriores, Baleeiro afirmou que a norma vedava as preferências estatuídas pelo legislador ordinário em benefício da União. Ele votou no sentido de prover parcialmente o recurso, para reconhecer que “não há preferência entre qualquer dos litigantes, mas paridade dos respectivos créditos, privilegiados apenas em relação aos créditos particulares, ressalvados os trabalhistas”.

Após pedido de vista, o Ministro Rodrigues Alckmin divergiu do relator e votou pelo não conhecimento do recurso. Ele elaborou um esboço histórico das Constituições brasileiras desde a instituição da Federação para demonstrar que a ideia de ausência de hierarquia entre os créditos tributários das pessoas políticas não constituía tradição no direito nacional.

O Ministro citou inicialmente o texto da Carta de 1891, que dispunha que “é vedado ao Governo Federal criar, de qualquer modo, distinções e preferências em favor dos portos *de uns contra os de outros Estados*” (art. 8º). A norma, segundo a doutrina citada por Alckmin¹², objetivava assegurar a igualdade entre os Estados da Federação. Ele lembrou os dispositivos correlatos das Constituições posteriores e concluiu que a redação da Emenda Constitucional n. 1/1969 foi menos precisa que o texto das Cartas que a precederam, mas “não pretendeu dilargar a área de igualdade dos Estados e Municípios, em temas de créditos fiscais, estendendo-a a todos e à União”.

Pela leitura do seu voto, evidencia-se que se considerava a União hierarquicamente superior às demais pessoas federativas, e os Estados superiores aos Municípios:

“Creio, pois, que o exato sentido da norma é o de impedir que se criem desigualdades entre o Distrito Federal e os Estados, ou desigualdades entre Municípios, favorecendo a alguns em detrimento de outros, colocados no mesmo plano em face da Constituição. Dar-lhes, porém, prioridade em concurso creditório, dados os diferentes níveis em que se situam, no sistema constitucional, a União, os Estados e os Municípios, não põe em risco a igualdade na Federação, que o texto visa a preservar”.

¹² Eis as referências na forma em que ele as indicou: Aristides Milton, *A Constituição do Brasil*, p. 43; Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, art. 3º; Barbalho, *Constituição Federal brasileira*, 2. ed., p. 49.

O Ministro Cordeiro Guerra votou na sequência e salientou que a finalidade da norma constitucional não era evitar a “hierarquia tradicional” do direito tributário, que estaria em conformidade com os princípios constitucionais. Segundo ele, a própria Constituição reconhece a preferência das leis federais sobre as estaduais e destas sobre as municipais. A hierarquia “sempre existiu no campo do Direito” e “em geral também se exerce no campo do Direito Fiscal”. Com o art. 9º, I, o constituinte apenas pretendeu evitar “a preferência, que gerasse a desigualdade, a favor de um Estado contra outro e de um município contra outro”.

Já o Ministro Leitão de Abreu iniciou o voto afirmando que, em uma interpretação literal do texto do art. 9º da Constituição, os créditos tributários estariam em situação de paridade. No entanto, a história constitucional revelava que “entre as pessoas políticas, em relação às quais se vedava o estabelecimento de discriminações ou desigualdades, não se incluía a União”. A regra era “que não se criassem discriminações ou desigualdades entre os Estados e Municípios ou, em outros textos, que não se instituíssem preferências em favor de uns contra outros Estados ou Municípios”. Dessa forma, o princípio da igualdade dizia respeito “aos Estados entre si e aos Municípios, também entre si”. Nesse contexto, a norma do art. 9º, I, não pretendeu introduzir qualquer inovação na matéria, embora sua redação tivesse sido “menos feliz”.

O Ministro Leitão de Abreu fez alusão à substituição do federalismo dualista para a ideia de um novo federalismo. Tendo em vista fatores econômicos, sociais e políticos, a ordem constitucional brasileira, assim como ocorreu nos Estados Unidos, passou a acentuar a supremacia da União no quadro federativo. Nesse novo federalismo, a União com frequência supre as deficiências financeiras dos Estados e Municípios e corrige os desequilíbrios regionais. Uma interpretação literal do art. 9º, I, faria com que não fosse possível a concessão desses auxílios financeiros por parte da União, pois isso implicaria a preferência em favor de Estados ou Municípios.

Também para o Ministro Eloy da Rocha, o parágrafo único do art. 187 do CTN não violava o inciso I do art. 9º da Constituição. Segundo ele, a norma constitucional “não define, em termos absolutos, a posição da União, em confronto com a dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, que deve ser estabelecida dentro do contexto da Constituição”. Ele destacou que, em matéria de competência tributária, a Constituição sujeitava os Estados e Municípios, em certas hipóteses, ao Poder Legislativo da União, mediante lei complementar, lei ordinária, ou Resolução do Senado Federal, por proposta do Presidente da República (arts. 18, § 1º, 19, § 2º, 23, §§ 2º, 4º, 5º, 6º e 7º, e 24, § 4º).

