



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

MATEUS STEFFANO URQUIZA FERNANDES

**A RECEPÇÃO DO CONCURSO DE PREFERÊNCIA ENTRE PESSOAS
JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988:
considerações críticas em face da ADPF 357/DF**

Recife

2022

MATEUS STEFFANO URQUIZA FERNANDES

**A RECEPÇÃO DO CONCURSO DE PREFERÊNCIA ENTRE PESSOAS
JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO INTERNO PELA CONSTITUIÇÃO DE
1988: considerações críticas em face da ADPF 357/DF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito constitucional, Direito tributário.

Orientador: Prof. Dr. José André Wanderley Dantas de Oliveira.

Recife

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do
SIB/UFPE

Fernandes, Mateus Steffano Urquiza.

A recepção do concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público interno pela Constituição de 1988: considerações críticas em face da ADPF 357/DF / Mateus Steffano Urquiza Fernandes. - Recife, 2022.
86 f.

Orientador(a): José André Wanderley Dantas de Oliveira
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Federalismo. 2. Concurso de preferência. 3. Recepção Constitucional. 4. ADPF 357/DF. I. Oliveira, José André Wanderley Dantas de. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

MATEUS STEFFANO URQUIZA FERNANDES

**A RECEPÇÃO DO CONCURSO DE PREFERÊNCIA ENTRE PESSOAS
JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO INTERNO PELA CONSTITUIÇÃO DE
1988: considerações críticas em face da ADPF 357/DF**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Federal de
Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como
requisito parcial para a obtenção do título de
bacharel em Direito.

Aprovado em: 26/10/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José André Wanderley Dantas de Oliveira (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. Eric Moraes de Castro e Silva (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Prof. Dr. Pedro de Oliveira Alves (Examinador Externo)
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

AGRADECIMENTOS

Não é tarefa fácil destacar e prestar homenagem, em poucas linhas, àqueles que, de algum modo, compuseram a minha trajetória na Faculdade de Direito do Recife, cujo ápice agora se concretiza. De antemão, peço perdão àqueles que não foram citados nominalmente – mas saibam que o seu apoio jamais será apagado da minha memória e do meu coração.

Primeiramente – e como não poderia deixar de ser – agradeço à Deus, motor de toda a existência, força que me sustentou ante os desafios e provações invariavelmente presentes e bússola que norteia os meus valores e o meu propósito.

À minha família, jamais poderiam faltar os meus agradecimentos. Vocês são a minha base, a minha fonte de amparo e a minha eterna inspiração. Agradeço à minha mãe, Elayne, por ter cultivado em mim o apreço pelo estudo e o senso de responsabilidade – fruto das incontáveis horas de trabalho árduo em prol da educação dos seus filhos. Um exemplo para todas as mães e um modelo de santidade para todos aqueles que a conhecem. Ao meu pai, Walber, homem prático que é, pelas valorosas lições de vida, pelos imprescindíveis conselhos financeiros, pelo apoio incondicional e pelo exemplo na proteção à sua família. À minha irmã, Clara, minha grande parceira e amiga, pela eterna companhia e pelos momentos de risadas e alegrias compartilhadas. Aos meus avós – Terezinha, Marilene, Cijame e Walter – aos meus tios, primos, e demais familiares, meu muito obrigado, vocês também foram parte imprescindível nesta jornada.

Ao corpo docente do Colégio de Aplicação e da Faculdade de Direito do Recife, na pessoa do meu orientador, prof. André Dantas, agradeço pelas valiosas lições ofertadas, pelo estímulo ao pensamento crítico e por me ensinarem a assumir uma postura de incansável busca pelo saber.

Às instituições onde estagiei, um agradecimento *ad eternum*. Agradeço, não apenas pelo saber jurídico e pelo ensino prático das credenciais que devem nortear um bom profissional do Direito, mas, sem dúvida, por terem me tornado um homem, ensinando-me a enfrentar desafios, abraçar responsabilidades e tornar-se agente ativo nas situações que surgem. Por isso, agradeço nominalmente à Dr. Thalles, da PGFN; Dra. Nathália Laurentino, da DPU; e Dr. Artur, Dr. Eduardo e Dr. Marcelo, do DTP Advocacia.

Aos amigos - oriundos da Faculdade de Direito do Recife, do Colégio de Aplicação, dos estágios onde passei e de quaisquer outros lugares -, cuja amizade me sinto honrado em ter cultivado, meu muito obrigado. Ultrapassar esta jornada não seria possível sem a ajuda de alguns e sem os diversos momentos de diversão que tornaram-na consideravelmente mais leve. Não poderia deixar de citar os seguintes grupos: Les Fauves, Adeogatos, Otários e Melhor trio PGFN-5.

Por fim, à Faculdade de Direito do Recife, instituição quase bicentenária, berço acadêmico do Brasil, local onde figuras - do calibre de Joaquim Nabuco, Pontes de Miranda e Ariano Suassuna - concluíram a sua formação, sinto-me honrado em ter sido parte desta história.

Á todos, novamente, reitero: muito obrigado!

O que está morto pode seguir com a corrente, mas apenas o que está vivo pode ir contra ela.

(G.K. Chesterton. O Homem Eterno)

RESUMO

A presente monografia objetiva tecer uma análise crítica acerca da compatibilidade material entre o concurso de preferência creditício entre pessoas jurídicas de direito público interno, previsto no parágrafo único do art. 187 da Lei n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) e no parágrafo único do art. 29 da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais), e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tais considerações serão enfrentadas com base no julgamento da ADPF 357/DF, que declarou a não recepção do instituto em face da atual Constituição, promovendo um *overruling* do entendimento anteriormente consignado no enunciado da Súmula n.º 563 deste tribunal.

Palavras-chave: Federalismo; Concurso de Preferência; Recepção Constitucional; ADPF 357/DF.

ABSTRACT

This present monograph aims to conduct a critical analysis about the material compatibility between the credit list of preference between the internal public legal entities, predicted in article 187, single paragraph, of Law n.º 5.172/1966 (National Tax Code) and in article 29 of Law n.º 6,830/1980 (Fiscal Enforcement Law), single paragraph, and the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Such considerations will be directed based on the judgment of ADPF 357/DF, which declared the non-reception of the institute in the face of the current Constitution, promoting an overruling of the understanding previously stated in the statement of Precedent n.º. 563 of this court.

Keywords: Federalism; Credit List of Preference; Constitutional Reception; ADPF 357/DF.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI – Ato Institucional
AI/AgR – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento
CC/16 – Código Civil de 1916
CDA - Certidão de Dívida Ativa
CEUB/37 - Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937
CEUB/46 – Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946
CGU – Controladoria Geral da União
CPC – Código de Processo Civil
CPIB/24 – Constituição Política do Império do Brasil de 1824
CREUB/91 – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891
CREUB/34 – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934
CRFB/67 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1967
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTN – Código Tributário Nacional
DJe – Diário de Justiça Eletrônico
DF – Distrito Federal
EC – Emenda Constitucional
LEF – Lei de Execução Fiscal
n.º - Número
p. – Página
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O FEDERALISMO E AS SUAS DISTINTAS CONFORMAÇÕES NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL REPUBLICANA BRASILEIRA	13
2.1	Conceito, origens históricas e características essenciais	13
2.2	O federalismo no Brasil	21
2.2.1	A Aurora e o desenvolvimento do modelo federalista brasileiro	22
2.2.2	O federalismo meramente nominal da Constituição de 1967	25
2.2.3	O retorno e as novas conformações do federalismo vigente na Constituição de 1988	31
3	BREVES CONSIDERAÇÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL: A RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL	40
3.1	Reflexos do federalismo enquanto preceito constitucional	40
3.2	O controle de constitucionalidade e a recepção das normas pré-constitucionais	45
4	O CONCURSO DE PREFERÊNCIA ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO INTERNO	50
4.1	Breves considerações acerca do processo de arrecadação fiscal	50
4.2	A positivação e o desenvolvimento do concurso de preferência no ordenamento jurídico pátrio	55
4.2.1	Delimitação conceitual do objeto de análise	55
4.2.2	A evolução legislativa do concurso de preferência	57
4.2.3	A percepção jurisprudencial acerca do tema	58
5	A DECLARAÇÃO DE NÃO RECEPÇÃO PROFERIDA NA ADPF 357/DF	65
5.1	Relatório da Arguição	65
5.2	O voto da relatora, Min. Carmen Lúcia	67
5.3	O voto de divergência proferido pelo Min. Dias Toffoli	69
5.4	Análise crítica do julgado	71
6	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS	82

1 INTRODUÇÃO

É cediço que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em consonância com as Constituições republicanas anteriores, estabelece, em caráter indissolúvel, a forma federativa de Estado. Trata-se de uma escolha do Poder Constituinte Originário que, de maneira oposta ao modelo unitário inicialmente vigente no Império do Brasil, institui a descentralização do Estado como premissa essencial de governabilidade.

Dessarte, o modelo de Estado atualmente adotado detém, como característica essencial, a divisão do poder entre a união, os estados, os municípios e o distrito federal (art. 1º, CFRB/88). A autonomia, a independência e a isonomia entre tais entes políticos constituem-se, portanto, em premissas inafastáveis do Estado brasileiro.

Isto posto, depreende-se que qualquer ato normativo tendente a minar tais premissas se coloca em posição frontalmente divergente à norma fundamental do Estado, devendo, portanto, ser afastado do ordenamento pátrio.

Todavia, não obstante a clareza do texto constitucional, a identificação daqueles atos contrários ao modelo federativo, em muitas situações, não se constitui em tarefa tão simplória. Isto porque o modelo federativo não é estático, variando conforme a situação histórica e política do momento analisado.

Nesse sentido, determinadas situações tendem a suscitar constantes debates e divergências no tocante à sua consonância com o modelo federativo constitucional. É o caso, sem dúvidas, do concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público interno na cobrança judicial dos créditos fazendários, contido no parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172/66) e no parágrafo único do art. 29 da Lei de Execução Fiscal (Lei n.º 6.830/1980). Tais dispositivos legais estabelecem privilégios creditórios para a União em face dos Estados e do Distrito Federal, e para estes em face dos Municípios.

De imediato, é possível verificar que tais normas foram promulgadas sob a égide de constituições anteriores à atual. Dessarte, após constantes questionamentos, foi declarada a recepção do dispositivo legal contido no Código Tributário Nacional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em entendimento consolidado na Súmula n.º 563. Na ocasião, o juízo de

compatibilidade material fora realizado com base na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (CRFB/67).

A promulgação da nova Carta Magna, em 1988, contudo, não afastou, de imediato, o entendimento sumulado em comento, a despeito de protestos de renomada doutrina nacional.

Todavia, em decisão exarada no bojo da Arguição de Descumprimento de Princípio Fundamental (ADPF) 357/DF, a Suprema Corte declarou a não recepção de tais dispositivos legais, por incompatibilidade com o modelo federativo imposto pela Constituição de 1988. Ato contínuo, fora promovido o cancelamento da Súmula n.º 563, editada com base na Constituição pretérita.

O entendimento firmado pelo STF é extremamente relevante, uma vez que impacta de maneira decisiva na obtenção de recursos por parte dos entes federados, se constituindo, ademais, em um importante paradigma para a definição dos contornos federativos estipulados pelo Constituinte de 1988.

Nesse sentido, torna-se imprescindível a análise acerca dos fundamentos que permeiam o debate ora apresentado e, posteriormente, se ater às premissas que motivaram o *overruling* promovido pela Suprema Corte ao reconhecer a incompatibilidade constitucional da existência de privilégios creditórios entre os entes da Federação.

Para tanto, utilizar-se-á do método de pesquisa teórico, com a coleta de dados efetuada por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Portanto, através de uma extensa investigação da doutrina e da jurisprudência brasileira antes e após o advento da Constituição atual, será apresentada uma esmiuçada análise dos contornos do modelo federativo pátrio atual e ao momento da edição das leis e da Súmula então impugnadas. De igual modo, será efetivado um esboço histórico acerca dos fundamentos que permeiam a adoção do concurso de preferência entre os entes da Federação.

Munido por tais pressupostos teóricos, será realizada uma análise crítica acerca da decisão exarada pelo STF.

2 O FEDERALISMO E AS SUAS DISTINTAS CONFORMAÇÕES NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1 Conceito, origens históricas e características essenciais

Tradicionalmente, em relação à forma de Estado, dois modelos institucionais distintos são apresentados pela doutrina. São eles: o Estado Unitário e o Estado Federal. José Afonso, elaborando uma sintética e precisa distinção entre tais espécies, assim os conceitua:

Se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se Estado unitário. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial (divisão espacial de poderes), gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente, encontramos-nos diante de uma forma de Estado composto, denominado Estado federal ou Federação de Estados (SILVA, 2016, p. 100).

Evidencia-se, portanto, que a existência ou não de uma repartição interna do poder, no âmbito dos Estados Nacionais, é o fator central que distingue tais modelos. A estrutura morfológica interna de um Estado Unitário não comporta divisões internas – o que não impede a existência de um certo grau de autonomia administrativa, com vistas a assegurar uma melhor eficiência da Administração Pública, conforme bem lembra Alberto Antônio Spota¹ - de modo que há apenas um ente político, detentor do poder de legislar, executar e julgar.

Os Estados Federais, contudo, caracterizam-se, em maior ou menor grau, pela pluralidade de entes políticos, inseridos dentro de uma única ordem soberana. Naturalmente, a complexidade que envolve a conformação interna de cada Estado termina por traduzir nas mais variadas formas de divisão espacial do poder.

Isto posto, considerando que a República Federativa do Brasil adota o modelo federativo de Estado desde a Constituição de 1891, para os propósitos do presente trabalho, urge realizar uma análise detida dos contornos que envolvem o Estado Federal.

Para tanto, é imprescindível, antes de tudo, conhecer o contexto histórico que envolveu a criação deste modelo de Estado. Afinal, o federalismo se trata de um desenho institucional

¹ “*Si el centro decisório de Gobierno y poder es uno solo, estaré frente a um estado unitário. Si son más de uno, habré ingresado en leas diversas variables de estado federal. (...) Um solo centro de poder no quiere decir necesariamente que esse centro único no posea, por ejemplo, uma división de funciones, o de esse mismo poder*”. (SPOTA, 1976, p. 15 apud DANTAS, 2016, p. 425 – 426).

concebido sob uma circunstância política e social específica, qual seja: o processo de independência e a posterior formação dos Estados Unidos da América².

Tal como a maior parte das revoluções, divergências em matéria fiscal foram, preponderantemente, a razão básica para a tentativa de independência das colônias que, futuramente, viriam a formar os Estados Unidos da América³. O repúdio ao poder legislativo central do Império Britânico contribuiu para que, no início, as antigas colônias relutassem em se reunir sob a égide de um governo central (STORY, 2008).

Não por acaso, no ano de 1777, as antigas colônias, recém-independentes, optaram por estabelecer uma Confederação, materializada através do documento intitulado como “*The Articles of Confederation and Perpetual Union*”. Conforme se observa a partir do seu art. 2º, aos Estados componentes foram assegurados poderes praticamente ilimitados, tendo sido preservada a sua soberania e independência:

Article II. Each state retains its sovereignty, freedom and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this Confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled.

De fato, o modelo confederado de Estado, conforme destaca Ivo Dantas, “(...) *no máximo, importará um centro de concentração de representações de Estados Soberanos; porém, este centro não é, em si, uma nova pessoa de direito público no âmbito internacional, que importe uma soberania própria, e por si*” (DANTAS, 2014, p. 435). Corroborando com tal análise, tem-se que, conforme destaca Lewandowski, o documento que institui uma confederação de Estados é um tratado - e não uma constituição -, instrumento típico do direito internacional e voltado para regular as relações entre Estados independentes e, portanto, soberanos, no plano internacional (LEWANDOWSKI, 2018).

² Trata-se de um posicionamento usualmente adotado pela doutrina constitucionalista, não obstante seja possível observar aqueles que traçam as bases do federalismo à Liga Aqueana das antigas cidades-Estado gregas e, mais recentemente, às formações da Itália e da Suíça na Idade Média (DANTAS, 2016). Outros, ainda, entendem que o modelo federativo estadunidense, na realidade, é resultado do desenvolvimento e da adaptação de um pensamento já existente, materializado na obra de Montesquieu (OLIVEIRA FILHO, 2009).

³ De fato, Karnal et al demonstram como o princípio anglo-saxão do “*no taxation without representation*” permeava as críticas à prática mercantilista inglesa, evidenciada, inicialmente, a partir do American Revenue Act ou Sugar Act. A resistência dos colonizados às práticas fiscais mercantilistas do Império se manteve, atingindo o seu ápice na Boston Tea Party (KARNAL et al, 2007, p. 76-80).

Portanto, solidificados por uma união precária – na medida em que fora preservada a sua capacidade autodeterminação e o direito de secessão – os Estados Membros da Confederação não abdicaram da sua soberania em prol da instituição de uma ordem central.

Não obstante, a ausência de uma maior centralização do poder logo apresentou diversos problemas para aqueles estados recém independentes. Sem pretensões de esgotar a temática, podem ser destacados os seguintes inconvenientes causados pela adoção desta forma de Estado: a) insegurança jurídica; b) instabilidade econômica; c) despreparo em face de possíveis novas ofensivas militares por parte do Império Britânico; d) e fragilidade no sistema político (GARGARELLA, 2006).

Aliás, naquela obra que, até hoje, permanece como um dos marcos fundamentais do federalismo (i.e., *“The Federalist Papers”*), Hamilton, Jay e Madison apontaram tais inconvenientes, defendendo, pois, a utilidade de um governo central expressivo para a prosperidade política dos Estados (HAMILTON; JAY; MADISON, 2001).

Floresceu, portanto, o subterfúgio teórico e prático para a instituição da forma federativa de Estado, oficialmente adotada no ano de 1787, quando da promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América. Conforme destaca Lewandowski, a partir desta nova forma de organização, cada Estado, *“(...) buscando uma integração harmônica de seus destinos, transmudam-se num único Estado soberano, ao mesmo tempo em que reservam para si, constitucionalmente, uma esfera de atuação autônoma”* (LEWANDOWSKI, 2018, p. 17).

Duas situações distintas, portanto, definem a forma federativa de Estado. No plano externo ou internacional, os Estados integrantes da federação não gozam de soberania e, portanto, de reconhecimento na comunidade internacional, posição assumida pelo Estado Federal como um todo. Consequência da privação da soberania fora a perda do direito de secessão destes Estados-integrantes.

No plano interno, por sua vez, promove-se uma distribuição espacial do poder, caracterizado pela coexistência harmônica entre entes políticos distintos, que o exercem de forma conjunta e, ao mesmo tempo, autônoma. É salutar compreender a diferença, pois, entre soberania e autonomia, de modo que aquele pode ser entendido como o *“atributo que se confere ao poder do Estado em virtude de ser ele juridicamente ilimitado”*, enquanto que a

autonomia representa a “*margem de discricção de que uma pessoa goza para decidir sobre os seus negócios mas sempre delimitada essa margem pelo próprio direito*” (BASTOS, 1985, p. 8-9 apud DANTAS, 2014, p. 437).

Dessarte, para a correta compreensão do federalismo, é imprescindível a diferenciação da União e dos Estados-membros - pessoas jurídicas de direito público interno, dotados de autonomia e de prerrogativas e competências constitucionalmente assentadas – da pessoa jurídica de direito público internacional, que integra os entes políticos anteriormente citados e se constitui na única ordem soberana dentro do Estado Nacional. Nesse sentido, assim destaca José Afonso, ao analisar a estrutura federalista em vigor no Estado brasileiro:

Estado Federal é o todo, dotado de personalidade jurídica de Direito Público internacional. A União é a entidade federal formada pela reunião das partes componentes, constituindo pessoa jurídica de Direito Público interno, autônoma em relação aos Estados e a que cabe exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro (AFONSO, 2016, p. 102).

A distinção acima apresentada é absolutamente imprescindível para a compreensão da questão central que motiva o presente trabalho. Dessarte, é forçoso concluir que, no plano interno, o fortalecimento da União empreendido pelo modelo federalista não implicou na criação de uma hierarquia entre os componentes daquela única ordem soberana. Afinal, a União, enquanto federal e, portanto, pessoa jurídica de direito público interno, não precede e não se sobrepõe aos Estados-Membros. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos é contundente ao afirmar que “*a autonomia recíproca entre os Estados-membros e a União é a essência do princípio federativo*”. (BASTOS, 1985, p. 8-9 apud DANTAS, 2014, p. 437)

Não há de se perder de vista, contudo, o caráter mais centralizador - ou tendente à unificação - que motivou o surgimento do federalismo nos Estados Unidos da América. É dizer, a preservação, em grande medida, da autonomia dos entes federados não resultou de uma tentativa de segregação dos Estados-membros, mas, na realidade, tornou-se uma estratégia de consecução da unidade nacional, conforme bem destaca Heleno Torres:

O federalismo é signo de identidade constitucional. Não se limita a ser modelo de repartição espacial das unidades federadas, isoladas nas suas autonomias. Carrega consigo a missão de servir como forma de separação e limitação dos poderes, mas sempre com a função de preservar a unidade nacional do Estado (TORRES, 2014, p. 33).

Aliás, Rui Barbosa, sendo citado por Heleno Torres, consigna ideia semelhante:

Erra parlamente o pressuposto, com que entre nós se tem argumentado, de que centralização política e regímen federal são tēmos impossíveis. Tal antinomia não existe. Pelo contrário: tão adaptáveis são entre si essas duas idéias, que a mais perfeita de todas as federações antigas e modernas, a mais sólida, a mais livre e a mais forte, os Estados Unidos, é, ao mesmo tempo, o tipo de centralização política levada ao seu mais alto grau de intensidade” (BARBOSA, 1947, p. 34 apud TORRES, 2014, p. 37).

A manutenção da unidade nacional a partir da preservação da autonomia dos estados constitui-se, pois, no eterno desafio imposto aos Estados federalistas. Nesse sentido, precisa é a observação de Germana de Oliveira Moraes, para quem *“o federalismo mostra-se apto a integrar as diversidades existentes nas sociedades culturalmente heterogêneas, ou seja, apto a manter a unidade na diferenciação”* (MORAES, 2001, p. 306).

Delineado, ainda que de forma sucinta, o contexto histórico e os fundamentos basilares que permearam o surgimento da forma federalista de Estado, torna-se necessário destacar que, posteriormente, diversos países, com realidades absolutamente distintas dos Estados Unidos, a exemplo do Brasil, adotaram o federalismo como a sua forma de Estado.

A despeito da clara inspiração na experiência estadunidense, é certo, contudo, que a motivação da maior parte destes novos países federados não mais decorreria da necessidade de uma maior centralização administrativa, mas, em oposição, visava garantir uma maior eficiência político-administrativa a partir da descentralização promovida por este modelo, quando comparada à forma unitária de Estado.

A diversidade de características histórico-culturais, somada à pluralidade de objetivos, contribuiu para a coexistência de diversos Estados Federais consideravelmente distintos um do outro. Aliás, conforme destaca Roque Carrazza:

Logo, os que buscam um conceito definitivo, universal e inalterável de Federação supõem, erroneamente, que ela, aqui e alhures, tem uma forma única, geométrica, recortada de acordo com um molde inflexível. Para estes, os Estados só são Federados quando se ajustam, como verdadeiras luvas, aos “arquetipos eternos”, cujas origens e contornos lutam por precisar (CARRAZZA, 2011, p. 138).

É dizer, sob a égide de um modelo federal, diversas conformações passaram a ser adotadas, em um processo de menor ou maior repartição das competências entre os entes

subnacionais, de tal forma que, em alguns casos, há uma clara dificuldade em se classificar a forma de Estado de determinado país. Ademais, em determinadas situações, torna-se difícil até mesmo distinguir um Estado-membro, pertencente a determinado Estado Federal de conformação centrípeta, de uma Região Italiana ou uma Comunidade Autônoma espanhola, estes, provenientes de Estados Nacionais formalmente unitários.⁴

Ora, mas com realidades tão distintas, é preciso identificar aquelas características que podem ser destacadas como pertencentes a todas as Federações ou, em outras palavras, aqueles fatores que reputam-se essenciais para a classificação de determinado Estado como sendo uma Federação.

José Afonso, por exemplo, elenca que todo Estado Federal deve possuir, essencialmente, dois critérios, quais sejam: a) a existência de órgãos governamentais próprios; e b) a posse de competências exclusivas (AFONSO, 2016). Outros autores, a exemplo de José Mauricio Conte⁵, são mais abundantes em suas classificações.

Não obstante, atendendo aos imperativos da objetividade e, ao mesmo tempo, pretendendo ser minimamente exauriente na temática, acolher-se-á a classificação adotada por Lewandowski. O autor, tratando das características por ele reputadas como essenciais dentro do federalismo, assim elenca o seu rol de características inatas e imprescindíveis a tal modelo de Estado: “(a) repartição de competências, (b) autonomia política das unidades federadas; (c) participação dos membros na decisão da União; e (d) atribuição de renda própria às esferas de competência” (LEWANDOWSKI, 2018, p.18). Destrinchar-se-á, em maior ou menor grau, cada um dos atributos acima mencionados.

Anteriormente, foi observado que o Federalismo detém, como premissa fundamental, a divisão espacial do poder dentro de um único Estado soberano, de modo que haja uma

⁴ Para um maior aprofundamento na matéria, recomenda-se a leitura de Raul Machado HORTA (2010, p. 440-443).

⁵ CONTI (2010) elenca os seguintes critérios: a) existência de, ao menos, duas esferas de governo; b) autonomia das entidades descentralizadas, que compreende as autonomias política, administrativa e financeira; c) organização do Estado expressa em uma Constituição; repartição de competências entre as entidades descentralizadas; participação das entidades descentralizadas na formação da vontade nacional; e indissolubilidade.

multiplicidade de entes políticos – representados por um ente central e por um conjunto de entes subnacionais – independentes e harmônicos entre si.

Dessarte, o mecanismo, por excelência, de divisão espacial do poder em um Estado Federal é a repartição de competências, a ser realizada por aquele instrumento que inaugura as bases jurídicas do Estado Federal e, conseqüentemente, define a atuação de cada ente federado, i.e., a Constituição Federal. Não por acaso, Jean François Aubert, qualifica a repartição de competências como “*la grande affaire du fédéralisme*” (ALBERT, 1967, p. 229 apud HORTA, 2010, p. 310), em semelhante posição adotada por Karl Loewenstein que a denomina de “*key to the interfederal power structure*” (LOEWENSTEIN, 1962, p. 288 apud HORTA, 2010, p. 310).

Aliás, é crucial que a atribuição das competências aos entes da Federação seja efetuada através da Constituição, que, por sua vez, constitui-se como a norma fundamental do Estado. Não se poderia admitir, diversamente, que a repartição de competências e, portanto, a divisão espacial do poder, fosse estabelecida através de uma norma oriunda de quaisquer dos entes federados, sob pena de esvaziamento da autonomia dos demais. Há de existir, portanto, uma norma superior, de caráter verdadeiramente nacional, que represente e estructure os interesses do Estado Federal como um todo.

Ademais, é importante ressaltar que, naturalmente, sob os imperativos lógicos de uma eficiente repartição do poder, à União são atribuídas competências de caráter mais abrangente, de interesse de todos os componentes da Federação, enquanto que, aos Estados – e, no caso brasileiro, aos Municípios – são atribuídas a condução de pautas de notório caráter regional, peculiares a cada unidade federativa. Tal circunstância, contudo, não permite a conclusão de que as competências reservadas à União detenham mais importância e que, em razão disso, deveria este ente gozar de alguns privilégios em face dos demais.

Em verdade, se observa que as competências atribuídas aos Estados, ainda que se destinem a propósitos distintos, detém idêntico interesse nacional, eis que o Federalismo, conforme outrora afirmado, almeja a promoção do Estado Nacional a partir das peculiaridades regionais. Não se admite, dessarte, a sobreposição das competências da União e, em última medida, a existência de uma hierarquia em seu proveito.

Tratando, agora, da segunda característica apontada por Lewandowski, isto é, a autonomia política das unidades federadas, Raul Machado Horta, analisando a origem do termo, afirma que o conceito de autonomia “*provém, etimologicamente, de nómos e designa, tecnicamente, a edição de normas próprias, que vão organizar e constituir determinado ordenamento jurídico*” (HORTA, 2010, p. 331).

O próprio Lewandowski, destrinchando tal característica, preceitua que os entes federados “*gozam tradicionalmente do poder de autogoverno e auto-organização, sendo, na verdade, a preservação de uma esfera de competências própria mera consequência desse fato*” (LEWANDOWSKI, 2018, p. 19). Em suma, a autonomia compreende o poder do ente federado de editar as suas próprias normas – circunstância que autoriza a existência de uma Constituição no âmbito estadual - e de não se submeter a outros entes em matéria de organização do próprio aparato estatal - naturalmente, nos limites impostos pela Carta Magna do Estado Federal.

Seria deveras equivocado, aliás, pressupor qualquer noção de federalismo sem a independência política e administrativa de cada uma das unidades federadas, sendo elas submissas, tão somente, às disposições contidas na Carta Magna. Do contrário, a repartição de competências tratar-se-ia, tão somente, de mera descentralização administrativa.

Corolário da característica acima apontada está a necessidade de participação dos entes federados na União. Em mais uma sagaz inovação dos federalistas estadunidenses, fora concebido, no poder legislativo federal, uma estrutura bicameral, a partir da qual se integra o Senado Federal, legítimo representante da vontade dos Estados-Membros no âmbito nacional, atuantes em igualitária representação dentro desta Casa Legislativa.

Tratou-se, conforme destaca Lewandowski, de uma medida que visava garantir que os Estados, ao abdicarem de sua soberania, não restassem totalmente sujeitos a um governo central – reflexo, sem dúvida, do receio daquelas ex-colônias à instituição de uma autoridade central (LEWANDOWSKI, 2018).

É especialmente relevante destacar, contudo, a última característica apontada por Lewandowski, a saber: a atribuição de renda própria aos entes federados. Tamanha é a importância deste atributo que, tanto o autor em comento (LEWANDOWSKI, 2018, p. 20),

quanto Heleno Torres (TORRES, 2014, p. 34) elevam-na, somada à repartição de competências, à condição de premissa fundamental de um Estado Federal.

Com efeito, o requisito da atribuição de renda própria pode ser decomposto em duas formas distintas, conforme bem destaca Germana de Oliveira Moraes, a saber: a) a discriminação pela fonte (competência tributária) e a discriminação pelo produto (distribuição de rendas) (MORAES, 2001)⁶. O estudo da repartição constitucional da competência tributária e da distribuição do produto arrecadado, por sua vez, compõe o chamado Federalismo Fiscal.

Não é à toa a separação deste aspecto do federalismo em um campo de análise autônomo. Com efeito, se é verdade que não há propriamente uma repartição de competências sem a existência de autonomia política dos entes federados, de igual modo, não se pode cogitar a instituição desta última sem que seja assegurada uma contrapartida financeira a cada componente da Federação de forma independente dos demais.

Afinal, a obtenção de recursos financeiros afigura-se como imprescindível para o sustento do aparato estatal e, conseqüentemente, para o pleno exercício do poder de autogoverno e auto-organização. A ausência de renda própria e independente macularia a necessária independência do ente federado, tornando-o submisso à pessoa jurídica de direito público que lhe sustenta, de modo que a autonomia a ele concedida tornar-se-ia mera ficção. Germana de Oliveira Moraes, tratando acerca do Federalismo Fiscal no Brasil, alude, inclusive, que este é:

(...) fator condicionante da configuração do perfil do Federalismo político-administrativo brasileiro, determinando a maior ou menor autonomia dos entes federados (Estados e Municípios) e a tendência à centralização ou descentralização, seja política, seja administrativa (MORAES, 2001, p.312).

Delineados os contornos centrais que marcam um Estado Federado, passa-se, agora, para a análise do seu desenvolvimento na história constitucional brasileira, com um natural enfoque da sua conformação nas duas últimas ordens constitucionais.

2.2 O federalismo no Brasil

⁶ É importante destacar que, conforme lembra Germana de Oliveira MORAES (2001, p. 307-308), conquanto inexistam controvérsias acerca da importância da repartição constitucional de competências tributárias enquanto traço característico do Estado Federal, o mesmo não pode ser dito acerca da distribuição de receitas.

2.2.1 A aurora e o desenvolvimento do modelo federalista brasileiro

Ainda no ano de 1821, por ato de D. João VI, as capitanias da colônia foram convertidas em províncias, medida que se concretizou a partir do advento da Constituição Política do Império do Brasil de 1824 (CPIB/24). Nesse sentido, assim rezava o seu art. 2º: “*O seu territorio é dividido em Provincias na fôrma em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado*”. O Brasil, enquanto Estado independente, nasce, portanto, sob a forma de um Estado Unitário.

Conforme destaca José Afonso, a necessidade de conservação da unidade nacional fora a razão central para a “*estruturação de um poder centralizador e uma organização nacional que freassem e até demolissem os poderes regionais e locais, que efetivamente dominavam no país*” (SILVA, 2016, p. 76). Aliás, é interessante lembrar que, na outrora América Espanhola, a ausência de uma maior centralização administrativa do Império sob o seu território conquistado permitiu a fragmentação da antiga colônia em diversos países recém independentes.⁷

É oportuno destacar, contudo, que a Constituição do Império fora outorgada sob a promessa de observância ao constitucionalismo liberal então vigente. Não obstante, a exposição de direitos fundamentais e de outras garantias liberais contrastava com a existência de um Estado Unitário, de um poder moderador e da existência de um regime escravagista – característica que, aliás, se constitui no primeiro capítulo da eterna dissonância do texto constitucional brasileiro com a realidade por ela regulada.

A reação à tal centralização, contudo, se manifestou por diversas vezes, materializadas, sobretudo, pela defesa do “*federalismo, como princípio constitucional de estruturação do*

⁷ Não se deve descuidar que tendência semelhante ocorreu em algumas regiões da antiga América Portuguesa, conforme bem lembra Virgílio Afonso da Silva:

“*Especialmente nas províncias do norte e nordeste, o processo de independência foi muito mais belicoso do que a historiografia oficial procurava fazer crer, porque muitas daquelas províncias simplesmente não reconheciam a legitimidade do poder exercido no Rio de Janeiro. Em boa medida, portanto, a resistência à independência não estava ligada a interesses portugueses, mas a peculiaridades e interesses regionais e locais brasileiras*”. (SILVA, 2021, p. 67).

Estado, (e) a democracia, como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais” (SILVA, 2016, p. 79).

O triunfo de tais ideais – em especial, do federalismo – se consolida a partir da deposição do regime monárquico, em 1889, e se completa a partir da outorga da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 (CREUB/91), conforme expressamente aduzido em seu art. 1º: *A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.* O art. 2º, por sua vez, consolida o modelo federalista a partir da transformação das antigas províncias em Estados componentes da Federação⁸.

A nomenclatura da nova república, aliás, denuncia aquele país que seria a sua principal inspiração: os Estados Unidos da América. Não por acaso, a forma federalista instituída pelos Estados Unidos do Brasil incorpora o chamado federalismo dual – originalmente em vigor no modelo estadunidense -, caracterizado pela repartição estanque ou inflexível das competências administrativas e tributárias, além da atribuição da competência residual aos Estados (art. 65, 2º⁹), inclusive em matéria tributária – sendo que, neste caso, a União também poderia atuar (art. 12)¹⁰.

De fato, em mais um sinal da influência estadunidense, é possível verificar que, aos Estados, fora assegurada uma autonomia substancial, jamais conhecida por todas as Constituições que a sobrevieram. Não por acaso, Raul Machado Horta assinala que *“A Constituição Federal de 1891 assinalou o início e o apogeu da atividade de auto-organização do Estado-Membro no Direito Constitucional Brasileiro”* (HORTA, 2010, p. 342). A excessiva prevalência dos Estados, contudo, logo resultou em problemas que, posteriormente, serviram

⁸ Art 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.

⁹ Art 65 - É facultado aos Estados:
(...)

2º) em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.

¹⁰ Art 12 - Além das fontes de receita discriminadas nos arts. 7º e 9º, é lícito à União como aos Estados, cumulativamente ou não, criar outras quaisquer, não contravindo, o disposto nos arts. 7º, 9º e 11, nº 1.

como justificativa para aqueles que preconizavam a adoção de um modelo estatal mais centralizado¹¹.