O Ministro Xavier de Albuquerque apenas observou que a preferência estabelecida pelo parágrafo único do art. 187 do CTN não violava o preceito constitucional invocado. Por sua vez, o Ministro Djaci Falcão, Presidente da Corte, invocou “o sentido finalístico do art. 9º, inciso I, da Emenda n. 1, que consiste em impedir a criação de desigualdades entre o Distrito Federal e os Estados, ou entre

os Municípios, com o favorecimento de alguns em prejuízo de outros”. Os Ministros Antonio Heder, Thompson Flores e Bilac Pinto também votaram pelo não conhecimento do recurso, mas não consta do acórdão fundamentação de voto por parte deles.

Assim, ficou vencido apenas o Ministro Aliomar Baleeiro. O julgamento foi concluído após quatro sessões (05.12.1974, 20.02.1975, 03.04.1975 e 03.11.1976) e, na ementa do acórdão, constou de forma clara que “a proibição de se criarem preferências entre uma das pessoas de direito público interno contra outra (Constituição Federal, art. 9º, I) não exclui a ordem de preferência, no concurso para cobrança de crédito tributário, estabelecida pelo art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional”.

Dessa forma, seria vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra” (inciso I do art. 9º), *salvo se a preferência fosse criada em benefício da União ou em benefício do conjunto dos Estados em detrimento dos Municípios*. A ressalva introduzida pelo STF no texto constitucional era compatível com a posição de superioridade hierárquica que ocupava a União na ordem federal então vigente.

As palavras dos Ministros foram bastante claras nesse sentido: “[a norma não tem o objetivo de] eliminar a hierarquia entre os poderes públicos federal, estaduais e municipais” (Djaci Falcão); “os diferentes níveis em que se situam, no sistema constitucional, a União, os Estados e os Municípios” (Rodrigues Alckmin); “a hierarquia, que sempre existiu no campo do Direito, em geral também se exerce no campo do Direito Fiscal” (Cordeiro Guerra); “a ordem política vigente não atenuou a supremacia do poder central” (Leitão de Abreu).

A superioridade da União na ordem constitucional brasileira, para o Ministro Leitão de Abreu, estava associada à passagem do federalismo dualista para o novo federalismo. Já para o Ministro Eloy da Rocha, a supremacia do poder central poderia ser inferida dos dispositivos constitucionais que, em matéria tributária, sujeitavam os Estados e Municípios ao Poder Legislativo federal em certas hipóteses. Nessa linha, o Ministro Cordeiro Guerra ressaltou a preferência das leis federais sobre as estaduais e destas sobre as municipais.

Relacionado a essa noção de hierarquia estava o argumento da tradição constitucional, invocado pelos Ministros Rodrigues Alckmin e Leitão de Abreu. Desde a adoção do federalismo, todas as Constituições, inclusive a promulgada em 1967 na sua redação originária, apenas vedavam a discriminação entre Estados e entre Municípios. A Emenda Constitucional n. 1/1969, nesse sentido, não teria pretendido inovar na matéria.

Evidenciados os argumentos que ensejaram a edição da Súmula 563, serão analisadas no tópico seguinte as características do regime federativo estabelecido pela Emenda Constitucional n. 1/1969, contexto constitucional no qual ocorreu a prolação dos precedentes examinados.

4. A Emenda Constitucional n. 1/1969 e o federalismo meramente nominal por ela estabelecido

A Emenda à Constituição n. 1/1969 foi promulgada em 17.10.1969 pela Junta Militar que passou a governar após o adocimento do Presidente Costa e Silva. Consta do preâmbulo da emenda que, como o Congresso Nacional estava em “recesso” decretado pelo Ato Complementar n. 38/68, o Poder Executivo estava autorizado a legislar sobre todas as matérias (Ato Institucional n. 5, art. 2º, § 1º), compreendida a elaboração de emendas à Constituição (art. 49, I, da CF/67). A Emenda Constitucional n. 1, do ponto de vista teórico e técnico, constituiu uma nova Constituição, conforme observa José Afonso da Silva. Introduziu-se um novo texto constitucional integralmente reformulado. A emenda serviu simplesmente como mecanismo de outorga¹³.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/1969 caracterizaram-se pelo reforço dos poderes do Executivo e pela centralização das suas normas¹⁴. O personalismo típico da concepção brasileira de presidencialismo foi exacerbado. Afirmava-se que a centralização e o autoritarismo eram essenciais ao desenvolvimento e à estabilidade política¹⁵. Para Celso Ribeiro Bastos, “a despeito do Texto Constitucional afirmar a existência de três poderes, no fundo existia um só, que era o Executivo, visto que a situação reinando tornava por demais mesquinhas as competências tanto do Legislativo quanto do Judiciário”¹⁶.