Ainda que a CREUB/91 tenha sido, posteriormente, suprimida, o federalismo, enquanto modelo abstrato de Estado, jamais foi suplantado das demais constituições brasileiras. Diferenças significativas, contudo, marcaram os seus contornos práticos, em nítido reflexo das tendências histórico-políticas atuantes em cada etapa constitucional brasileira.

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (CREUB/34), promulgada no esteio da Revolução de 1930, que encerrara a República Velha e, conseqüentemente, a estrutura oligárquica regional robustamente enraizada na política brasileira, houve uma tendência nitidamente centralizadora – ainda que democrática -. O direcionamento centrípeto do poder interno, ademais, também resultara do contexto constitucional mundial, em específico, da influência da Constituição social de Weimar, na Alemanha (NOVELINO, 2021). Nesse sentido, à União foram delegados maiores poderes, tendo sido conservada, no entanto, a competência residual aos Estados. Ademais, o modelo bicameral – característica essencial da forma federativa de Estado – foi suplantado.

O advento do Estado Novo, contudo, encerra a breve vigência desta Constituição, que fora substituída pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (CEUB/37), outorgada sob o paradigma autoritário e de nítidas inspirações fascistas então vigente. Nesse sentido, a despeito da manutenção da divisão espacial interna com base no regime federalista (art. 3º¹²), na prática, um verdadeiro Estado Unitário foi implantado, com a completa submissão dos interesses dos Estados à União – medida que resultou, inclusive, a partir da nomeação de interventores para todos os Estados, com exceção de Minas Gerais (NOVELINO, 2021). Aliás, é certo que as disposições constitucionais pouco importavam para o contexto sociopolítico da época, na medida em que a própria supremacia da Constituição fora severamente abalada, conforme bem lembra Raul Machado Horta¹³.

¹¹ Nesse sentido, Raul Machado Horta afirma que “A Constituição de 1891 não revelou técnica jurídica eficaz para coibir as exorbitâncias do constituinte do Estado-Membro e submeter sua atividade organizatória ao paradigma dos princípios constitucionais da União” (HORTA, 2010, p. 355).

¹² Art 3º - O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.

¹³ “O federalismo nominal da Carta de 1937 nem sequer durou no texto constitucional, pois, na realidade, dali desapareceu em virtude de singular processo de desconstitucionalização. A lei ordinária substituiu a estrutura

A restauração da democracia, concretizada a partir da promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 (CEUB/46), retoma a forma federalista de Estado *in concreto*, ainda que a autonomia dos Estados-Membros não tenha retomado o patamar alcançado com a primeira Constituição republicana, sendo marco desta Carta Magna, inclusive, a atribuição de uma considerável autonomia aos Municípios, em um processo que alcançaria o seu pleno vigor em 1988 (HORTA, 2010).

2.2.2 O federalismo nominal da Constituição de 1967

Ainda sob a égide do regime constitucional de 1946, o Brasil assiste, no ano de 1964, à deposição do presidente em exercício, João Goulart, e à instauração de um regime militar, rompendo com a (ainda efêmera) tradição democrática então vigente.

Em clara dissonância com a Carta Constitucional, de matriz democrática, começaram a ser expedidos diversos Atos Institucionais (AI) que, aos poucos, minaram as premissas básicas do seu conteúdo. Nesse sentido, o AI n.º 1/64¹⁴, em que pese tenha mantido a Constituição em vigor (art. 1º¹⁵), aboliu as eleições diretas para o cargo de Presidente da República (art. 2º¹⁶) e promoveu a cassação de direitos políticos e mandatos legislativos (art. 10¹⁷), dentre outras medidas de incontestável caráter autoritário.

federal nominal pela estrutura legal do Estado unitário. A rigidez da Carta curvou-se ao voluntarismo dos decretos-leis e o texto constitucional adquiriu flexibilidade no contato dominador da vontade legislativa monopolizada pelo Presidente da República”. (HORTA, 2010, p. 395).

¹⁴ É interessante notar, neste Ato, a mensagem transmitida em seu preâmbulo. Em suma, em uma espécie de “Carta à Nação”, fora anunciada a Revolução Civil e Militar e, como forma de garantir a sua legitimidade, a seguinte explicação fora apresentada – deturpando, notoriamente, o princípio da soberania popular: “*Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação*”.

¹⁵ Art. 1º - São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato.

¹⁶ Art. 2º - A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República, cujos mandatos terminarão em trinta e um (31) de janeiro de 1966, será realizada pela maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, dentro de dois (2) dias, a contar deste Ato, em sessão pública e votação nominal.

¹⁷ Art. 10 - No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

No entanto, com o objetivo de concretizar o “ideário revolucionário”¹⁸, o AI n.º 4/1966 convocou o Congresso Nacional para, em um exíguo período compreendido entre 12/12/1966 e 24/01/1967 (um intervalo de apenas 42 dias, portanto), discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição elaborado pelo Presidente em exercício (art. 1º¹⁹). Os parlamentares à época em exercício das suas legislaturas – aqueles que não foram cassados e, portanto, em sua ampla maioria, manifestavam concordância com o Regime Militar imposto - sequer dispunham de um mandato popular que os legitimassem para elaborar a nova Carta Magna²⁰. Em suma, é nítida a índole antidemocrática e autoritária deste Constituinte²¹, marcado pela imposição de uma nova ordem constitucional erigida, na prática, pela vontade singular do Chefe do Poder Executivo Federal. Nesse sentido, assim preconiza Inocêncio Filho, ao tratar sobre o Projeto da Constituição de 1967:

Enviada “com base em proposta literalmente enviada a “toque de caixa” pelo Presidente da República, que para tanto dispunha do apoio das Forças Armadas, se necessário até mesmo para o fechamento das Casas Legislativas, àquela altura em recesso forçado e já desfalcadas dos principais líderes oposicionistas, cujos mandatos e direitos políticos haviam sido cassados pelos chefes da insurreição militar vitoriosa.

Não é surpresa, portanto, que, conforme destaca José Afonso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 (CRFB/67) sofreu “(...) *poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas incorporou*”. Outra não é a opinião de Inocêncio Filho, que afirma que esta nova Constituição “*Pretendia perenizar algumas das excrescências jurídicas do Estado Novo*”. A característica comum de ambos os regimes constitucionais fora, sem dúvida, a centralização do poder na figura do chefe do Poder

¹⁸ De fato, Raul Machado Horta afirma que a Constituição de 1967 “*decorreu do propósito de consolidação da fragmentária legislação constitucional, dispersa nas emendas constitucionais e outras disposições originalmente assentadas nos atos institucionais*” (HORTA, 2010, p. 31-32).

¹⁹ Art. 1º - É convocado o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967.

§ 1º - O objeto da convocação extraordinária é a discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.

²⁰ Não por acaso, Inocêncio Mártires Coelho, citando Paulo Bonavides e Paes de Andrade, afirma que, em 1967, “*não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte (...)*”. (COELHO, 2010, p. 240).

²¹ Deve-se frisar, contudo, o seu caráter mais moderado, quando comparado à corrente “linha dura” do Regime Militar – representada, especialmente, pelo governo do presidente Artur da Costa e Silva.

Executivo Federal, cargo que, por sua vez, não gozava da aprovação popular por meio de eleições diretas²² (art. 76²³).

Não bastasse isso, os anos que se seguiram minaram de vez qualquer resquício democrático porventura ainda persistente. O AI n.º 5/1968, o mais severo Ato Institucional promulgado durante o Regime Militar, dentre outras medidas de inquestionável arroubo autoritário, notabilizou-se pela quase que absoluta derrocada da autonomia dos entes federados subnacionais, na medida em que possibilitava ao Presidente decretar “recesso”, não apenas do Congresso Nacional, mas, de igual modo, das Assembleias Legislativas e das Câmaras dos Vereadores (art. 2º²⁴), bem como decretar a intervenção nos Estados e Municípios sem quaisquer limites impostos pela Constituição (art. 3º²⁵).

Em 1969, contudo, um fato notório ocorreu no Regime Militar. O Presidente da República em exercício, Artur da Costa e Silva, ficou deveras enfermo e, conseqüentemente, inábil para o exercício das suas funções. Todavia, ao invés de o vice-presidente, Pedro Aleixo, ter tomado posse, conforme, aliás, rezava o art. 79 da CRFB/67²⁶, os ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica se auto investiram na cadeira presidencial, em um movimento que fora brilhantemente resumido por Inocêncio Mártires Coelho, ao destacar que estes militares “*deram um golpe dentro do golpe*” (COELHO, 2010, p. 243).

Resultado de tal ação foi a edição da Emenda Constitucional (EC) n.º 1/1969 que, conforme lembra José Afonso, “*teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente*

²² Inocêncio Mártires Coelho, a partir das observações de Themístocles Brandão Cavalcanti, afirma que a instituição da eleição indireta presidencial “*assegura uma continuidade maior à política federal, que outra não é senão a de um duplo movimento de centralização política, em torno da União, no sistema federal, e do poder executivo, no governo federal (...)*” (COELHO, 2010, p. 242).

²³ Art 76 - O Presidente será eleito pelo sufrágio de um Colégio Eleitoral, em sessão, pública e mediante votação nominal.

²⁴ Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

²⁵ Art. 3º - O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição.

²⁶ Art 79 - Substitui o Presidente, em caso de impedimento, e sucede-lhe, no de vaga, o Vice-Presidente.

se promulgou texto integralmente reformulado” (SILVA, 2016, p. 89). É dizer, *in concreto*, o Brasil assistiu à outorga de mais uma carta constitucional.

A despeito do seu intuito centralizador, é interessante notar que a CRFB/67 – antes e após o advento da EC n.º 1/69 -, manteve, no esteio das demais Constituições republicanas, a forma federativa de Estado (art. 1º²⁷). E não apenas isso. Com efeito, nos termos do seu art. 50, § 1º²⁸, o federalismo fora alçado ao *status* de cláusula pétrea.

Ademais, é preciso ressaltar que a EC n.º 1/69 introduz um preceito normativo jamais previsto em constituições anteriores. Com efeito, o seu art. 9º, I, passa a assentar a vedação à criação de quaisquer distinções entre os entes federados – medida que, em tese, reforçaria a autonomia dos entes subnacionais e consagraria uma equilibrada distribuição espacial do poder. Até então, as cartas magnas reservavam-se a inibir distinções entre os brasileiros e entre os entes federados de mesma espécie (entre os Estados e entre os Municípios, portanto). Colaciona-se, pois, a norma supracitada:

Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

I - criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uns contra outros Estados ou Municípios;

Contudo, em uma análise mais atenta desta Constituição, torna-se possível a observância de consideráveis dispositivos constitucionais que parecem contradizer o modelo federalista ali instituído.

De imediato, é possível verificar que, ao entrar em vigor, a EC n.º 1/69, conforme dispõe o seu art. 200²⁹, determinava a imediata incorporação das suas disposições às Constituições Estaduais. Ora, é cediço que as cartas magnas dos Estados são o instrumento normativo, por excelência, garantista da autonomia dos Estados, na medida em que tornam possível o exercício do poder de autogoverno (sempre, é claro, nos limites da constituição nacional). O que se enxerga, a partir da Emenda supracitada, é que as constituições estaduais tornaram-se meras

²⁷ Art. 1º. O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

²⁸ Art. 50, § 1º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.

²⁹ Art. 200. As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados.

reprodutoras dos preceitos positivados pela constituição nacional, isto é, passaram a vigorar de forma meramente nominal.

Ademais, as competências da União foram notoriamente alargadas (art. 8º), bem como as hipóteses de intervenção da União nos Estados (art. 10). É no campo orçamentário – foco do presente trabalho -, contudo, que se pode observar a nítida desproporção na distribuição espacial do poder no plano interno. Nesse sentido, verifica-se que a União, através de proposta elaborada pelo Presidente da República, poderia deter controle significativo das finanças dos Estados e Municípios. Se não, vejamos o seu art. 69, § 2º:

Art. 69, § 2º - Por proposta do Presidente da República, o Senado Federal, mediante resolução, poderá:

- a) fixar limites globais para o montante da dívida consolidada dos Estados e Municípios;
- b) estabelecer e alterar limites de prazos, mínimo e máximo, taxas de juros e demais condições das obrigações emitidas pelos Estados e Municípios;
- c) proibir ou limitar temporariamente a emissão e o lançamento de obrigações, de qualquer natureza, dos Estados e Municípios.

E, de forma mais grave (se não absurda), a Constituição autorizava que a União poderia conceder isenções tributárias a impostos de competência dos Estados e dos Municípios, em medida que sepulta, inquestionavelmente, qualquer controle por eles detido sobre a sua própria renda. É o que dispõe o seu art. 20, § 2º, *in verbis*:

Art 20, § 2º - A União, mediante lei complementar, atendendo, a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos federais, estaduais e municipais.

Ademais, ainda no tocante à questão orçamentária, a CRFB/67 previa que os limites máximos da remuneração dos servidores públicos estaduais e municipais deveriam ser estabelecidos em lei federal (art. 13, V³⁰).

³⁰ Art. 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados dentre outros princípios estabelecidos nessa Constituição, os seguintes:

(...)

V - as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal;

Conforme outrora ressaltado, a atribuição de renda própria se constitui em premissa inafastável da autonomia garantida pela constituição aos entes federados. Afinal, o controle das finanças públicas por parte de outro ente federado, inevitavelmente, resulta na mitigação da capacidade daquele de se autogovernar e se auto-organizar, reduzindo a (necessária) autonomia política dos seus governantes, sempre sujeitos ao repasse de verbas de outrem.

Em relação aos municípios, a despeito da previsão, contida no caput do art. 15 da EC n.º 1/69, de que sua autonomia deveria ser assegurada, o fato é que os prefeitos de capitais eram nomeados pelo Governador (§1º) e, em relação àqueles municípios declarados de interesse da segurança nacional, pelo Presidente da República (§2º³¹).

Face aos dispositivos constitucionais acima analisados, torna-se clarividente a ofensa, promovida pela CRFB/67, aos ditames básicos do federalismo. A doutrina da época, contudo, almejava conciliar o modelo federativo *in abstracto* com tais normas que, claramente, anunciam uma gritante superioridade da União em face dos Estados e Municípios – especialmente no campo financeiro –, cunhando, para ilustrar esta suposta “nova fase” do federalismo, o termo “federalismo de integração”.

Nesse sentido, alçando a um papel central a necessidade de preservação da segurança nacional e de promoção do desenvolvimento nacional, fora justificada a centralização do poder na União em detrimento dos demais entes subnacionais. Este é o diagnóstico de Ana Paula Boeing, para quem³²:

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 (BOEING, 2020, p. 102).

³¹ Art. 15. A autonomia municipal será assegurada:

(...)

§ 1º Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:

- a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual; e
- b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional por lei de iniciativa do Poder Executivo.

³² Ainda em relação ao “federalismo de integração”, é necessário distingui-lo do federalismo cooperativo, na medida em que, conforme destaca Ana Paula Boeing, no primeiro modelo, à União eram atribuídos “(...) os poderes para dirigir a política nacional, evitar os conflitos federativos e promover o desenvolvimento econômico com segurança coletiva (...)”, papéis que, seguramente, não encontram guarida no modelo cooperativo ora vigente” (BOEING, 2020, p. 102).

Nos Anais da Constituição de 1967, a Comissão Mista instituída pelo Congresso Nacional, comentando sobre o então projeto que, posteriormente, resultaria na CRFB/67, elenca diversos doutrinadores, nacionais e estrangeiros, que defenderam a legitimidade da centralização do poder em um regime federalista. Nesse sentido, foram trazidos à tona os argumentos esboçados por Harold J. Laski e Raul Machado Horta, respectivamente:

A evolução acelerada dos EE. UU. é para a centralização; desde Teodoro Roosevelt a balança dos poderes se deslocou dos Estados Unidos para a União.

A União passou a intrometer-se fortemente na política e na administração dos Estados. E se generalizou então a opinião do malôgro do federalismo, que se considera regime absolutamente obsoleto” (BRASIL, 1969, p. 596 apud LASKI, 1948, p.?).

O fortalecimento da competência da federação determina o crescimento da área governamental federal sobre a área governamental estadual ou local. Esse crescimento corresponde ao chamado movimento centralizador do federalismo, expressão que há alguns anos teria sentido paradoxal, mas que hoje decorre de verificação tranqüila" (BRASIL, 1969, p. 597 apud HORTA, 1957, p. 134).

Dito isso, posteriormente, a Comissão assim se manifestou:

Saibamos tirar os corolários do princípio da intervenção econômica e financeira introduzido em nosso sistema federal pela mão de um grande realizador, que foi Paulo de Frontin.

Aceito o princípio de que a União tem como obrigação impedir o esmorecimento da atividade dos Estados-Membros, somado o conceito jurídico do equilíbrio entre localismo e centralismo ao conceito econômico da cooperação (...) (BRASIL, 1969, p. 597).

É certo, contudo, que o crescente intervencionismo da União preconizado à época, a partir das considerações outrora trazidas, não se constituía em uma “nova roupagem” do federalismo, senão em sua completa mitigação, movimento que, contudo, foi revertido a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), conforme será abaixo destrinchado.

2.2.3 O retorno e as novas conformações do federalismo vigente na Constituição de 1988

O Regime Militar, conquanto tenha vigorado até o ano de 1985, já apresentava sinais de arrefecimento desde o final da década de 70 daquele século. Com efeito, a partir do governo do presidente Ernesto Geisel, o Brasil assistiu a uma progressiva abertura política, estabelecida

de forma “lenta, gradual e segura”, conforme exatas palavras proferidas pelo então chefe do Poder Executivo Federal³³.

O movimento democrático, no entanto, alcança a sua máxima expressão a partir da edição da EC n.º 26/1985, que determinou a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte³⁴, a ser composta pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em sessão unicameral. O propósito, pois, era manifesto: derrubar a norma basilar do Regime que se buscava erradicar.