O regime federativo e a autonomia dos Estados e Municípios foram formalmente estabelecidos nas Cartas de 1967 e 1969, mas em termos mais restritivos que nas Constituições anteriores¹⁷. Diversas competências que antes pertenciam aos Estados e Municípios passaram ao âmbito federal¹⁸. Com a Emenda Constitucional n. 1/1969, as competências da União foram ainda mais ampliadas que na Constituição de 1967¹⁹.

Celso Ribeiro Bastos observa que “o movimento autoritário, que então se deflagrou, dando lugar a um regime despótico e autoritário, trouxe, a todo instante, violentos abalos e produziu um enorme enfraquecimento do princípio federativo”. Para ele, “é muito provável mesmo que nenhum princípio tenha sido tão fortemente degradado quanto o federativo”²⁰.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. Atualização de Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 42-43.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 153.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80-81.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. Atualização de Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 42-43.

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 80.

¹⁹ JACQUES, Paulino. *A Constituição explicada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 25.

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 1 e 20.

Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que o federalismo na Constituição de 1967 e na sua Emenda Constitucional n. 1 foi meramente nominal²¹. Disso não diverge Raul Machado Horta: “o Estado Federal naufragou na centralização gigantesca do Estado quase unitário”²². Não é diferente a opinião de André Ramos Tavares, para quem o autoritarismo da Constituição e a centralização dos poderes na União fizeram com que o federalismo se perdesse²³.

Na mesma linha, afirma Gilberto Bercovici:

“O Governo Central passou a enfeixar uma série de poderes e atribuições, ocasionando forte centralização na esfera da União. O federalismo, praticamente, desapareceu nesse período, apesar de nominalmente estar previsto nas Cartas outorgadas de 1967 e 1969. Como modo de matizar a total falta de autonomia dos entes federados, criaram-se eufemismos como ‘federalismo de integração’”²⁴.

O dito federalismo de integração foi formulado teoricamente por Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça durante o governo de Emílio Médici. Os fundamentos desse “novo federalismo” eram o desenvolvimento e a segurança nacional. Sob o pretexto da integração nacional, a União deveria centralizar todos os instrumentos de promoção do desenvolvimento econômico. Para Buzaid, o federalismo de integração iria além do federalismo cooperativo²⁵, já que atribuía à União os poderes para dirigir a política nacional, evitar os conflitos federativos e promover o desenvolvimento econômico com segurança coletiva. O federalismo de integração foi de fato tão além do cooperativo que praticamente suprimiu o regime federativo²⁶.

O art. 188 da Constituição de 1967 estabelecia que “os Estados reformarão suas Constituições dentro em sessenta dias, para adaptá-las, no que couber, às normas desta Constituição, as quais, findo esse prazo, considerar-se-ão incorporadas automaticamente às Cartas estaduais”. Conforme observa Raul Machado

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 99.

²² HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Atualização de Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 35.

²³ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1003.

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 50.

²⁵ A doutrina tem distinguido tipos de federalismo. Denomina-se federalismo dual o tipo original, caracterizado por duas esferas de competência nitidamente distintas. Já no federalismo cooperativo, há a preocupação constitucional com a coordenação e harmonização das atividades desempenhadas pelos entes federativos. No federalismo de integração, a União intervém demasiadamente na autonomia dos Estados-membros, o que pode implicar a própria destruição da federação. O federalismo de equilíbrio, por sua vez, é caracterizado por mecanismos que tratam de forma diferenciada as unidades autônomas desiguais, com o objetivo de atingir o equilíbrio de população, riqueza, território e poder (PORFÍRIO JUNIOR, Nelson de Freitas. *Federalismo, tipos de Estado e conceito de Estado federal*. In: CONTI, José Maurício (org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004. p. 8-11).

²⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 50-51.

Horta, a autonomia constitucional dos Estados-membros foi reduzida “ao exercício passivo das normas de reprodução, através do processo mecânico de transplantação para a Constituição do Estado das regras preexistentes na Constituição Federal”. Em grande medida, o ordenamento autônomo dos Estados se tornou ordenamento derivado. A Emenda Constitucional n. 1/1969, por sua vez, dispensou as formalidades relacionadas à adaptação da Constituições estaduais e previu a imediata incorporação das suas normas: “As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados” (art. 200)²⁷.

Diversos outros dispositivos da Emenda Constitucional n. 1/1969 impressionam o leitor acostumado com a Carta de 1988. Os limites máximos da remuneração dos servidores estaduais e municipais eram estabelecidos em lei federal (art. 13, V), enquanto os critérios e limites da remuneração dos vereadores eram fixados em lei complementar federal (art. 15, § 2º). Não havia eleições para a escolha dos Prefeitos das capitais dos Estados, dos Municípios considerados estâncias hidrominerais e dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional. Eles eram nomeados pelo Governador, após aprovação da Assembleia Legislativa nos dois primeiros casos, e aprovação do Presidente da República no terceiro (art. 15, § 1º).

Os Municípios não eram mencionados no *caput* do primeiro artigo da Constituição, que dispunha que “o Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”. Eles não tinham capacidade de auto-organização, pois eram as leis estaduais que dispunham sobre sua organização (art. 14).

A Constituição ainda reduziu a autonomia municipal ao ampliar os casos de intervenção do Estado no Município (art. 15, § 3º), limitar o número de vereadores a 21, na proporção do eleitorado local (art. 15, § 4º) e reduzir os impostos de competência municipal ao Imposto Predial e Territorial Urbano e ao Imposto sobre Serviços (art. 24)²⁸.

O Distrito Federal era tratado no mesmo capítulo destinado aos Territórios (Capítulo IV do Título I). O Governador Distrital e o Governador dos Territórios eram nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado (arts. 17, § 2º, e 42, III). Competia à União legislar sobre a organização administrativa e financeira do Distrito Federal e dos Territórios (art. 8º, XVII, “t”, e 17, *caput*). Já ao Senado Federal cabia discutir e votar projetos de lei sobre matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração do Distrito Federal (art. 17, § 2º). Embora dispusesse da competência tributária dos Estados e dos Municípios, o Distrito Federal não tinha autonomia. Ferreira Filho afirmava que

²⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Atualização de Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 413.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. Atualização de Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43-44.

“o seu *status* está pouco acima de um território, pois alguns dos negócios de seu interesse escapam à esfera de decisão do executivo federal, estando conferidos ao Senado, e bem abaixo do de qualquer município, já que, mesmo os municípios que não elegem prefeito, não deixam de eleger seus vereadores”²⁹.

A Constituição previa que “a União, mediante lei complementar e atendendo a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos estaduais e municipais” (art. 19, § 2º). A concessão de isenções de tributos das demais pessoas políticas – isenções heterônomas – sem dúvida afrontava o regime federativo, já que não há verdadeira autonomia sem que sejam assegurados às pessoas políticas competências próprias e privativas, além dos recursos financeiros necessários ao exercício das suas atividades³⁰.

A própria doutrina da época apontava o desgaste do federalismo. Ferreira Filho, escrevendo na vigência da Emenda Constitucional n. 1/1969, observava uma tendência centrípeta nos Estados federais, que reforçava o poder central em detrimento dos regionais. Já nos Estados unitários, havia um movimento inverso, que os levava à descentralização. Assim, essas duas formas de Estado constituíam tipos muito próximos. Nesse contexto, ele questionava se o Brasil era verdadeiramente um Estado federal, tendo em vista o progressivo enfraquecimento dos Estados-membros³¹.

Paulo Sarasate, em livro publicado em 1967, elogiava a restrição à autonomia dos Estados:

“A nova Lei Magna, restringindo os termos clássicos em que se costumava conceituar Federação, promove repetidas incursões na área tida como intocável dos Estados-membros, com o fito, principalmente, de retirar-lhes algumas liberdades que viciosa e reiteradamente se transmudavam em liberalidades, quando não atingiam os limites da própria libertinagem. [...] As restrições ao poder de auto-organização dos Estados são reclamadas, cada dia com maior ímpeto, pelas modernas tendências doutrinárias e, especialmente, pela necessidade crescente de atender às múltiplas exigências do desenvolvimento econômico e social, mais que da própria evolução política”³².

De tudo o que foi exposto nesse tópico, é possível concluir que o federalismo na Constituição de 1969 era meramente nominal. O regime era fortemente centralizado na esfera da União, e os Estados e Municípios não dispunham de real autonomia. Não é de estranhar que os Ministros do STF, nos precedentes que originaram a Súmula 563, invocassem a existência de uma hierarquia entre as

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 149.

³⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 176.

³¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 149.

³² SARASATE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos: história, doutrina, direito comparado e prática da Constituição Federal de 1967*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967. p. 126 e 259.

pessoas de direito público interno. No tópico seguinte, será analisado o regime federativo estabelecido pela Constituição de 1988, comparando-o com aquele fixado pela Carta de 1969.

5. O resgate e a reconstrução do princípio federativo com a Constituição de 1988

No tópico anterior, se demonstrou que o federalismo na vigência da Carta de 1969 era meramente nominal. O constituinte de 1988 teve consciência da crise por que passava a federação brasileira e, assim, elaborou uma Constituição que a resgatou e reconstruiu³³. Embora o sistema ainda comporte aprimoramentos, a Carta avançou de forma importante no sentido de melhorar o equilíbrio das relações entre as pessoas políticas³⁴.