Presidida por Ulysses Guimarães, a Assembleia Nacional Constituinte convocada promulgou, no dia 05/10/1988, a nova Constituição da República Federativa do Brasil. Alinhada com a tendência constitucionalista à época em vigor, e apresentando consideráveis inovações - que tornaram esta Constituição relevante, não apenas para a história constitucional brasileira, mas também para o constitucionalismo global (SILVA, 2016) – a Carta Magna de 1988 promoveu uma nova ordem jurídica calcada, essencialmente, no macro princípio da dignidade da pessoa humana³⁵ (art. 1º, III³⁶).

Não por acaso, esta Constituição fora apelidada como a “Constituição Cidadã”. De fato, já em seus primeiros artigos, é possível perceber uma grande preocupação com a tutela da pessoa humana, mediante a positivação e a primazia de um rol de direitos fundamentais – abarcando desde os direitos negativos liberais até aqueles de matriz difusa, convencionalmente

³³ Não se deve olvidar, contudo, que o movimento repressivo dos militares não cessou de imediato, de modo que episódios de censura e tortura continuaram a acontecer durante a transição para o regime democrático. Como exemplo, tem-se o caso do jornalista Vladimir Herzog, interrogado, torturado e assassinado na sede do DOI-CODI, no ano de 1975 (SILVA, 2019). Para maiores informações, ler o artigo de Dêis Maria Lima Cunha Silva: A transição para a abertura política no Brasil, sob a sujeição dos militares (1974-1985).

³⁴ É preciso ressaltar que, conforme lembra José Afonso, não se convocou, a rigor, uma Assembleia Nacional Constituinte, mas, sim, um Congresso Constituinte, na medida em que os seus componentes não foram eleitos para tanto (SILVA, 2016).

³⁵ De fato, é salutar, e bem expõe o fundamento central desta nova Carta Magna, o discurso de solenidade da sua promulgação, realizada por Ulysses Guimarães, que assim se manifestou: “*Diferentemente das constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição Cidadã*”.

³⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

denominados como de “terceira dimensão” -, cuja extensão, aliás, não restou isenta de críticas³⁷.

Ademais, a CRFB/88 também se notabiliza pela sua forte faceta democrática, inigualável, quando comparada às constituições que a precederam. Com efeito, o art. 60, § 4º³⁸, passa a prever, como limitações materiais ao exercício do poder constituinte derivado reformador (cláusulas pétreas), não apenas a abolição da forma federativa de Estado – característica já presente na Constituição anterior -, mas, em acréscimo: a) o voto direto, secreto, universal e periódico; b) a separação dos Poderes; c) e os direitos e garantias individuais. Ademais, aos direitos fundamentais, fora garantida aplicação imediata (art. 5º, § 1º³⁹), afastando a tendência a interpretá-los como meras diretrizes ou como normas unicamente programáticas. Dessarte, pode-se afirmar, com segurança, que a Magna Carta ora em vigor carrega consigo uma forte carga ou espírito republicano, democrático e humanista.

Não se trata de um acaso. Com efeito, é interessante notar que Inocêncio Mártires Coelho cunha a expressão “Constituição-Resposta” para se referir à nova carta constitucional, indicando que os valores nela contidos foram uma resposta ao autoritarismo exacerbado do Estado no Regime Militar (desproporcionalmente concentrado na União e no Poder Executivo Federal), à supressão de direitos fundamentais e à descentralização da pessoa humana como lócus central da ordem constitucional (COELHO, 2010, p. 246). A Constituição de 1988, pois, inaugura um novo modelo de Estado, atinente à ideia de um verdadeiro Estado Constitucionalista de Direito, conforme os ditames do movimento neoconstitucionalista.

Dito isso, seguindo a tradição das demais constituições - e como não poderia deixar de ser, especialmente, porque a forma federativa de Estado é elemento essencial para a descentralização do poder e, em última medida, para frear os abusos autoritários – a CRFB/88

³⁷ Celso Ribeiro Bastos critica a positivação, na Constituição, de um excessivo rol de direitos, à revelia de uma séria reflexão acerca dos custos para a sua efetivação, naquilo que chamou de “*prodigalidade irresponsável*”. (BASTOS, 1996)

³⁸ Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

³⁹ Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

institui, como modelo de Estado, o federalismo (art. 1º e art. 18⁴⁰), alçado, novamente, à condição de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I).

De imediato, salta aos olhos a salutar inovação do Constituinte de 1988, ao incluir, dentre os membros componentes da Federação, os Municípios. Com efeito, tal conformação do federalismo pátrio jamais fora instituída pelas constituições pretéritas, que apenas conferiam aos Municípios uma certa autonomia. Não obstante, os reclamos para a elevação do Município ao status de ente federado já se faziam recorrentes na doutrina pré-1988, tendo, como um dos grandes expoentes, Helly Lopes Meirelles, que, após o advento da Constituição de 1988, teve a sua obra atualizada nos seguintes termos:

(...) de início, a Constituição da República de 1988, corrigindo falha das anteriores, integrou o Município na Federação, como entidade de terceiro grau (arts. 1º e 18), o que já reivindicávamos desde a 1ª edição desta obra, por não se justificar a sua exclusão, já que sempre fora peça essencial da organização político-administrativa brasileira (MEIRELLES, 1993, p. 36-37).

É certo, contudo, que tal inovação não gozou de unânime apoio na doutrina nacional. Houve quem, a exemplo de José Afonso da Silva, tecesse consideráveis críticas, sob o argumento de que, à revelia do texto constitucional, os Municípios jamais poderiam ser considerados como partes integrantes de uma Federação⁴¹.

Feita esta ressalva, cumpre analisar de que forma foram repartidas as competências constitucionalmente assentadas aos entes federados. Afinal, conforme afirmado anteriormente, a distribuição das competências afigura-se como um dos fundamentos do federalismo, representando o mais importante critério para se aferir o grau de centralização (ou descentralização) de determinado regime federativo.

⁴⁰ Art. 18. 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.

⁴¹ Nesse sentido, José Afonso: *“Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. (...) Em que muda a federação brasileira com o incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda nada. (...) Dizer que a República Federativa do Brasil é formada de união indissolúvel dos Municípios é algo sem sentido(...)”* (SILVA, 2016, p. 479).

Seguindo a tradição originária estadunidense, fora reservada aos Estados a competência material residual (art. 25, §1^{o42}) – que não se confunde com a competência para instituir tributos, esta, atribuída residualmente à União (art. 154, I⁴³). A grande inovação desta Constituição em matéria de repartição de competências fora, contudo, a instituição de competências concorrentes entre os entes federados, rompendo com a clássica repartição estritamente dual (isto é, transpassando a mera atribuição de competências fixas e exclusivas à União e aos Estados).

Nesse sentido, a CRFB/88 institui uma forma mais complexa e, ao mesmo tempo, madura, de repartição interna do poder, congregando todos os membros componentes da Federação para a resolução de determinados problemas comuns a todas as esferas de poder, na medida da sua capacidade e guiados pelo princípio da predominância do interesse (SILVA, 2016). Dessarte, observa-se que o constituinte formata um federalismo verdadeiramente de integração ou, nas palavras de Raul Machado Horta, um federalismo de equilíbrio: *“É no federalismo de equilíbrio que se inspirou o constituinte federal brasileiro, para levar a bom termo a restauração do federalismo, de forma que o indispensável exercício dos poderes federais não venha inibir o florescimento dos poderes estaduais”* (HORTA, 2010, p. 281).

Ademais, quando comparada à norma fundamental pretérita, observa-se um alargamento nas atribuições dos Estados - a análise aqui empreendida deve considerar, naturalmente, não apenas as competências privativas dos Estados, devendo-se somar às competências concorrentes - e, sobretudo, dos Municípios. E não apenas isto. Com efeito, também houve uma promoção ao regionalismo, a partir da atribuição exclusiva aos Estados de *“(...) instituir 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, § 3^o). É interessante notar que, na Constituição de 1967, tal competência fora reservada à União (art. 157, § 10⁴⁴).

⁴² Art. 25, § 1^o São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

⁴³ Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

⁴⁴ Art. 157, § 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum.

Contudo, a repartição promovida pela Carta Magna de 1988 não restou isenta de críticas, especialmente para quem nela identifica uma certa tendência à centralização. Este é posicionamento de Germana de Oliveira Moraes, ao destacar o grande leque de atribuições administrativas à União:

Entretanto, a Constituição Federal reservou à União grande leque de atribuições administrativas (v. arts. 21 e 22 da Carta Política). Não obstante o esforço de transferi-las para Estados e Municípios, com a constante reconstrução do Federalismo neoclássico, correspondente ao Federalismo cooperativo, ainda se percebem no Federalismo instaurado na Constituição Federal de 1988 resquícios de uma tendência centrípeta (MORAES, 2001, p. 309)⁴⁵.

De forma similar – ou até mesmo, de forma mais acentuada – observa-se, no sistema tributário instituído pela CRFB/88, esta tendência à centralização, na medida em que, à União, fora reservada a competência para instituir grande parte dos tributos, circunstância que, naturalmente, redundava na sua maior capacidade para arrecadá-los.

É certo, no entanto, que o constituinte, mais uma vez rompendo com a clássica e estrita separação entre as competências e o processo de arrecadação dos entes federados, instituiu, face a este último, um amplo programa de repartição das receitas tributárias (arts. 157 a 162), fortalecendo o federalismo fiscal cooperativo – ainda que, atualmente, combatido em face da persistente disparidade, vertical e horizontal, na atribuição de renda aos entes subnacionais, quando comparados à União.⁴⁶

Dito isso, passa-se a tratar daquele que se constitui no outro marco central do federalismo, i.e., a autonomia dos entes federados. Com efeito, a Constituição de 1988 expressamente a impõe, ao rezar, em seu art. 18, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são *“todos autônomos, nos termos desta Constituição”*.

⁴⁵ José Afonso, por sua vez, confirma uma certa dilatação nas competências da União e, considerando a existência de competências exclusivas dos Municípios, afirma que as competências dos Estados teriam sido comprimidas (SILVA, 2016).

⁴⁶ Esta é a análise de Fernando Rezende, para quem: *“De um lado, a concentração espacial das bases tributárias modernas e as exigências de eficiência da tributação conduzem a uma desigual repartição das receitas tributárias, tanto no que tange à repartição do bolo tributário entre os três entes federados, quanto no tocante à maneira como a parte de cada um se divide entre eles. De outro, a ausência de um sistema de transferências orientado para a correção desses desequilíbrios agrava, ao invés de corrigir, as disparidades decorrentes da concentração da atividade econômica”*. (REZENDE, 2010, p. 72)

É certo, por óbvio, que a autonomia concedida aos entes não é absoluta. Nesse sentido, observa-se que as Constituições Estaduais devem ser elaboradas em estrito atendimento aos princípios da Constituição Nacional (art. 25, caput⁴⁷) – o que não implica a existência de uma hierarquia entre tais entes e a União, na medida em que a Constituição é um instrumento do Estado Brasileiro, e não da União, que também a ela deve se submeter, conforme outrora preconizado.

No campo do Direito Financeiro, chama a atenção a maior restrição à autonomia dos entes subnacionais empreendida pela Constituição, manifestada pelo propósito evidente de evitar o endividamento descontrolado das suas unidades federativas, com reflexos diretos no crédito da União (HORTA, 2010). Nesse sentido, ao Senado, na condição de “Câmara dos Estados”, foi estabelecida a competência privativa para: a) autorizar operações externas de natureza financeira (art 52, V⁴⁸); b) fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 52, VI⁴⁹); c) dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno (art. 52, VII⁵⁰); d) e estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária (art. 52, IX⁵¹).

Por fim, cumpre destacar que esta Constituição repete, de forma análoga, o comando normativo inaugurado pela EC n.º 1/69, ao expressamente vedar a criação de quaisquer preferências e distinções entre os entes federados. É o que dispõe o seu art. 19, III, *in verbis*:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

⁴⁷ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

⁴⁸ Art. 52, V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

⁴⁹ Art. 52, VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

⁵⁰ Art. 52, VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

⁵¹ Art. 52, IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Contudo, a despeito da quase que idêntica semelhança entre os distintos textos constitucionais, é cediço que ambas propõem distintas normas jurídicas. Para compreender tal afirmação, é substancial separar o conceito de texto legal ou constitucional, isto é, aquilo que está positivado, da norma jurídica, que é sempre o resultado da aplicação do texto, isto é, é a extração do sentido daquele texto (STRECK, 2014).

Nesse sentido, para uma correta interpretação do artigo supracitado, é substancial se apartar de uma interpretação estritamente gramatical, compreendendo, pois, a análise sistêmica da Constituição e dos valores que nela estão inseridos. Nesse sentido, preleciona Marco Marrafon:

A lógica-formal não dá conta do logos hermenêutico inerente ao mundo prático, doador de sentidos existencialmente compartilhados, bem como não contempla a possibilidade, sempre real e iminente, de que o sentido seja antecipado por meio de um giro metafórico ou metonímico provenientes do inconsciente.

(...)

Nesse contexto, é a projeção hermenêutico-normativa do sistema constitucional que servirá de fonte maior para a decisão, de maneira a integrar a previsão normativa da hipótese fática ao conjunto de fatos do caso concreto e seus diversos aspectos (...) (MARRAFON, 2015).

Isto posto, em que pese a manutenção do excerto constitucional contido na CRFB/67, é nítido que cada texto, em seu tempo, irradia uma distinta carga normativa, eis que evidente a mudança paradigmática levada à tona pelo Constituinte de 1988. Com efeito, a despeito das (necessárias) críticas outrora consignadas, que evidenciam uma certa desproporção no federalismo equilibrado tão defendido por Machado Horta – em nítido favorecimento da União –, é certo que a CRFB/88 propõe um federalismo que se enquadra nas premissas básicas deste modelo e, portanto, institui, como premissa inafastável, a (verdadeira) autonomia dos entes federativos, independentes e harmoniosos entre si, não guardando quaisquer privilégios ou hierarquias entre estes.

Recupera-se, pois, a essência do modelo federativo de Estado, apartando-se daquele federalismo puramente nominal da Constituição de 1967 e da EC n.º 1/69, conforme bem leciona Raul Machado Horta, para quem:

A Constituição Federal de 1988 promoveu a reconstrução do federalismo brasileiro, estabelecendo a relação entre a Federação e os princípios e regras que individualizam

essa forma de Estado no conjunto das formas políticas. Esse processo de reconstrução envolveu o abandono do modelo fixado na Constituição Federal de 1967 e na emenda n. 1 de 1969, as quais, sob a inspiração do autoritarismo político, concentraram na União a sede praticamente exclusiva da legislação e dos recursos tributários, relegando Estados e Municípios a situação de meros caudatários da União (HORTA, 2010, p. 413).

Nesse sentido, é salutar a observação de Ana Paula Boeing, citando Roque Carrazza:

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 validade (CARRAZZA, 2017, p. 169 e 197 apud BOEING, 2020, p. 106).

Em suma, verifica-se que, a partir da Constituição de 1988, consagra-se um regime federativo pautado pelo respeito à autonomia de todos os entes federados e, a despeito de uma certa concentração de competências em favor da União, o constituinte, em absoluto, não ofertou qualquer margem para a defesa da existência de uma hierarquia entre a União, os Estados e os Municípios.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL: A RECEPÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

3.1 Reflexos do federalismo enquanto preceito constitucional

No capítulo anterior, foi realizada uma análise detida acerca do federalismo, com especial enfoque nas suas distintas conformações ao longo da história republicana brasileira. Perceba-se que tal estudo foi empreendido tomando como base cada uma das constituições que introduziram o modelo federativo enquanto forma de Estado da ordem jurídica por ela regulada.

A correlação entre federalismo e o fenômeno constitucional não é acidental. Tomando como base a definição de constituição empreendida por Canotilho, tem-se que esta é uma *“ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”* (CANOTILHO, 1995, p. 12).

Atendo-se à última parte do excerto acima colacionado, verifica-se que, na opinião de Canotilho, a norma constitucional distingue-se das demais normas que compõem o ordenamento jurídico em razão de um critério de ordem material, qual seja, a regulação dos direitos fundamentais e do exercício do poder político.

Expressando distinta opinião, Inocêncio Mártires Coelho descarta a ideia da existência de matérias inatas a uma constituição, preconizando que: *“(...) ao que saibamos, não existe nada que, por natureza, possa reputar-se constitucional e, assim, valer como critério para se constitucionalizar o que quer que seja”* (COELHO, 2010, p. 90). Dessarte, o status constitucional conferido a determinada norma, para este autor, resume-se a uma distinção no tocante ao processo formal de sua elaboração e à sua posição hierárquica - superior às demais normas componentes do ordenamento jurídico constitucional.

A divergência acima apresentada materializa-se na tradicional dicotomia entre “norma materialmente constitucional e “norma formalmente constitucional”, ou, ainda, entre

“constituição material” e “constituição formal”.⁵² Explica-se. A expressão constituição formal define, conforme a própria nomenclatura empregada indica, aquele conjunto de normas classificadas como constitucionais em razão do seu lócus hierárquico no ordenamento jurídico, estabelecido com base em um processo de elaboração específico – de caráter mais rígido, quando comparado ao processo de elaboração das normas infraconstitucionais. Constituição material, por sua vez, representa o compêndio daquelas normas que tutelam o conteúdo comumente reputado como necessário em qualquer Constituição.

É verdade que, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, as constituições passaram a incluir, em seu corpo normativo, os mais variados temas, constitucionalizando matérias que, outrora, estavam relegados ao plano infraconstitucional. Atualmente, tem-se, portanto, constituições que apresentam gritantes distinções no tocante ao seu aspecto material⁵³, de modo que a identificação da norma enquanto constitucional passa, necessariamente, pelo critério formal outrora analisado.

Contudo, também é cediço que, conforme lembra Karl Loewenstein, citado por Marcelo Novelino, a própria noção de constitucionalismo identifica-se com a limitação do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, de modo que se torna insofismável a associação entre o termo constituição e aquele conjunto de normas essenciais à garantia dos direitos fundamentais e à organização e delimitação do poder político, advindos de uma decisão política fundamental (LOEWENSTEIN, 1970 apud NOVELINO, 2021).

⁵² Reis Friede apresenta uma interessante distinção entre constituição formal e norma formalmente constitucional, que merece ser aqui transcrita: “*Constituição material diz respeito ao ordenamento político-jurídico fundamental do Estado, independente de sua formalização, incluindo-se, nesta categoria, apenas as normas materialmente (ou substancialmente) constitucionais. Constituição formal, em contraste, retrata uma formalização própria do ordenamento (inclusive através de uma eventual codificação), permitindo a coexistência entre as normas materialmente constitucionais e as normas formalmente constitucionais. A advertência anterior objetiva afastar qualquer equivocada compreensão que possa sugerir a existência de sinonímia entre as expressões norma materialmente constitucional e Constituição material, e entre norma formalmente constitucional e Constituição formal*” (FRIEDE, 2020, p. 2). Em suma, norma formalmente constitucional, de certa forma, representa um conceito ao mesmo tempo formal – na medida em que analisa o processo legislativo de formação da norma – e material – considerando que o conteúdo da norma não corresponde àquela matéria comumente associada à carta magna.

⁵³ A Constituição de 1988, aliás, é um ótimo exemplo de uma constituição analítica ou prolixa, isto é, de uma carta magna que reúne, em seu conteúdo, matérias outrora reputadas como infraconstitucionais. Como exemplo, tem-se a regulação, em sede constitucional, até mesmo do exercício da atividade de garimpo (art. 174, § 3º e § 4º).

Nesse sentido, Paulo Bonavides apresenta alguns tópicos que, em sua opinião, não podem estar ausentes de uma constituição:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição (BONAVIDES, 2016, p. 80).

Dessarte, não obstante a existência de divergências na doutrina no tocante ao conteúdo das normas materialmente constitucionais, todos são unânimes em defender que a tutela do modelo institucional do Estado – incluindo, portanto, a forma de Estado – deve compor o conteúdo de qualquer constituição. Nessa toada, depreende-se ser imprescindível o respaldo constitucional à forma federalista em um Estado Federal.

É cediço, no entanto, que a mera definição do federalismo enquanto forma de Estado não preenche a necessária regulação da matéria na constituição. Afinal, conforme observado no tópico anterior, a estruturação da forma federalista, com a consequente repartição das competências entre os entes federativos, a atribuição de renda própria, o grau de abrangência da sua autonomia e a sua participação na vida política do poder federal, apenas pode ser realizada por intermédio de normas de caráter verdadeiramente nacional, inseridas em um texto normativo que vincule a atuação de todos os membros da federação e a eles se sobreponha. Em suma, há de se ter uma clara definição dos contornos do federalismo já no texto constitucional – o que, obviamente, não exclui a regulação complementar da matéria no plano infraconstitucional.

Restando esclarecido que a forma federativa de Estado deve, impreterivelmente, compor o conteúdo constitucional de um Estado Federal, convém esclarecer a relevância de tal constatação. Para tanto, utilizar-se-á, agora, do conceito de constituição formal outrora elencado.

Consoante clássica lição de Hans Kelsen, as normas inseridas em determinado ordenamento jurídico não estão inseridas no mesmo plano hierárquico. Não há, pois, uma horizontalidade na produção normativa, se não uma estrutura que mais se assemelharia a uma pirâmide. Rememore-se, pois, os pertinentes comentários elencados pelo autor austríaco:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma (...) (KELSEN, 1998, p. 155).

Em suma, o Direito Positivo é composto por normas em diferentes níveis hierárquicos, dispostos de tal modo que cada norma extrai o seu fundamento de validade daquela norma que lhe seja imediatamente superior, e assim sucessivamente, bem como nela encontrando o seu limite no tocante à forma e ao conteúdo.

Suprimindo a ideia da Norma Fundamental concebida por Kelsen, o próprio autor reconhece que “*se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado*” (KELSEN, 1998, p. 155). É dizer, as normas constitucionais ocupam o lócus hierárquico central de qualquer ordenamento jurídico fundado em um Estado Moderno de Direito de matriz constitucional, conferindo validade e impondo limites às demais normas infraconstitucionais. Em suma, as leis e demais atos normativos infralegais devem ser produzidos em consonância com a forma e com o conteúdo determinado pela constituição.

A supremacia das normas constitucionais fundamenta, portanto, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos que ultrapassem ou desrespeitem a ordem constitucionalmente estabelecida. Dessarte, mediante procedimento previsto na Carta Magna, as normas reputadas como inconstitucionais, ante o vício de validade que as macula, deverão ser declaradas nulas, com os efeitos retroagindo à data de sua declaração⁵⁴.

Questão distinta reside em delimitar a exata dimensão da incidência normativa das normas constitucionais no plano infraconstitucional. Em outras palavras, questiona-se em que medida e em que extensão o conteúdo normativo de uma norma constitucional pode ser tomado enquanto paradigma de validade para as normas que lhes são hierarquicamente inferiores.

⁵⁴ Conforme bem destacado por Marcelo Novelino, a natureza da norma constitucional é objeto de controvérsia na doutrina. Todavia, no Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a sua natureza é a de ato nulo, acolhendo, portanto, a teoria da nulidade (NOVELINO, 2021, p. 191). Para um maior aprofundamento, ler a obra deste autor e de Paulo Bonavides (2016, p. 341-351).

Com o objetivo de responder a indagação acima suscitada, convém destacar, inicialmente, o atual paradigma jusfilosófico que impera no Direito Ocidental, a saber, o juspositivismo - que, por sua vez, se constituiu no marco filosófico do neoconstitucionalismo. Luís Roberto Barroso, em precisa ilação acerca deste novo modelo constitucional, assim preleciona:

“o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (BARROSO, 2005, p. 11-12).

Dessarte, o neoconstitucionalismo surge com o objetivo de propor uma abordagem fundamentalmente diferente daquela anteriormente empregada para a interpretação e a aplicação das normas constitucionais. A constituição passa a ser compreendida, não apenas como um instrumento para a limitação do poder político, mas sim, como o paradigma valorativo de todo o ordenamento jurídico.

É interessante destacar que, apesar de a constituição – conforme formulação teórica empreendida por Kelsen – já se encontrar no topo hierárquico do ordenamento jurídico positivista, a imposição da força normativa das normas constitucionais, conforme bem destaca Walber Agra, passa a não se restringir somente ao seu aspecto puramente formal-hierárquico. De fato, a constituição passa a ser considerada como “um valor em si”, irradiando o seu conteúdo normativo e axiológico para todo o sistema jurídico (AGRA, 2014, p. 45)⁵⁵.

A conclusão, portanto, reside no fato de que a supremacia das normas constitucionais e, portanto, a análise acerca da constitucionalidade das leis e atos normativos inferiores no plano hierárquico, deve levar em consideração todo o aparato axiológico que fundamenta a norma constitucional. A forma federalista de Estado, conquanto integrante da Constituição e

⁵⁵ De fato, o impacto deste novo pensamento foi marcante. Os sistemas jurídicos ocidentais, em sua maioria, assistiram, nas últimas décadas, à expansão da jurisdição constitucional para todo o ordenamento jurídico, em um fenômeno que promoveu a inserção do conteúdo axiológico das normas constitucionais em ramos do Direito outrora intocáveis, a exemplo do Direito Civil. Para maiores informações acerca do tema, ler a exposição de Barroso (2018, p. 281-282) acerca do fenômeno da constitucionalização do direito.

nos exatos termos por ela regidos, constitui-se em paradigma hierárquico e valorativo que confere validade e limita as normas infraconstitucionais que também se prestam a regular alguns aspectos da temática – devendo as suas delimitações constitucionais, lato sensu, gozarem de proteção na Corte Constitucional.

3.2 O controle de constitucionalidade e a recepção das normas pré-constitucionais

No tópico antecedente, verificou-se que os ordenamentos jurídicos modernos foram edificados sob uma estrutura hierárquica, de modo que cada norma extrai o seu fundamento de validade daquelas normas que lhes são imediatamente superiores. Em última análise, em razão do seu lócus hierárquico, todas as normas infraconstitucionais – especialmente após o advento do neoconstitucionalismo – retiram o seu fundamento de validade da constituição, circunstância que permite o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos.

O argumento acima consignado, contudo, toma como pressuposto a contemporaneidade entre a norma constitucional paradigma e aquela infraconstitucional objeto do controle de constitucionalidade. É dizer, o controle de constitucionalidade foi desenvolvido com base em uma análise comparativa na qual ambas as normas foram produzidas sob a égide e uma mesma ordem constitucional.

Situação distinta, no entanto, reside na aplicação do controle de constitucionalidade às leis e atos normativos produzidos antes do advento da constituição paradigma. É dizer, questiona-se se a norma-objeto, outrora compatível com a ordem constitucional pregressa, poderia ser declarada inconstitucional com base na constituição em vigor, em um fenômeno intitulado como inconstitucionalidade superveniente.

O STF, no entanto, tendo a oportunidade de analisar a temática em algumas ocasiões, rechaçou a teoria da inconstitucionalidade superveniente⁵⁶. Com o propósito de demonstrar a posição adotada pela Corte Constitucional, colaciona-se o voto do então Ministro Paulo

⁵⁶ Pena de Moraes, contudo, adverte que: “malgrado a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal seja firmada no sentido contrário, a doutrina prevalecente salienta a tendência de considerar a inconstitucionalidade superveniente como efeito da incompatibilidade entre uma norma infraconstitucional e outra norma constitucional superveniente, prescrita por nova Constituição ou reforma constitucional, à luz do art. 1º, parágrafo único, inc. I, da Lei nº9.882/99” (MORAES, 2010, p. 143).

Brossard, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2/DF - julgada em 1992 e, portanto, após o advento da CRFB/88:

Disse-se que a Constituição é a lei maior, ou a lei suprema, ou a lei fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração.

Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.

O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente.

É por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham.

(ADI 2/DF, Relator(a): Min. Paulo Brossard, julgado em 06/02/1992, DJe 21/11/1997).

Em outro voto elucidativo do entendimento da Suprema Corte, proferido nos autos do RE 396.386/SP, o relator, Ministro Carlos Velloso, consignou que:

(...) não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis.

(RE 396386/SP, Relator(a): Min. Carlos Velloso, julgado em 29/06/2004, DJe 13/08/2004).

Dessarte, afastada – ao menos, para o ordenamento jurídico brasileiro - a possibilidade de declaração de constitucionalidade das leis e atos normativos prévios à Carta Magna de 1988, perdura, no entanto, o problema referente ao tratamento daquelas normas infraconstitucionais anteriores à atual constituição que, contudo, não mais se compatibilizam em termos materiais com a ordem constitucional em vigor. Afinal, a sua subsistência no ordenamento jurídico representa a perpetuação de antinomias indesejadas e o abrandamento do princípio da supremacia da constituição.

Por outro lado, conforme bem destaca Reis Friede, com o advento da nova ordem constitucional, não seria coerente reiniciar, por completo, a construção do ordenamento infraconstitucional, sendo muito mais apropriado aproveitar as normas pregressas, quando compatíveis com o atual paradigma constitucional, naquilo que se conhece como o princípio da continuidade da ordem jurídica (FRIEDE, 2019). A impossibilidade de imediata regulação de todo o plano infraconstitucional faz com que não seja possível a existência exclusiva de normas criadas no esteio da nova ordem constitucional.

A teoria jurídica, atenta a tais premissas, desenvolveu a teoria da recepção, fenômeno de direito intertemporal que, aplicada à seara constitucional, se caracteriza exatamente por oferecer uma solução de continuidade e de conexão entre as ordens jurídicas separadas no tempo, preservando o conteúdo que lhes seja comum – mas conferindo às normas recepcionadas, no entanto, um novo fundamento de validade. Bobbio, em salutar ilação, assim explica o instituto:

É certo, portanto, que com a revolução tem-se uma interrupção na continuidade: ela é como um divisor de águas entre um ordenamento e outro. Mas essa divisão é absoluta? O ordenamento velho e o novo estão em relação de exclusão recíproca entre si? Eis o problema. Mas a resposta só pode ser negativa: a revolução opera uma interrupção, mas não uma completa solução de continuidade; há o novo e o velho; mas há também o velho que se transvasa no novo, e o novo que se mistura com o velho. É um fato que, normalmente, parte do velho ordenamento passa para o novo, e apenas alguns princípios fundamentais referentes à constituição do Estado se modificam. Como se explica essa passagem? A melhor explicação é aquela que recorre afigura da recepção. No novo ordenamento tem lugar uma verdadeira e autêntica recepção de boa parte do velho; e entendem-se de fato recebidas todas aquelas normas que não sejam explícita ou implicitamente ab-rogadas (BOBBIO, 1995, p. 177).

A recepção, portanto, se caracteriza pelo acolhimento das leis e atos normativos editados de forma progressiva à atual constituição, desde que compatíveis consigo. Em oposição, na hipótese de perda da compatibilidade com a constituição, efetuar-se-á a sua não recepção⁵⁷ – e não a declaração de sua inconstitucionalidade, portanto.

⁵⁷ Conforme destaca Marcelo Novelino, é errado afirmar que a antítese da recepção seria a revogação, eis que, nesta, pressupõe-se a existência de normas com semelhante densidade normativa e emanadas do mesmo poder (NOVELINO, 2021).

Em relação ao fenômeno da recepção, duas considerações devem ser, de imediato, expostas. Primeiramente, é válido ressaltar que a recepção opera de forma automática, isto é, presume-se que a norma editada sob a égide de outra constituição seja compatível com a nova ordem constitucional, pelo que apenas a não recepção há de ser declarada⁵⁸. Trata-se, pois, de uma consequência do princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público (NOGUEIRA, 2009).

A automática recepção das normas pretéritas à constituição é, com efeito, essencial, para a própria utilidade deste fenômeno intertemporal. Afinal, se todas as normas infraconstitucionais pregressas necessitassem de prévia análise para que continuassem a irradiar os seus efeitos, ter-se-ia uma profusão inviável de questionamentos que apenas enrijeceria a ordem jurídica.

Ademais, é mister ressaltar que a recepção incide apenas em face do conteúdo da norma-objeto, isto é, traduz-se na análise, tão somente, da compatibilidade em seu aspecto material com a norma constitucional paradigma. Nesse sentido, assim preleciona Reis Friede:

(...) a nova ordem constitucional inaugurada sempre recebe a normatividade infraconstitucional que lhe é perfeitamente compatível, ainda que tal acolhimento possa ocorrer a partir de uma nova “roupagem normativa”, originando, pois, o fenômeno da recepção, segundo o qual a legislação infraconstitucional produzida antes da instalação de uma nova Constituição será considerada acolhida pelo novel Texto Magno, continuando, por princípio de economia e segurança legislativa, a vigor no âmbito próprio de sua atuação ordinária (FRIEDE, 2019, p. 21).

É dizer, não se analisa a incompatibilidade formal, pelo que, se o seu conteúdo condiz com o aspecto material da nova constituição, a recepção irá conferir nova roupagem à norma infraconstitucional, adequando-se, agora, à ordem constitucional vigente⁵⁹.

Não se olvide, contudo, que, conforme destaca Paulo Gustavo Gonet Branco, há necessidade de compatibilidade formal entre a norma-objeto e a constituição em vigor ao

⁵⁸ Nesse sentido, a despeito de não ser cabível o controle de constitucionalidade superveniente no Direito Pátrio, o instrumento, por excelência, apto a questionar a compatibilidade material entre a norma pré-constitucional e a Constituição é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental — ADPF, introduzida pela Lei n. 9.882/99.

⁵⁹ Como exemplo, tem-se o Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40), editado à luz da constituição de 1937 sob a forma de decreto-lei, instrumento que, contudo, inexistia na Carta Magna de 1988, pelo que a norma em comento foi recepcionada com o status de lei ordinária, nos termos do art. 47 da CRFB/88.

momento da sua edição. Nesse sentido, se a norma infraconstitucional já era formalmente inválida, não pode a nova ordem constitucional suplantar o vício que a maculava desde a sua origem:

(...) uma vez que vigora o princípio de que, em tese, a inconstitucionalidade gera a nulidade — absoluta — da lei, uma norma na situação em tela já era nula desde quando editada, pouco importando a compatibilidade material com a nova Constituição, que não revigora diplomas nulos (BRANCO, 2010, p. 283).

Afinal, se a norma-objeto não se encontrava respaldada pela ordem constitucional que lhe conferia validade, decerto, quando do advento da novel constituição, aquela já não se encontrava regularmente disposta no plano jurídico.

Por fim, torna-se interessante destacar interesse ilação comandada por José Afonso. O festejado constitucionalista, tratando acerca da recepção no plano constitucional, aduz que, a despeito de tal fenômeno operar-se mediante a análise acerca da compatibilidade material da norma-objeto em face da atual constituição, tal fato não indica que o seu conteúdo e, mais importante, a sua aplicabilidade, restarão inalteradas. Afinal, conforme destaca o autor:

(...) cumpre ressaltar que a continuidade da legislação precedente constitui um aspecto da eficácia construtiva das normas constitucionais, visto que essa legislação recebe da nova carta política outro jato de luz revivificador que a revaloriza para a ordem jurídica nascente. São as normas anteriores como que recriadas pela constituição que sucede. É esse o fenômeno que a técnica jurídico-constitucional denomina recepção da lei anterior (...). Mas não se trata de mera recepção fria e passiva, porque, em verdade, como se disse acima, há uma recriação, uma revivificação. (...) Elas não são idênticas às velhas leis, porque o fundamento de sua validade é diverso. (SILVA, 2015, p. 216).

Trazendo à práxis o argumento acima elencado, depreende-se que a norma recepcionada, ainda que materialmente compatível com a nova ordem constitucional, não permanece imutável em seu conteúdo, conquanto os princípios e valores fundantes da atual carta magna devam irradiar na sua aplicação.

Este é, portanto, o paradigma que deve ser levado em consideração quando da análise acerca da compatibilidade entre o parágrafo único do art. 187 do CTN e o parágrafo único do art. 29 da LEF em face da Constituição de 1988, objeto da ADPF 357/DF, que será devidamente destrinchada no último capítulo deste trabalho.

4 O CONCURSO DE PREFERÊNCIA ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO

4.1 Breves considerações acerca do processo de arrecadação fiscal

No primeiro capítulo, foi demonstrado como a necessidade de obtenção de receitas afigura-se como fundamental para assegurar a autonomia dos entes federativos e, assim, confluir para o equilíbrio na distribuição espacial do poder em um Estado Federal. A sua importância, contudo, não se esgota em tal aspecto. Com efeito, o Estado - ora tratado em sua unidade, isto é, como a pessoa jurídica de direito público externo - não prescinde da atividade arrecadatória para a consecução das suas finalidades institucionais e, em última medida, para a sua própria existência. Imprescindível, portanto, o estudo do processo de arrecadação fiscal estatal, cujo provento é juridicamente denominado como receita pública.