Constituiu grande inovação da Constituição de 1988 a inclusão do Município entre os entes que compõem a República Federativa. O primeiro artigo da Constituição, nesse sentido, dispõe que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”³⁵.

Até então, todas as Cartas conferiam aos Municípios governo próprio e competência exclusiva, mas remetiam aos Estados o poder de criá-los e organizá-los. A Constituição de 1988 lhes outorgou poder de auto-organização, por meio da elaboração de lei orgânica própria, assim como o fez em relação ao Distrito Federal (arts. 29 e 32)³⁶. Para Hely Lopes Meirelles, a característica fundamental da Constituição de 1988 é a ampliação da autonomia dos Municípios nos aspectos político, administrativo e financeiro³⁷.

As hipóteses de nomeação de prefeitos foram extintas. Além da competência privativa em algumas matérias (art. 40), a Constituição conferiu aos Municípios competência comum com a União, Estados e Distrito Federal (art. 23). Dentro da sua competência privativa, previu-se a legislação sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), em substituição à antiga fórmula do “peculiar interesse”. A competência tributária dos Municípios foi ampliada (art. 156), assim como sua participação nos impostos partilhados (arts. 158 e 159, § 3º)³⁸.

³³ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Atualização de Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 413.

³⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 176.

³⁵ Apesar do teor do dispositivo, importante parcela da doutrina defende que os Municípios não integram a Federação, pois não participam da formação da vontade jurídica nacional. Eles não têm representantes no Senado, por exemplo. No entanto, reconhece-se que eles desfrutam de autonomia, que constitui cláusula pétrea e não pode ser violada (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 196).

³⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 54-55.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. Atualização de Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44-45.

³⁸ *Ibidem*.

O novo sistema de divisão de competências objetivou refazer o equilíbrio entre o poder central e os locais³⁹. A autonomia formal dos Estados e Municípios foi revigorada em relação às suas competências administrativas e legislativas, inclusive as tributárias⁴⁰.

No âmbito da legislação privativa da União, previu-se que lei complementar poderia autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas (art. 22, parágrafo único). Quanto às competências comuns, estabeleceu-se que leis complementares fixariam normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único). No âmbito da legislação concorrente (art. 24), que ultrapassou a dimensão da competência supletiva ou suplementar das Constituições precedentes⁴¹, os Estados passaram a poder legislar sobre direito econômico, urbanístico, proteção ao meio ambiente, controle da poluição, procedimentos em matéria processual, entre outros assuntos. A organização da Justiça dos Estados e a competência dos Tribunais passaram a ser definidas pelas Constituições estaduais (art. 125)⁴².

A Constituição também prestigiou o regionalismo ao facultar aos Estados a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 25, § 3º). A intervenção federal nos Estados, por outro lado, foi limitada a casos extremos⁴³.

Vedou-se à União instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios (art. 151, “c”), o que na Constituição anterior era permitido (art. 19, § 2º).

O federalismo foi consagrado, entre os princípios fundamentais, já no primeiro artigo da Constituição. Sua especial relevância também pode ser inferida pelo fato de ele constituir cláusula pétrea. Conforme estabelece o art. 60, § 4º, não pode sequer ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, o princípio federativo “é uma das vigas mestras sobre as quais se eleva o travejamento constitucional”⁴⁴.

Em diversos artigos da Constituição, o princípio federativo é reafirmado⁴⁵. É o caso, por exemplo, do art. 18, que consagra de forma clara a autonomia das

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 102.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I. p. 144-145.

⁴¹ Arts. 5º, § 3º, da CF/34; 6º da CF/46; e 8º, XVIII, § 2º, da CF/67.

⁴² HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Atualização de Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 414-415.

⁴³ *Ibidem*, p. 415.

⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 251.

⁴⁵ É o caso dos arts. 19, 34, VII, “c”, 151 e 152. Dispositivos semelhantes a esses, porém, já existiam na Emenda Constitucional n. 1/69 (arts. 9º, 10, VII, “e”, e 20).

peças políticas, ao dispor que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Conforme observa Roque Antonio Carrazza, as legislações federal, estadual e municipal possuem campos de atuação exclusivos e rigidamente demarcados pela Constituição de 1988 e a ela se subordinam de forma isonômica. Assim, as leis da União, dos Estados e do Município têm o mesmo nível hierárquico, pois todas extraem seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal. Só se pode falar em hierarquia quando uma norma extrai de outra seu fundamento de validade⁴⁶.

Paulo de Barros Carvalho fala no princípio da isonomia das pessoas constitucionais, que deflui naturalmente das máximas da Federação e da autonomia dos municípios⁴⁷. Segundo ele, é “desarrazoado falar-se em níveis de governo para indicarmos as três pessoas constitucionais”, pois “juridicamente, nenhuma se sobrepõe às demais”. Para o autor, cada uma das pessoas políticas desfruta “de autonomia legislativa, administrativa e judiciária, rigorosamente certificadas no texto constitucional, e a prova jurídica desse caráter autônomo, além das competências privativas que o constituinte lhes outorgou, pode ser extraída de uma circunstância significativa: a intervenção federal nos Estados-membros”⁴⁸.

Assim, a União e os Estados estão juridicamente no mesmo plano hierárquico. As diferenças entre eles não residem em hierarquia, mas nas competências que cada um recebeu da Constituição de 1988. Em decorrência da autonomia de que dispõem, as pessoas políticas podem exercer ou não suas competências tributárias e escolher a destinação dos seus recursos financeiros. São vedados tratamentos jurídicos que criem preferências ou distinções, inclusive tributárias, entre eles⁴⁹.

Na avaliação de Raul Machado Horta, a Constituição de 1988 buscou promover o equilíbrio nas relações entre os entes federativos:

“O federalismo constitucional de 1988 exprime uma tendência de equilíbrio na atribuição de poderes e competências à União e aos Estados. Afastou-se das soluções centralizadoras de 1967 e retomou-se, com mais vigor, soluções que despontaram na Constituição de 1946, para oferecer mecanismos compensatórios, em condições de assegurar o convívio entre os poderes nacionais-federais da União e os poderes estaduais-autônomos das unidades federadas. As bases do federalismo de equilíbrio estão lançadas na Constituição de 1988”⁵⁰.

⁴⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 169 e 197.

⁴⁷ Para o autor, os municípios não integram a Federação, mas recebem dignidade constitucional e estão em grau de paridade com os Estados-membros e a União.

⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 176-178.

⁴⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 170-172.

⁵⁰ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5 ed. Atualização de Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 416.

Em suma, é radical a diferença entre o federalismo formalmente estabelecido pela Carta de 1969 (contexto no qual ocorreu a edição da Súmula 563) e aquele de fato implementado pela Constituição de 1988, que resgatou e reconstruiu o regime federativo. Atualmente, é amplamente aceita a noção de que o princípio federativo impõe a isonomia entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. As diferenças entre eles ocorrem apenas em nível constitucional, nas distintas competências que recebem da Constituição. Não há, portanto, hierarquia entre as pessoas políticas. Certamente, essa é uma noção que influencia a análise da compatibilidade do parágrafo único do art. 187 do CTN com a Constituição Federal. No próximo e último tópico, será examinada a doutrina acerca da constitucionalidade do concurso de preferência.

6. A doutrina sobre o concurso de preferência

Conforme se mencionou no primeiro tópico, na vigência da Constituição precedente, não foram poucos os doutrinadores que afirmaram que a Emenda Constitucional n. 1/1969 não pretendeu introduzir qualquer inovação ao conferir nova redação ao inciso I do art. 9º. Para Paulino Jacques, por exemplo, a nova redação não teve “maior significação”. Assim, “as vedações visam a impedir a desigualdade de tratamento entre brasileiros de quaisquer Estados-membros e entre estes e os Municípios”⁵¹.

Essa interpretação, já naquela época, não era imune a críticas. Aliomar Baleeiro afirmava que “a constitucionalidade do art. 187, na parte em que institui a preferência do crédito da União, é duvidosa, porque o art. 9º, I, da CF de 1969 veda a qualquer Pessoa de Direito Público Interno a criação de preferências em favor de qualquer delas contra outra”⁵². Celso Ribeiro Bastos também à época publicou artigo sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo⁵³. Assim o fizeram Benedito Silvério Ribeiro⁵⁴ e Evandro Ramos Lourenço⁵⁵.

Pontes de Miranda escreveu que “as preferências que o art. 9º, I, veda, e, pois, faz nulas, são todas as que, direta ou indiretamente, criarem vantagens aos filhos de um Estado-membro em relação aos filhos de outro Estado-membro, bem como entre um Estado-membro e outro ou outros, ou, ainda, entre os Municípios de um Estado-membro e os de outro ou do mesmo Estado-membro”. Assim,

⁵¹ JACQUES, Paulino. *A Constituição explicada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 26.

⁵² BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 973.

⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro. Inconstitucionalidade da preferência entre as pessoas de direito público na habilitação do crédito tributário. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 7, p. 153-160, dez. 1975.

⁵⁴ RIBEIRO, Benedito Silvério. Equiparação constitucional dos créditos fazendários. *Revista de Direito Administrativo*, n. 121, jul./set. 1975.

⁵⁵ LOURENÇO, Evandro Ramos. Os créditos preferenciais e sua classificação. *Revista Justitia*, n. 70, p. 197-209.

seria inconstitucional, por exemplo, o benefício tributário concedido por um Estado quanto a produtos oriundos de outro⁵⁶.