De imediato, é válido destacar que o art. 57 da Lei n.º 4.320/64, que estatui normas gerais de Direito Financeiro, apresenta uma definição ampla do termo “receita pública”, albergando quaisquer acréscimos ao patrimônio público, sejam eles definitivos ou não – ressalva-se que o excerto legal em comento expressamente menciona, inclusive, as receitas provenientes de operações de crédito, ainda que não previstas no Orçamento Público. Trata-se, pois, de um conceito que vai na contramão daquele empregado por renomada parcela da doutrina nacional, a exemplo de Aliomar Baleeiro, que considera como receita pública apenas as entradas que *“integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem a crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”* (BALEIRO, 1997, p. 125).

Dito isso, é importante destacar que o processo de obtenção de receitas públicas sofreu radicais transformações ao longo do desenvolvimento do Estado Moderno. Marcus Abraham bem ilustra a mudança paradigmática que acompanhou o processo de arrecadação estatal, justificando, aliás, a própria criação de uma disciplina jurídica voltada à matéria:

Até fins do século XVIII e início do século XIX, não se podia falar em finanças públicas e, muito menos, em uma atividade financeira estatal destinada às necessidades coletivas.

(...)

Porém, até então, os governantes, para fazer face às despesas necessárias à sua existência e ao cumprimento de suas propostas e ideias, valiam-se de vários meios universalmente conhecidos, tais como as guerras de conquistas, as extorsões de outros povos e colônias, as doações voluntárias, a fabricação de moedas metálicas ou de papel-moeda, a exigência de empréstimos ou mesmo de confiscos, pelas rendas produzidas por seus bens e suas empresas, pela imposição de penalidades e, especialmente, pelo tributo (desprovido, inicialmente, das características de justiça que temos hoje) (ABRAHAM, 2018, p. 29).

Dessarte, observa-se que, nos Estados Absolutistas, e até a consolidação das revoluções liberais europeias, as receitas públicas sequer eram compreendidas como tal, uma vez que o patrimônio daqueles que detinham o poder se confundia com o próprio patrimônio estatal – fazendo jus à famosa frase empregada por Luís XIV, monarca francês: “*L’État c’est moi*”. A manutenção do Estado, com efeito, dependia, em suma, da exploração da atividade econômica promovida pelo próprio ente estatal, através da subjugação de outros povos ou, de forma desmedida, em face do patrimônio dos súditos, sem qualquer restrição legal.

O triunfo do movimento liberal, consolidado através da afirmação de direitos fundamentais negativos ou de primeira dimensão, que impõem um dever de abstenção estatal com vistas a salvaguardar a liberdade do indivíduo, promoveu duas consequências: a) a redução do papel econômico do Estado, de modo a consagrar o domínio privado na condução das relações econômicas; b) e o princípio da reserva legal como condição para a atuação do poder público.

No campo do Direito Financeiro, tais consequências redundaram na necessidade de alteração das fontes primárias de renda do Estado, de modo que, atualmente, as receitas estatais provêm, essencialmente, da obtenção de recursos oriundos do patrimônio dos cidadãos, executada “*por força da soberania do Estado em instituir, através do Poder Legislativo, normas tributárias e de penalidades pecuniárias*” (ABRAHAM, 2018, p. 140). Com efeito, os tributos passam a ocupar o *locus* central no planejamento financeiro do Estado e das suas unidades federativas.

A lógica que justifica a mudança no paradigma arrecadatório, instaurando um regime que consagra a disponibilidade patrimonial dos contribuintes para o fisco e a obrigatoriedade da sua contribuição, perpassa pela doutrina do dever fundamental de pagar tributos. Em outras palavras, como contrapartida pela garantia dos direitos e liberdades assegurados pelo Estado, torna-se legítimo, ainda que em um Estado Democrático de Direito, a compulsoriedade na

prestação de uma pecúnia para o financiamento e sustento do aparato estatal. Nesse sentido, colaciona-se interessante digressão de José Casalta Nabais, grande expoente da temática:

E uma primeira verificação, que devemos desde já assinalar a tal respeito, é esta: os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos.

(...)

O que significa que os actuais impostos são um preço: o preço que todos, enquanto integrantes de uma dada comunidade organizada em estado (moderno), pagamos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro (NABAIS, 2007, p. 11, 14).

É certo, contudo, que a compulsória cobrança proveniente do Ente Público há de ser realizada sob parâmetros de razoabilidade, previsibilidade e, sobretudo, em estrita atenção ao princípio da reserva legal ou legalidade estrita, sob pena de ofensa àquela tênue linha que separa o carácter contributivo dos tributos daquele desígnio confiscatório, maculando o ideal democrático outrora mencionado.

Nesse sentido, a materialização do vínculo obrigacional de natureza tributária entre a pessoa jurídica de direito público e o contribuinte depende de prévia cominação legal descrevendo a hipótese fática *in abstracto* – o fato gerador, nos termos dos arts. 114 e 115 do CTN. Portanto, a vinculação do contribuinte ao pagamento de determinado tributo depende da concretização do fato gerador no mundo dos fatos.⁶⁰ É o que preleciona Kiyoshi Harada, para quem:

Pode-se definir a obrigação tributária como uma relação jurídica que decorre da lei descritiva do fato pela qual o sujeito ativo (União, Estados, DF ou Município) impõe ao sujeito passivo (contribuinte ou responsável tributário) uma prestação consistente em pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, § 1º, do CTN), ou prática ou abstenção de ato no interesse da arrecadação ou da fiscalização tributária (art. 113, § 2º, do CTN) (HARADA, 2018, p. 663).

⁶⁰ Conforme bem destacado por Luciano Amaro, “(...) a obrigação, no direito tributário, não possui conceituação diferente da que lhe é conferida no direito obrigacional comum” (AMARO, 2006, p. 245). A sua peculiaridade reside no seu objeto, que sempre será uma prestação de natureza tributária, pelo que, em se constituindo em obrigação de direito público, gera as seguintes consequências: a) a atividade de constituição do crédito gerado pela obrigação tributária é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, salvo se existente exceção prevista em lei; e b) a prescindibilidade de manifestação do sujeito passivo dirigida à sua criação – a obrigação tributária é, portanto, *ex lege*.

Luciano Amaro, em interessante e concisa ilação, afirma que “(...) *há incidência de tributo quando determinado fato, por enquadrar-se no modelo abstratamente previsto pela lei, se juridiciza e irradia o efeito, também legalmente previsto, de dar nascimento a uma obrigação de recolher tributo*” (AMARO, 2006, p. 279).

Contudo, a ocorrência do fato gerador, ainda que suficiente para instaurar o vínculo obrigacional tributário, em regra⁶¹, não conduz à sua imediata exigibilidade, eis que a obrigação ainda se encontra despida de liquidez e certeza. Tal processo apenas se concretizará mediante a formalização do lançamento fiscal e o vencimento do débito, nos termos do art. 142 do CTN, *in verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Dessarte, mediante o lançamento fiscal,⁶² a autoridade administrativa converterá a obrigação ilíquida em crédito tributário, mediante a apuração da ocorrência do fato gerador, a declaração do vínculo obrigacional, o cálculo do *quantum* devido, a definição do sujeito passivo e, eventualmente, a aplicação da penalidade cabível.

Do ponto de vista material, conforme lembra Harada, a obrigação e o crédito tributário se confundem⁶³. A distinção entre tais espécies pode ser esclarecida, conforme efetuado por Ruy Barbosa Nogueira, em citação promovida por Harada, a partir da aplicação dos conceitos alemães de *haftung* (responsabilidade) e *schuld* (dívida)⁶⁴. Nesse sentido, é possível observar

⁶¹ Diz-se em regra porque, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos termos do art. 150 do CTN, o tributo torna-se exigível a partir da ocorrência do fato gerador, devendo o sujeito passivo antecipar o pagamento, ainda que sem prévio exame da autoridade administrativa, conduta que extinguirá o crédito tributário já constituído (art. 150, § 1º, do CTN).

⁶² Em relação à natureza jurídica do lançamento, Harada assim se posiciona: “*O legislador brasileiro, superando a interminável discussão acerca da natureza jurídica do lançamento, fixou-se na tese de que ele tem efeito meramente declaratório da obrigação tributária, mas constitutivo do crédito tributário*” (HARADA, 2018, p. 688).

⁶³ É válido salientar, ainda, que a obrigação tributária é autônoma face ao crédito tributário, podendo aquela subsistir sem esta, de ordem que, nos termos do art. 140 do CTN, as circunstâncias que modificam o crédito tributário não afetam a obrigação correlata.

⁶⁴ Na teoria das obrigações, a distinção foi primeiro aduzida na Alemanha, razão pela qual se mantém o vocábulo. Conforme preleciona Paulo Nader, *schuld* (dívida) indica que “*o obrigado deve satisfazer à sua dívida, cumprindo*

que o CTN define a obrigação tributária enquanto pretensão (*haftung*) e o crédito tributário enquanto dívida (*schuld*) (NOGUEIRA, 1989 apud HARADA, 2018).

O lançamento tributário, com efeito, é composto por diversos atos administrativos, e apenas restará concluído após a notificação do sujeito passivo para que solva o crédito já constituído. A partir de então, abre-se o prazo para que o contribuinte ou o responsável tributário efetue o pagamento ou impugne o lançamento através da reclamação administrativa.

Esgotado o prazo para pagamento ou advindo decisão administrativa desfavorável da qual não mais seja oportunizado recurso, o crédito tributário torna-se exigível – ainda que não exequível. O processo de exequibilidade do crédito, em razão do inadimplemento da parte devedora, apenas será concluído mediante a sua inscrição no Livro de Inscrição da Dívida Ativa, a ser promovida pela competente Procuradoria da Fazenda. É o que dispõem o art. 201 do CTN, o art. 39, §2º, da Lei nº 4320/64 e o art. 2º, § 4º, da Lei nº 6830/80.

A dívida ativa tributária traduz-se, portanto, naquele crédito tributário a ser cobrado e executado pelo Estado. Nesse sentido, a inscrição em dívida ativa “(...) constitui-se no ato de controle administrativo da legalidade, conferindo ao crédito tributário a presunção de liquidez e certeza, que lhe atribui força executiva, bem como o efeito de prova pré-constituída, conforme dispõe o art. 204” (HARADA, 2018, p. 756). Por sua vez, a Certidão de Dívida Ativa (CDA) gerada, nos termos do art. 784, IX, do CPC/15, configura-se como título executivo extrajudicial e, portanto, detém força executiva para ensejar a execução judicial para a cobrança do crédito tributário em face do devedor inadimplente (art. 783 do CPC/15).

Em suma, o tributo, desde o fato gerador, até a sua persecução na via judicial, passa pelas seguintes etapas e, em cada uma delas, detém as seguintes características, brilhantemente sintetizadas por Luciano Amaro:

(...) com a ocorrência do fato tributário (fato gerador), a obrigação tributária ganha existência; com o lançamento, ela torna-se atendível (no sentido de que o sujeito passivo está habilitado a efetuar o pagamento do tributo. e o credor, a recebê-lo); com o vencimento do prazo, a obrigação seria exigível pelo credor e realizável pelo

o dever mediante o adimplemento da prestação”. Haftung (responsabilidade), por sua vez, é “a presença da coação jurídica nas relações obrigacionais. Assim como a coação legal se mantém em estado de repouso e apenas se transforma em ato quando há quebra do dever jurídico, a força constritiva do credor se mantém como simples potência durante a relação obrigacional e somente investe contra o patrimônio do devedor, ocorrendo inadimplemento” NADER, 2016, p. 59).

devedor; esgotado o prazo de cobrança voluntária (dir-se-ia melhor, cobrança administrativa), procede-se à inscrição da dívida ativa, o que confere exequibilidade à obrigação tributária (possibilidade de cobrança judicial, via ação de execução) (AMARO, 2006, p. 337).

Munido da competente CDA, a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município (e respectivas autarquias) estarão hábeis para perseguir e executar judicialmente os seus créditos tributários. A via adequada para a cobrança judicial da dívida ativa resta consignada na Lei nº 6830/80, que prevê procedimento especial tanto – a saber, a Execução Fiscal.

Trata-se de solução encontrada pelo legislador para facilitar e agilizar o trâmite das execuções de créditos da Fazenda Pública – ainda que, supletivamente, o Código de Processo Civil (CPC) continue a regular a matéria. Dentre as peculiaridades de tal procedimento especial, destaca-se a suscinta definição dos requisitos da Petição Inicial, que, nos termos do seu art. 6º, apenas necessita indicar o juiz a quem se dirige, o pedido e o requerimento para a citação. As demais informações usualmente requeridas, com efeito, já se encontram previstas na CDA, documento, como visto, imprescindível para a instrução do processo. Não por acaso, o § 2º deste artigo ainda prevê a possibilidade de que a Inicial e a CDA possam constituir um único documento, preparado até mesmo por processo eletrônico.

Em suma, espera-se ter demonstrado a importância da Execução Fiscal enquanto instrumento judicial por excelência destinado a garantir a arrecadação dos créditos de natureza tributária – principal fonte de renda da Fazenda Pública – e, assim, garantir o cumprimento das finalidades institucionais e da manutenção do aparato administrativo de todos os entes políticos do Estado brasileiro. Realçado tal ponto, será analisado, no próximo tópico, uma questão em específico atinente à tal procedimento especial, qual seja: o concurso de preferência entre entes tributantes em face de créditos fiscais – tributários ou não - cobrados em sede de Execução Fiscal.

4.2 A positivação e o desenvolvimento do concurso de preferência no ordenamento jurídico pátrio

4.2.1 Delimitação conceitual do objeto de análise

Ab initio, é importante delimitar conceitualmente o objeto a ser analisado, qual seja, o termo “preferência”, quando aplicado às relações creditícias – em especial, às relações tributárias. O CTN, em seu capítulo VI, dedica uma seção exclusiva (Seção II) para tratar sobre as preferências do crédito tributário. Não obstante, é cediço que a terminologia empregada pelo legislador do Códex Tributário restou despida da devida tecnicidade, na medida em que confunde preferência com garantia – esta, gênero, na qual se incluem, como espécies, as preferências e os privilégios creditícios. Nesse sentido, segue-se a precisa advertência realizada por Aliomar Baleeiro:

As garantias são expressão amplíssima e genérica. Privilégios e preferências são garantias. Entretanto, nem toda garantia é um privilégio ou uma preferência. Configura garantia tudo que for conferir maior segurança, estabilidade ou facilidade ou comodidade ao crédito, podendo estar ou não referida ao Capítulo VI do CTN, razão pela qual o art. 183 estabelece não ser exaustivo o rol das garantias. Elas são, em sentido lato, fiança, responsabilidade, caução. Já privilégio é sempre prerrogativa, prevalência ou preeminência de um crédito sobre o outro. Se tal prevalência se dá em fase executiva, na ordem de pagamentos em concurso de credores, denomina-se preferência. Mas o CTN não guarda essa distinção de forma rígida, denominando de preferência o que é singela garantia (arts. 191, 192 e 193) (BALEIRO, 2005, p. 960).

Em suma, o CTN, entre os seus arts. 186 a 193, disciplina uma série de privilégios (e não apenas preferências) do crédito tributário em face de créditos de distintas naturezas, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho (art. 186, caput), bem como os extraconcursais, as importâncias passíveis de restituição e os créditos com garantia real, quando incidentes em processo falimentar (art. 186, parágrafo único, I).

É oportuno ressaltar que Aliomar Baleeiro, no excerto anteriormente colacionado, condiciona os privilégios e as preferências creditícias à existência de uma pluralidade de créditos (em especial, se tais créditos são de distintas naturezas). Trata-se, afinal, de um pressuposto lógico, na medida em que seria desarrazoado estabelecer uma ordem de prevalência se não há múltiplos créditos em discussão.

As preferências, outrossim, não prescindem de um requisito adicional, a saber, a pluralidade de credores, habilitados em um concurso, na fase de execução processual. Esta modalidade de garantia, portanto, apenas ocorrerá quando da existência de uma pluralidade de créditos em um concurso de credores.

4.2.2 A evolução legislativa do concurso de preferência

Superada esta breve introdução, a discussão que motiva o presente trabalho reside na seguinte indagação: na hipótese de existência de um concurso de credores envolvendo distintos entes da Federação (a União, os Estados, os Municípios e as suas respectivas autarquias), face a créditos de idêntica natureza - tributária ou não -, haveria uma ordem de preferência entre tais credores fazendários?

O Código Civil de 1916 (CC/16), com efeito, foi o pioneiro na abordagem da problemática acima apresentada. O antigo Códex dispunha de um título específico (Título IX) para disciplinar o concurso de credores, com ênfase nas preferências e privilégios creditórios. Inserido neste título, o seu art. 1571 rezava que “*A Fazenda Federal prefere à Estadual, e esta, à Municipal*”. Consagra-se, portanto, a imposição de uma ordem de preferência na hipótese de um concurso de credores entre os entes federados, desprestigiando aquelas pessoas jurídicas de direito público de caráter mais regionalizado. A União deveria predominar sobre os Estados, e estes, em face dos Municípios⁶⁵.

Subsequentemente, o Decreto-lei n.º 960/1938, que dispunha sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública – e, portanto, se constituía em norma mais especializada, quando comparada ao CC/16 -, em seu art. 60, parágrafo único⁶⁶, adotou idêntico posicionamento, excluindo, contudo, as autarquias do concurso de preferência creditício.

Cerca de três décadas depois, foi promulgada a Lei n.º 5.172/66, o Código Tributário Nacional (CTN), primeiro diploma legal a tratar sobre o Sistema Tributário Nacional e a estatuir normas gerais de direito tributário – atendendo ao comando programático já contido na Constituição de 1946, que estabelecia a necessidade de regulação infraconstitucional da matéria (VARSAÑO, 1996). Não obstante, no tocante ao concurso de preferência creditório entre os membros da Federação, foi repetido o regramento outrora vigente, conforme se observa a partir da redação do seu art. 187, parágrafo único, *in verbis*:

⁶⁵ Deve-se levar em conta, ainda, que os Municípios, à época, não gozavam de autonomia, circunstância apenas alcançada com a Constituição de 1988.