Esse trecho da doutrina Pontes de Miranda era comumente transcrito nas decisões dos Tribunais que declaravam a constitucionalidade do art. 187, parágrafo único, do CTN. Ele inclusive foi reproduzido no voto do Ministro Cordeiro Guerra, no julgamento do já examinado RE 80.398-SP. Houve, porém, quem criticasse Pontes de Miranda, já que seus comentários a respeito do art. 9º, I, da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n. 1/1969, repetiam exatamente aqueles que ele havia feito acerca do art. 31, I, da Constituição de 1946. Nada foi dito sobre a mudança introduzida pela Emenda Constitucional n. 1/1969⁵⁷.

Na vigência da atual ordem constitucional, alguns importantes doutrinadores se manifestaram no sentido da inconstitucionalidade (ou não recepção) das normas que estabelecem o concurso de preferência entre União, Estados e Municípios. Defesa contundente da inconstitucionalidade, já adiantada na introdução deste trabalho, foi feita por Paulo de Barros Carvalho, que salienta a violação do princípio da isonomia entre as pessoas políticas de direito constitucional interno.

Regina Helena Costa, ao comentar o disposto no art. 187 do CTN, defende a revogação tácita do seu parágrafo único, tendo em vista os princípios federativo, da autonomia municipal e o disposto no art. 19, III, da CF:

“Enseja crítica o parágrafo único desse artigo, que estabelece um concurso de preferência entre as pessoas jurídicas de direito público. Em primeiro lugar, porque veicula flagrante ofensa aos princípios federativo e da autonomia municipal, na medida em que estabelece hierarquia entre as pessoas políticas, incompatível com essa forma de Estado, sem contar a indicação dos Territórios – que nem sequer são pessoas políticas – à frente dos Municípios. Também a Lei Maior, em seu art. 19, III, proclama ser ‘vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si’. Para nós, portanto, tal preceito do Código Tributário Nacional foi tacitamente revogado, diante de sua incompatibilidade com a Constituição. E, se assim é, não há mais ordem de preferência entre as pessoas políticas, desfrutando seus respectivos créditos das mesmas condições”⁵⁸.

Para Eduardo Marcial Ferreira Jardim, “o citado dispositivo se afigura indubitavelmente inconciliável com o princípio da Federação que consagra a isonomia entre pessoas políticas, sobre agredir a vedação de estipulação de preferências entre as pessoas políticas de direito público interno (art. 19, III, do Texto Supre-

⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. t. I. p. 185.

⁵⁷ RIBEIRO, Benedito Silvério. Equiparação constitucional dos créditos fazendários. *Revista de Direito Administrativo*, n. 121, p. 499, jul./set. 1975.

⁵⁸ COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 319-320.

mo)”. Apesar da “aberratória afronta à Magna Carta, em sós poucos juristas se insurgem contra aquela absurdéz”⁵⁹.

Similarmente, Eduardo Sabbag sustenta que a norma viola os princípios federativo e da isonomia:

“Há que se mencionar que tal dispositivo não se apresenta em consonância com o Princípio Federativo, constante no art. 60, § 4º, IV, da CF, haja vista não se admitir violação ao “federalismo de equilíbrio” vigente em nosso Estado entre as pessoas jurídicas de Direito Público interno (art. 14, I, II e III, Código Civil, Lei n. 10.406/2012). Ademais, é cristalina a violação ao Princípio da Isonomia, por estabelecer uma preferência da União em detrimento das outras pessoas políticas, bem como dos Estados em detrimento dos Municípios. É evidente que não se pode tolerar quebra da isonomia federativa, tendo em vista tratar-se os entes tributantes de entes parificados, e não hierarquizados”⁶⁰.

Dessa forma, já há na doutrina nacional manifestações no sentido da incompatibilidade do concurso de preferência com a Constituição Federal de 1988. Elas, no entanto, não encontram acolhida no Poder Judiciário. Assim é que Sacha Calmon Navarro Coêlho critica a jurisprudência que, em detrimento da Constituição, aplica religiosamente o art. 187, parágrafo único, do CTN:

“O parágrafo único do artigo [187 do CTN], ao nosso sentir, é de duvidosa constitucionalidade, em que pese a posição do STF considerando-o compatível com a República e a Federação. As pessoas políticas são iguais dentro do pacto federativo. Justo ao contrário, a jurisprudência aprofundou a desigualdade ao colocar, depois da União, mas antes dos Estados, a Administração descentralizada da União (autarquias federais e fundações) e, ao lado dos Estados, mas antes dos Municípios, as instrumentalizadas do Estado-membro. Segue religiosamente o CTN, contra a Constituição...”⁶¹.