⁶⁶ Art. 60, Parágrafo único. 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.

Art. 187, Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I - União;

II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pró rata;

III - Municípios, conjuntamente e pró rata.

Posteriormente, o art. 29, parágrafo único, da Lei n. 6830/80, a Lei de Execução Fiscal (LEF), diploma que tornou a disciplinar, de forma especializada, a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, consignou, *ipsis litteris*, a previsão adotada no CTN, incluindo, contudo, as autarquias dos entes federados no concurso de credores:

Art. 29, Parágrafo Único - O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I - União e suas autarquias;

II - Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata;

III - Municípios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata.

É interessante notar, ademais, que a LEF não especificou se a dívida ativa objeto do concurso de preferência estaria relacionada aos créditos tributários ou não, pelo que se entende pela sua aplicabilidade à dívida ativa de natureza não tributária.⁶⁷

Esgotada a análise acerca do disciplinamento legal da matéria, torna-se fundamental compreender a evolução do entendimento jurisprudencial construído em face do concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público interno.

4.2.3 A percepção jurisprudencial acerca do tema

Ab initio, é oportuno ressaltar que, até o final da década de 60 do século passado, não foram encontrados posicionamentos jurisprudenciais que mereçam ser aqui consignados, eis que, conforme destaca Ana Paula Boeing, não havia dúvida quanto à constitucionalidade do concurso de preferência legalmente instituído (BOEING, 2020).

⁶⁷ Nesse sentido, prelecionam Regina Helena Costa (2018, p. 247) e Ana Paula Boeing, que assim se manifesta: “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” (BOEING, 2020, p. 91).

Isto porque, conforme já ressaltado no primeiro capítulo deste trabalho, nenhuma das constituições brasileiras vedavam, expressamente, a instituição de preferências entre os distintos entes federados, reservando-se a proibir a criação de distinções e preferências entre idênticas pessoas jurídicas de direito público interno (ou seja, entre os próprios Estados e entre os próprios Municípios) e entre os brasileiros (art. 8º, CREUB/91; art. 17, I, CREUB/34; art. 32, a, CEUB/37; art. 31, I, CEUB/46; e art. 9º, I, CRFB/67).

O panorama se altera, contudo, a partir do advento da EC n.º 1/69, mediante o seu art. 9º, I, que, pela sua importância, merece ser novamente transcrito:

Art. 9º. A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

I - criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra;

Utilizando uma interpretação literal ou gramatical do dispositivo supracitado, é indubitável que, mediante a expressa vedação à criação de quaisquer distinções ou preferências entre as pessoas jurídicas de direito público interno, por decorrência lógica, tornava-se incompatível com a ordem constitucional vigente o concurso de preferência creditório contido no CTN e na LEF.

A aparente – para não dizer flagrante – contradição entre a EC n.º 1/69 e os comandos legais do CTN e da LEF motivou o surgimento das primeiras controvérsias na seara jurisprudencial. O STF, contudo, pacificou a matéria a partir da edição, em 1976, da Súmula n.º 563, cujo enunciado assim previa:

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 súmula supracitada foi editada a partir da formação dos seguintes precedentes: RE 80.045/SP; RE 81.154/SP; RE 80.398/SP; RE 79.660/SP; e RE 79.128/SP. Dessarte, com o objetivo de compreender os fundamentos que motivaram o *decisum* do STF e, posteriormente, tecer as devidas considerações críticas, torna-se imprescindível analisar tais julgados.

O RE 79.128/SP foi interposto pelo Estado de São Paulo, tendo impugnado a preferência ofertada à União em concurso de credores falimentar. Na ocasião, o Relator, Min. Djaci Falcão, votou pelo não conhecimento do recurso, tendo defendido que a norma constitucional contida no art. 9º, I, da Constituição vedava, tão somente, a instituição de preferências de tratamento entre os indivíduos componentes dos entes federados. Em suma, a despeito da inovação constitucional, pugnou pela exata manutenção do entendimento prévio à EC n.º 1/69:

Na verdade, 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. Portanto, não há cogitar de afronta ao mencionado dispositivo.

(RE 79.128/SP, Relator(a): Min. Djaci Falcão, julgado em 10/09/1974, DJe 25/10/1974, p. 731).

Também relator no julgamento do RE 79.660/SP, o Min. Djaci Falcão novamente defendeu a possibilidade do concurso de preferências entre as pessoas jurídicas de direito público interno. Na ocasião, objetivando embasar a sua linha argumentativa, colacionou, em seu voto, trecho do parecer emitido por José Alves de Lima, que assim prelecionava:

O concurso de preferência entre créditos tributários, na falência, segundo a ordem prevista no CTN, não constitui privilégio que afronta o princípio da uniformidade determinado pelo art. 9, I, do Estatuto Maior, e, sim, norma de natureza tributária, editada pela pessoa de direito público interno competente para fazê-lo (...).

(RE 79.660/SP, Relator(a): Min. Djaci Falcão, julgado em 12/11/1974, DJe 21/02/1975, p. 152-153).

No julgamento do RE 81.154/SP, mais uma vez interposto pelo Estado de São Paulo, o relator, Min. Cordeiro Guerra, também se posicionou pelo não conhecimento do recurso, adotando idêntico posicionamento àquele acima colacionado:

Não conheço o recurso. 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 (...) A preferência em questão está fixada no Código Tributário Nacional, art. 187 e parág. único, que não se encontra revogado.

(RE 81.154/SP, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, julgado em 30/09/1975, DJe 21/11/1975, p. 502).

O Min. Cordeiro Guerra, por ocasião da sua relatoria no RE 80.398/SP, manteve o entendimento outrora consignado. Contudo, com o propósito de enriquecer o debate ora

proposto, convém colacionar um trecho do posicionamento ofertado pela Procuradoria-Geral da República, instada a se manifestar no processo:

Partindo de exegese puramente literal da referida cláusula constitucional, pretende a Recorrente que, com a vigência da Emenda n.º1, de 1969, revogado estaria o parágrafo único e seus incisos do art. 187 do Código Tributário Nacional.

Razão nenhuma, porém, socorre-lhe o entendimento, armado em interpretação absolutamente falsa do texto constitucional.

O que ali se teve em mira não foi, em verdade, derrogar a ordem de preferências fiscais estabelecidas pelo Código Tributário Nacional ou qualquer outro diploma legal, senão proibir o favorecimento entre quaisquer dessas pessoas jurídicas de direito público em prejuízo de uma terceira. Como exemplo, no caso citado pelo Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em que um Estado ou Município desse preferência aos bens produzidos em seu próprio território ou somente àqueles oriundos, com exclusividade, de determinado Estado ou Município. Esta sim, é a preferência aludida na Constituição e por ela terminantemente vedada.

(RE 80.398/SP, Relator(a): Min. Cordeiro Guerra, julgado em 11/04/1975, DJe 06/06/1975, p. 369-370).

Divergindo do entendimento majoritário, encontrava-se o Min. Aliomar Baleeiro, relator do RE n. 80.045/SP – em entendimento que, contudo, não foi acompanhado pelos demais ministros neste julgado⁶⁸. Contudo, torna-se mais que oportuno colacionar o voto do relator do recurso supracitado, especialmente porque, após o advento da EC n.º 1/69, o Min. Baleeiro reviu o seu posicionamento, passando a pugnar pela incompatibilidade do concurso de preferência entre os entes federados em face da Constituição:

Aqui temos caso novo, pelo menos para mim, por que se coloca o problema, no Supremo Tribunal Federal, à luz do art. 9º da Emenda 1/1969, que estatui claramente:

(...)

Parece-me, entretanto, que ele se impõe, a vedar essas preferências estatuídas pelo legislador ordinário.

(...)

⁶⁸ O Min. Rodrigues Alckmin, abrindo a divergência, efetuou um pequeno esboço histórico das Constituições pregressas e, em conclusão similar àquela exposta anteriormente neste trabalho, afirmou que: *“Parece-me, com a devida vênia, que essa substancial mudança de rumo na tradição de nosso direito (que não parificava tais créditos fiscais) não decorre da redação do art. 9º, inciso I, que foi tecnicamente menos preciso mas não visou a dilatar a área da igualdade dos Estados e dos Municípios, em tema de créditos fiscais, estendendo-a a todos e à União”*. (...) *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.* (RE 80.045/SP, Relator(a): Min. Aliomar Baleeiro, julgado em 03/11/1976, DJe 13/12/1976, p. 154-155).

Conheço e dou provimento, em parte para reconhecer que não há preferência entre qualquer dos litigantes, mas paridade dos respectivos créditos, privilegiados apenas em relação aos créditos de particulares, ressalvados os trabalhistas.

(RE 80.045/SP, Relator(a): Min. Aliomar Baleeiro, julgado em 03/11/1976, DJe 13/12/1976, p. 149-150).

É certo, no entanto, que prevaleceu, em todos os precedentes utilizados para a edição da Súmula n.º 563, a interpretação segundo a qual o modelo federativo de Estado em vigor não vedava a existência de uma hierarquia entre os entes federados, não devendo o art. 9º, I, da Constituição da época servir de base para a declaração de inconstitucionalidade (ou incompatibilidade, conforme já extensamente explanado no capítulo anterior) do art. 167, parágrafo único, do CTN.

O entendimento sumulado pela Suprema Corte, com efeito, pacificou a matéria no Poder Judiciário brasileiro por décadas, resistindo, inclusive, à promulgação de uma nova constituição - ainda que, em sede doutrinária, verificar-se-á uma perene resistência, ferozmente alavancada com o advento da Constituição de 1988.

Isto porque, a despeito do advento da atual Carta Magna, em 1988, que carrega consigo uma visão de Estado federalista absolutamente distinta do modelo anteriormente vigente, em nítido prestígio e incondicional resguardo à autonomia dos entes federados - ainda que nominalmente, alguns dispositivos coincidem com a Constituição pretérita - não houve a reapreciação da matéria por parte do STF.

Em verdade, localizam-se apenas duas decisões colegiadas proferidas pela Corte Constitucional acerca da temática, ao menos até o ajuizamento da ADPF 357/DF. Tratam-se de dois Agravos Regimentais em Agravos de Instrumento - AI 608.769-AgR e AI 745.114-AgR -, ambos julgados pela Segunda Turma.

É interessante destacar que, em ambos os casos, não houve uma análise detida acerca da compatibilidade - e, portanto, a recepção - da Súmula n.º 563 com a nova ordem constitucional. Com efeito, analisando trecho do primeiro julgado outrora citado, o Min. Eros Grau, relator do processo, tão somente reafirmou a possibilidade de subsistência das preferências legalmente instituídas em favor da União:

(...) a vedação estabelecida pelo art. 19, III, da Constituição Federal (corresponde àquele do art. 9º, I, da EC n. 1/69), não atinge as preferências estabelecidas por lei em favor da União Federal (...)

(AI 608.769-AgR/SP, Relator(a): Min. Eros Grau, julgado em 18/12/2006, DJe 23/02/2007, p. 1636).

Quando do julgamento da AI 745.114-AgR, o Min. Eros Grau, novamente relator, resumiu-se a aplicar a Súmula n.º 563 de forma automática, sem a (necessária) observância da sua recepção em face da nova ordem constitucional. Nesse sentido, ao analisar o *decisum a quo*, o ministro, tão somente, afirmou que: “(...) o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidada na Súmula n. 563 do STF (...)”. (AI 745.114-AgR/SP, Relator(a): Min. Eros Grau, julgado em 23/06/2009, DJe 07/08/2009, p. 4712).

Posteriormente, em 2012, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve a orientação da Suprema Corte no sentido de recepcionar o conteúdo do parágrafo único do art. 187 do CTN e do parágrafo único do art. 29 da LEF. Com efeito, aquele Tribunal, amparado pela Súmula n.º 563 daquela Corte, editou a Súmula n.º 497, cujo enunciado assim prescrevia: “os créditos das autarquias federais preferem aos créditos da Fazenda estadual desde que coexistam penhoras sobre o mesmo bem”.

É interessante notar que, conforme precisa ilação de Ana Paula Boeing, as decisões supracitadas, proferidas à luz da CRFB/88, restaram:

(...) 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 juízos de primeiro grau. Aliás, discussão substancial sequer existiu naqueles tribunais superiores na vigência da Constituição de 1988 (BOEING, 2020, p. 93).⁶⁹

Em suma, não houve uma efetiva análise acerca da recepção, não apenas dos dispositivos legais que autorizam o concurso de preferência entre as pessoas jurídicas de direito público interno, mas do próprio entendimento jurisprudencial sumulado sob a égide da Constituição pretérita. A similitude entre o teor do art. 9º, I, da CRFB/67 e o art. 19, III, da CRFB/88 foi motivo suficiente para que restasse acusada a manutenção do *status quo* da

⁶⁹ Idêntico entendimento, aliás, foi consignado pela Min. Carmen Lúcia, relatora da ADPF 357.

preferência entre os entes federados, a despeito da clara mudança de paradigma instaurada pela Carta Magna em vigor.

Restando concluída a análise acerca do concurso de preferência creditício entre pessoas jurídicas de direito público interno do direito brasileiro, fincam-se sólidos alicerces que permitirão uma maior compreensão acerca da ADPF 357/DF, objeto de análise no próximo capítulo.

5 A DECLARAÇÃO DE NÃO RECEPÇÃO PROFERIDA NA ADPF 357/DF

5.1 Relatório da Arguição

No dia 28/07/2015, foi protocolada, pelo Governador do Distrito Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 357, com requerimento de medida cautelar. Na ocasião, o Requerente questionava a recepção do parágrafo único do art. 187 do CTN e do parágrafo único do art. 29 da LEF pela CRFB/88, alegando serem estes dispositivos incompatíveis com o art. 1º, caput; art. 18; art. 19, III; e art. 60, § 4º, I, da Carta Magna de 1988.

Nessa toada, o Requerente se insurgiu contra a pertinência e a validade da Súmula n.º 563 do STF – que, como visto, declarou, à época da sua edição, a compatibilidade do parágrafo único do art. 187 do CTN com a ordem constitucional em vigor – ante o advento de uma nova constituição:

(...) ante a ausência de pronunciamento mais recente, permanece inscrito na Súmula desse c. Supremo Tribunal Federal o Verbete n. 563, aprovado na sessão plenária de 15.12.1976 (...) O que se roga demonstrar, daqui em diante, é que o posicionamento concretizado na Súmula 563, jamais formalmente afastado, se mostra absolutamente incompatível com o pacto federativo e com a nova ordem constitucional inaugurada pela Carta Política de 1988.

(...)

fixado o conteúdo e a abrangência dos dispositivos constitucionais que definem os traços do pacto federativo do Estado brasileiro na Carta de 1988, fica claro que o concurso de preferência estabelecido pelos dispositivos legais impugnados nesta ADPF viola não somente a literalidade dos artigos 1º, caput, 18, 19, inciso III, 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal, mas também o pacto federativo como um todo. Resta claro, portanto, que não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

(ADPF 357/DF, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/06/2021, DJe 07/10/2021, p. 7-8).

Sustentou o Requerente, pois, a tese da incompatibilidade da instituição de preferências creditícias entre os entes federados face ao pacto federativo instaurado em 1988, sob pena de ofensa à autonomia dos Estados e Municípios. Nesse sentido, defendeu, ante a ocorrência de um concurso creditício fazendário, que o crédito seja igualmente rateado entre as pessoas jurídicas de direito público credoras:

“(…) à luz da Constituição de 1988, deve prevalecer a visão então defendida pelo Ministro Aliomar Baleeiro, no sentido de que não se pode dizer que o crédito da União prefere ao dos Estados e desses ao dos Municípios. Na hipótese de execuções de ambos os entes, deve haver um rateio entre o crédito obtido

(…)

sendo a arrecadação de tributos absolutamente necessária à manutenção da condição de autonomia numa federação, de forma a prover condições para viabilizar o cumprimento das obrigações sociais, às quais todos os entes se encontram vinculados, não há como se cogitar a instituição de privilégios injustificados na cobrança de tributos por quaisquer dos entes em detrimento dos outros (p. 8).

O Presidente do Senado Federal⁷⁰ e o Presidente da República, instados a se manifestar, foram na contramão do Requerente, defendendo a recepção daquelas normas infraconstitucionais. Convém, aliás, transcrever trecho da manifestação deste último, que assim consignou:

(…) o critério distintivo estabelecido pela regra legal do concurso de preferência em favor da União, lida à luz da CR/88, repousa precisamente no conjunto de atribuições federativas compelidas ao ente central político (federalismo cooperativo), e não em mera superioridade hierárquica desprovida de fundamento, como alega a parte autora da presente ação (p. 10).

Ademais, naturalmente, a Advocacia Geral da União emitiu Parecer em defesa dos dispositivos legais objeto da ADPF, pugnando pelo não conhecimento da Arguição e pela improcedência do pedido. A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, em que pese tenha se manifestado favoravelmente ao conhecimento do recurso, no mérito, opinou pela sua improcedência:

(…) 1. O tratamento prioritário concedido à União no concurso de preferências, ao contrário de ofender o princípio federativo, dá-lhe efetividade, por permitir que os recursos arrecadados sejam empregados na correção de desequilíbrios regionais (p. 10).

Por fim, convém destacar que, considerando a relevância da matéria em debate, bem como a representatividade dos postulantes – afinal, a discussão empreendida na ADPF 357/DF impacta decisivamente na arrecadação fiscal de todos os membros da Federação -, vinte

⁷⁰ O Chefe do Congresso Nacional amparou-se na (até então) consolidada jurisprudência do STF e do STJ para defender a sua posição: “considerando a existência de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, os dispositivos impugnados, ao contrário do que alega o Governador do Distrito Federal, foram recepcionados pela Constituição de 1988, não comportando a ADPF procedência (p. 9).

Estados brasileiros⁷¹, o Distrito Federal e o Município de São Paulo solicitaram, e foram admitidos, como *Amici Curiae* no processo.