7. Considerações finais

O princípio federativo implica a isonomia entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Cada um deles recebe, da Constituição de 1988, autonomia para se autogovernar e um feixe de competências que não pode ser violado pelos demais. A distinção entre as pessoas políticas, portanto, reside apenas nas diferentes competências que elas recebem *da Constituição*. O legislador infraconstitucional não pode criar distinções ou preferências entre os entes federativos. Inexiste hierarquia entre eles e tampouco entre as leis que editam, já que

⁵⁹ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 230.

⁶⁰ SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 230.

⁶¹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro: comentários à Constituição e ao Código Nacional, artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 752.

elas extraem seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal. Juridicamente, a Carta de 1988 conferiu paridade e igual dignidade às pessoas políticas.

Dessa forma, é evidente que as normas que estabelecem o concurso de preferência (parágrafo único do art. 187 do CTN e parágrafo único do art. 29 da LEF) não se compatibilizam com o princípio federativo. A contrariedade já ocorre diretamente com o primeiro artigo da Constituição, que o consagra. O inciso III do art. 19 – o qual veda que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem preferências entre si – apenas reforça aquela incompatibilidade. Não seria necessário, pois, que esse último dispositivo existisse para que inconstitucionalidade houvesse.

Foi na vigência da Emenda Constitucional n. 1/1969 que o STF editou a Súmula 563 (“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”). A ordem constitucional, à época, era fortemente centrada na União e estabelecia um federalismo meramente nominal. Daí que não causa surpresa que os Ministros do STF tenham aludido à existência de hierarquia entre os entes para considerar a norma compatível com a Constituição então vigente. No regime da Carta de 1988, que resgatou e reconstruiu o princípio federativo, esse argumento se esvazia.

A discussão na época da edição da Súmula 563 ficou bastante circunscrita à mudança promovida pela Emenda Constitucional n. 1/1969 na redação do inciso I do art. 9º da Constituição de 1967. Desde a adoção do federalismo, todas as Constituições continham normas que proibiam a discriminação apenas entre Estados e entre Municípios. A Emenda Constitucional n. 1/1969, ao vedar preferências em favor de uma das pessoas de direito público interno contra outra, não teria pretendido inovar na matéria e proibir discriminações em favor da União. Realmente, é provável que não tenha sido essa a intenção da Junta Militar que outorgou a Emenda Constitucional n. 1/1969. Porém, esse argumento não possui qualquer relevância na vigência da Carta de 1988. Conforme já se mencionou, não seria sequer necessário que o art. 19, III, da Constituição existisse para que inconstitucionalidade houvesse. O princípio federativo, na forma consagrada pela Carta de 1988, implica a igualdade entre as pessoas políticas. O legislador não pode estabelecer qualquer hierarquia entre elas ou entre seus créditos.

Há na doutrina nacional manifestações no sentido da inconstitucionalidade do concurso de preferência, as quais, no entanto, não encontram acolhida no Poder Judiciário. O enunciado datado de 15.12.1976 vem sendo aplicado na atualidade apenas em virtude da semelhança de redação entre o art. 9º, I, da Carta de 1969 e o art. 19, III, da Constituição de 1988. Porém, já está no mínimo ultrapassada a noção de que uma ordem política entre os entes federativos justificaria o estabelecimento de uma preferência entre os respectivos créditos, fundamento que levou o legislador do Código Civil de 1916 a introduzir pela primeira vez essa regra no ordenamento jurídico nacional.

Nessas condições, urge que o STF cancele sua Súmula 563. Se o concurso de preferência era compatível com a Emenda Constitucional n. 1/1969, é certo que as normas que o estabelecem não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- ATALIBA, Geraldo. *Leis nacionais e leis federais no regime constitucional brasileiro: estudos em homenagem a Vicente Ráo*. São Paulo: Resenha Universitária, 1976.
- _____. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Atualização de Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARACHO, José de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: Fumarc; UCMG, 1982.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. I.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *A federação no Brasil*. Brasília: Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BERTI, Flavio de Azambuja. *Direito tributário e princípio federativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919. v. 5.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Curso de direito tributário brasileiro: comentários à Constituição e ao Código Nacional, artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CONTI, José Maurício (org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004.
- COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. I, III e IV.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DORIA, Antônio de Sampaio. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962. v. 1. t. 2.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.
- _____. *Comentários à Constituição brasileira (Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969)*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5. ed. Atualização de Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- JACQUES, Paulino. *A Constituição explicada*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- LOURENÇO, Evandro Ramos. Os créditos preferenciais e sua classificação. *Revista Justitia*, n. 70, p. 197-209.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 15. ed. Atualização de Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. I.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. t. II.
- REIS, Elsie Fonseca. *Federalismo fiscal: competência concorrente e normas gerais de direito tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- RIBEIRO, Benedito Silvério. Equiparação constitucional dos créditos fazendários. *Revista de Direito Administrativo*, n. 121, p. 496-505, jul./set. 1975.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.
- SARASATE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos: história, doutrina, direito comparado e prática da Constituição Federal de 1967*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.