Originalmente, o relator desta Ação era o Min. Dias Toffoli. Contudo, no dia 13/09/2018, fora ele substituído pela Min. Carmen Lúcia. Esta, por sua vez, tendo conhecido a Ação e enfrentado o mérito da causa, votou pela procedência do pedido, declarando a não recepção, pela CRFB/88, das normas previstas no parágrafo único do art. 187 do CTN e do parágrafo único do art. 29 da LEF. Ademais, votou pelo cancelamento do enunciado da Súmula n.º 563, face à sua contrariedade com a nova Constituição.

O entendimento da relatora foi acompanhado pela maioria dos Ministros que, em Sessão Plenária, no dia 24/06/2021, conheceram e julgaram procedente o pedido formulado, em idêntico teor àquele consignado pela relatora. Restaram vencidos o Min. Dias Toffoli, que julgou a arguição improcedente, e o Min. Gilmar Mendes, que julgou o feito parcialmente procedente, para dar interpretação conforme a constituição⁷².

Com o objetivo de estabelecer uma dialética acerca da compatibilidade ou não dos dispositivos legais impugnados em face da CFRB/88, analisar-se-á, em sequência, os principais fundamentos empregados pela relatora, a Min. Carmen Lúcia, e pelo Min. Dias Toffoli.

5.2 O voto da relatora, Min. Carmen Lúcia

Tendo pugnado pelo cabimento da Arguição ora em discussão, a Min. Carmen Lúcia, em sequência, também reconhece a pertinência do seu objeto. Afinal, conforme por ela consignado: “*Após a promulgação da Constituição de 1988, o Plenário deste Supremo Tribunal não analisou a validade constitucional da Súmula n. 563 tendo como parâmetro a ordem constitucional estabelecida pela Constituição de 1988*” (p. 17-18). Tornava-se necessário, pois, revisitar a matéria à luz dos princípios fundantes da Carta Magna de 1988.

⁷¹ Os Estados que ingressaram no feito foram: Acre, Alagoas, Amazonas, Goiás, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina e Sergipe.

⁷² Em seu voto, o Min. Gilmar Mendes pugnou pela interpretação conforme a Constituição somente ao Art. 29, parágrafo único, da Lei 6.830/80, sem redução de texto, reconhecendo a sua não recepção quanto a créditos não tributários, permanecendo válida a ordem de preferência quanto aos créditos tributários.

Após realizar uma digressão histórica da matéria, a Ministra atribuiu a adoção do concurso de preferência entre os entes federados à *“origem centrífuga do federalismo adotado como forma de Estado no Brasil”* (p. 35). Ademais, reconhece ela o caráter meramente nominal ou formal do federalismo vigente na CRFB/67 e na EC n.º 1/69, circunstância que se altera com a nova Constituição, através da qual o federalismo é alçado a *“um dos seus pontos altos e garantidor da democracia no Brasil”* (p.19).

Nesse sentido, defendendo que o Constituinte de 1988 consagrou um federalismo cooperativo e de equilíbrio, assim preleciona:

Este é o modelo e os princípios informadores do modelo federativo adotado no Brasil e sob o influxo do qual se há de debater a compatibilidade constitucional das normas questionadas. O estabelecimento de hierarquia na cobrança judicial dos créditos da dívida pública da União aos Estados e esses aos Municípios desafina o pacto federativo e as normas constitucionais que resguardam o federalismo brasileiro por subentender que a União teria prevalência e importância maior que os demais entes federados (p. 32).

Dessarte, reafirmando a instauração de um federalismo material, e não apenas fictício, a Ministra sustenta que a preservação da autonomia dos entes federados é a tônica central entre eles, conforme expressamente reconhecido no art. 19, III, da CRFB/ 88.

Aliás, ao identificar a semelhança entre este dispositivo constitucional e o art. 9º, I, da EC n.º 1/69, consignou que tal constatação não poderia conduzir à conclusão de que teria havido uma repetição do comando normativo constitucional, eis que *“a repetição dos termos normativo constitucionais não são bastantes a se ter por certo e incontestável que o fundamento é idêntico, considerando-se o sistema jurídico que embasa uma norma”* (p. 19).

É válido abonar que a Min. Carmen Lúcia não defende a absoluta impossibilidade de instauração de um concurso de credores entre os entes federados. Contudo, face à sua notória ofensa ao federalismo de equilíbrio, pautado pela autonomia das pessoas jurídicas de direito público interno, a previsão de uma ordem de pagamento de créditos, para reputar-se constitucional, necessariamente deve preencher dois requisitos, quais sejam: a) a previsão constitucional; e b) a especificação de finalidade federativa válida. É o que se observa a partir do excerto abaixo colacionado:

Anoto ser certo poder haver critério diferenciador para definição da ordem de pagamento de créditos, o que é legítimo. (...) Entretanto, dois pontos precisam ser enfatizados para que se reconheça a validade do critério distintivo: o primeiro, a igualdade modelada constitucionalmente entre as pessoas somente pode ter contornos definidores no sistema constitucional, não em norma infraconstitucional. Quer dizer: estabelecendo a Constituição da República a federação como forma de Estado, estatuinto a autonomia dos entes federados como núcleo da forma estatal (art. 18), somente pelo desenho constitucional se poderia estatuir preferências entre os entes para efeito de pagamento dos créditos tributários. Segundo, o que legitima critério de diferenciação – prevalecente o princípio da igualdade dos entes federados e da autonomia de cada qual – é a finalidade constitucional adequada demonstrada (p. 32-33).

Dessarte, considerando que os dispositivos impugnados na ADPF em debate constituem-se como exceções infraconstitucionais à igualdade de tratamento entre os entes federativos, e estando elas despidas de um fundamento razoável e legítimo, não seria possível sustentar a recepção do parágrafo único do art. 187 do CTN e do parágrafo único do art. 29 da LEF pela atual Constituição.

Por fim, a Min. Carmen Lúcia conclui o seu brilhante voto nos seguintes termos:

Não verificando no texto constitucional de 1988 fundamento válido para acolher no ordenamento jurídico brasileiro norma infraconstitucional que crie distinções entre os entes federados na cobrança judicial dos créditos tributários e não tributários, tenho como procedente o pedido apresentado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (p. 38).

5.3 O voto de divergência proferido pelo Min. Dias Toffoli

O Min. Dias Toffoli, inicialmente, rememorou que a discussão acerca da compatibilidade constitucional entre as normas impugnadas na ADPF em comento já foram objeto de análise do STF, o que culminou, conforme já ressaltado, na edição do enunciado da Súmula n.º 563.

Nesse sentido, o Ministro chama atenção para o fato de que, à época da edição do enunciado, a norma constitucional paradigma (o art. 9º, I, da CRFB/67) já vedava a criação de distinções entre as pessoas jurídicas de direito público, o que, todavia, não conduziu os Ministros à conclusão de que o concurso de preferência se constituía em ofensa ao modelo federalista constitucional em vigor. Anota, em sequência, que o teor daquele dispositivo constitucional em muito se assemelha ao atual art. 19, III, da Carta Magna de 1988:

Vale esclarecer que o citado dispositivo daquela Carta Magna vedava 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.

A mesma norma consta do art. 19, III, do atual texto constitucional, apenas com alguma modificação textual, como aduziram os interessados e o Advogado-Geral da União (p. 78).

Conclui, portanto, pela ausência de mudanças significativas no entendimento constitucional acerca da temática – entendimento que, com base no voto da relatora e nas considerações empreendidas ao longo deste trabalho, é insustentável.

Em sequência, analisando os julgados que se constituíram nos precedentes da Súmula supracitada, defendeu que, para além da argumentação favorável à existência de hierarquia entre os entes federados – o que não mais se sustentaria, face à nova Constituição (contradizendo, portanto, o seu anterior entendimento acerca da identidade entre as normas da Constituição de 1967 e de 1988) – outros fundamentos de validade arguidos mereciam a devida consideração.

Nesse sentido, trouxe à tona o voto do Min. Leitão de Abreu, ao momento do RE 80.045/SP. Na ocasião, este julgador defendeu o papel proeminente da União no amparo financeiro aos entes subnacionais e na superação de desigualdades regionais, o que justificaria a sua prioridade em um concurso de credores:

No exame do RE nº 80.045/SP, o Ministro Leitão de Abreu, que integrou a corrente vencedora, defendeu que o papel desempenhado pela União no contexto do federalismo cooperativo autorizava a preferência estabelecida no parágrafo único do art. 187 do CTN (...)

Na ocasião, Sua Excelência destacou, por exemplo, que, no direito norte-americano, cabe ao governo federal a importante função de amparar os governos estaduais nas dificuldades financeiras. Em seguida, consignou que isso também se dava no Brasil, aduzindo que a União é, em regra, chamada a socorrer os estados e os municípios quando esses passam por dificuldades financeiras, e a corrigir desequilíbrios regionais.

Por certo que, guardadas as proporções, essa mesma argumentação se aplica, com o devido ajuste, quando se leva em consideração a relação entre os estados ou territórios e os municípios (p. 79).

Em sequência, aduziu que o atual modelo federalista fiscal brasileiro, face à sua matriz cooperativa, repassa parte considerável do produto da arrecadação da União aos Estados e Municípios, por meio dos fundos de participação. Os dispositivos questionados, pois,

privilegiam tal modelo, garantindo que, mediante o privilégio no recebimento de créditos por parte da União, esta possa distribuir, de forma isonômica, o produto da sua arrecadação, garantindo a superação das desigualdades regionais vigentes:

(..) a receita decorrente de diversos tributos federais é partilhada com os estados, com o Distrito Federal e com os municípios, seja por meio da denominada participação direta, seja por meio de fundos de participação. A receita oriunda de alguns tributos estaduais é dividida com as municipalidades.

As normas impugnadas prestigiam essa dimensão fiscal do pacto federativo.

(...)

Ora, o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional (CTN) e o parágrafo único do art. 29 da Lei nº 6.830/80 vão em prol das disciplinas acima e de outras análogas. O reconhecimento da não recepção dessas normas pode resultar no embaraço da satisfação da redução das desigualdades regionais (p. 80, 82).

Com a devida vênia, é certo que tal entendimento não deve merecer guarida, conforme restará consignado em sequência.

5.4 Análise crítica do julgado

Nos subcapítulos precedentes, foi apresentado um panorama geral e os principais argumentos empregados, tanto pela relatora, Min. Carmen Lúcia, quanto por aquele que abriu a divergência, Min. Dias Toffoli. Superada esta análise de caráter mais descritiva, este trabalho concentrar-se-á, em sequência, em estabelecer a devida análise crítica acerca do *overruling* promovido pelo STF quando do julgamento da ADPF 357/DF.

Isto posto, com o objetivo de empreender uma correta avaliação acerca dos fundamentos que embasaram o *decisum*, torna-se substancial interpretar o concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público, não apenas levando em consideração os regramentos constitucionais e legais a seu respeito, mas, de igual modo, a teleologia do seu comando, o sistema jurídico na qual se encontra/encontrava inserido e o contexto histórico-político que concebeu e sustentou a sua produção. Em suma, a análise que será realizada há de traspasar os limites da mera literalidade do texto positivado, abrangendo todas as conclusões empreendidas ao longo deste trabalho.

Dito isso, o primeiro ponto a ser destacado concentra-se na própria adoção do modelo federativo de Estado no Brasil. Apesar da manifesta inspiração no paradigma federalista estadunidense – característica que reproduziu um modelo de repartição de competências com grande prestígio aos Estados-membros –, o fato é que, conforme bem anotou a Min. Carmen Lúcia, o federalismo brasileiro, inaugurado em 1891, herda uma tradição jurídica de mais de meio século vinculada a um modelo unitário de Estado, pautado, portanto, pela sujeição das províncias ao julgo do governo central.

Os reflexos da migração centrífuga na distribuição interna do poder foram sentidos no Direito brasileiro, que, apesar da instituição do modelo federativo, sempre se posicionou favoravelmente à manutenção de uma espécie de hierarquia entre os membros da Federação, estimulando uma primazia da União e, em sequência, dos Estados. Não é surpresa, portanto, a instituição e a pacífica recepção que o concurso de preferência creditício chegou a gozar no Brasil.

Clóvis Beviláqua, patrono do CC/16 – primeiro diploma legal a disciplinar a matéria – ao justificar a adoção do sistema preferencial no pagamento de créditos entre os entes federados, já afirmava que: *“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”* (BEVILÁQUA, 1919, p. 346 apud BOEING, 2020, p. 94).

Ademais, conforme outrora mencionado, a evolução do federalismo brasileiro, ao longo do Século XX, galgou-se na contramão da orientação preconizada pelo constituinte de 1891, sendo marcada por um movimento, em regra, centrípeto. É dizer, houve uma paulatina, ainda que não contínua, concentração de poderes em prol da União – característica que se tornou exacerbada nos dois regimes ditatoriais vigentes no país. O rompimento com o autoritarismo, ainda que tenha arrefecido os arroubos centralizadores, jamais retornou à forma de Estado constituída em 1891.

O panorama acima apresentado permite a compreensão do pensamento jurídico em vigor antes de 1969, justificando a corrente concepção de que seria possível conceber um Estado Federal caracterizado (paradoxalmente) por uma hierarquia entre os entes que o compunham. Nesse sentido, anota João Manoel de Carvalho Santos, ainda no ano de 1938, que o concurso 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 (SANTOS, 1938, p. 503 apud BOEING, 2020, p. 94).

Os primeiros sinais de reação ao instituto combatido pela ADPF 357/DF surgem, conforme outrora mencionado, a partir do advento da EC n.º 1/69. Esta “Emenda-Constituição”, em completa dissonância com os demais dispositivos que o compunham - notabilizados pela ampliação do caráter autoritário vigente no Brasil -, apresenta uma inovação que preconiza, contraditoriamente, a ausência de distinções – e, portanto, de privilégios ou hierarquias – entre os entes federados.

Contudo, não obstante a literalidade do excerto constitucional, prevaleceu na Jurisprudência – manifestada pela Súmula n.º 563, já comentada – o entendimento segundo o qual a norma extraída do art. 9º, I, da EC n.º 1/69 não conduzia a uma vedação à criação de distinções entre os entes federados, mas, sim, entre os indivíduos que os integravam. Nesse sentido, concluiu-se que a existência de uma ordem de preferência no recebimento de créditos não afetava o modelo federativo em vigor.

O saudoso Pontes de Miranda, analisando a CRFB/67 após a edição da EC n.º 1/69, interpretou o excerto constitucional em alude sob a ótica de uma vedação à criação de distinções, não apenas entre os indivíduos, mas também entre os Estados e entre os Municípios, internamente. A sua preleção conduz a uma permissividade – por parte do pacto federativo então em vigor - de criação de distinções entre entes federados de “distinta natureza”, isto é, entre a União, os Estados e os Municípios:

(...) 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 (MIRANDA, 1973, p. 185).

Contudo, é válido destacar que a doutrina não acompanhou, na íntegra, os entendimentos acima consignados. Ademais, já sendo possível encontrar uma certa resistência entre os juristas no período imediatamente posterior à edição da Súmula n.º 563, é certo que, após a promulgação da CRFB/88, as críticas aos dispositivos legais que estatuíam o concurso de preferência, bem como ao posicionamento do STF, tornaram-se cada vez mais frequentes e

contendentes. Luciano Amaro, analisando o pensamento doutrinário após 1988, apresenta semelhante conclusão: *“A doutrina tem questionado a constitucionalidade desse dispositivo, sob o fundamento de que ele fere a isonomia entre as pessoas políticas, ao criar preferências de umas sobre outras”* (AMARO, 2006, p. 476).

Dentre os doutrinadores que se insurgiram contra o concurso de preferência, é interessante destacar o posicionamento de Kyoshi Harada, que invoca o modelo federativo de Estado constituído em 1988 para questionar a aplicação do entendimento sumulado pelo STF, defendendo que a existência de um concurso de preferência violaria a isonomia entre os entes federados:

Apesar de a Súmula 563 do STF ter proclamado a compatibilização dessa preferência com a isonomia das entidades políticas tributantes, estamos convencidos de sua absoluta inconstitucionalidade por ferir, às escâncaras, o princípio federativo, que consagra a isonomia das pessoas políticas. O poder tributário foi outorgado pela Carta Magna às entidades componentes da Federação para que cada uma delas cumpra as missões que lhe foram atribuídas pelo mesmo Estatuto Magno. A noção de competência repele qualquer ideia de hierarquização, como a que resulta do dispositivo sob comento (HARADA, 2018, p. 733).

Com efeito, o fortalecimento, após 1988, das críticas acerca da compatibilidade do concurso de preferência com a atual ordem constitucional não é acidental. Como visto anteriormente, a CRFB/88 - a “Constituição Cidadã” - tem como grande marco o rompimento com a ordem anteriormente vigente, de matriz indubitavelmente autoritária e centralizadora. Recobre-se, aqui, o termo “Constituição-Resposta”, cunhado por Inocêncio Mártires Coelho, já colacionado anteriormente, que bem ilustra o paradigma da atual Carta Magna.

Nessa toada, objetivando a consecução de um regime verdadeiramente democrático e, em última medida, para ordenar um sistema pautado na primazia da dignidade da pessoa humana, tornou-se imprescindível a estruturação de um Estado Brasileiro verdadeiramente descentralizado – de modo a evitar a concentração de poderes na figura do Chefe do Poder Executivo Federal, característica central do Regime Militar. Dessarte, tal circunstância demonstra a suma importância do federalismo para a atual Constituição, pelo que não é surpresa a sua elevação à condição de cláusula pétrea. Germana de Oliveira Moares, aliás, consigna igual entendimento, ao defender que a descentralização do poder, através do federalismo, é mecanismo que promove o aprimoramento da Democracia:

Continua forte a crença de que a organização territorial do poder sob a forma federativa é a que oferece maior leque de possibilidades de construção de uma sociedade democrática; de que a descentralização territorial do poder é campo fértil e propício ao aprimoramento da Democracia (MORAES, 2001, p. 308).

A manutenção do federalismo enquanto forma de Estado, mantendo a solução adotada pela Constituição precedente, não implicou, contudo, na sua exata reprodução. Na realidade, observou-se exatamente o oposto. A despeito da existência de uma concentração de competências – administrativas e fiscais – em favor da União, a Constituição de 1988 deixa evidente a sua preocupação com a instauração de um federalismo verdadeiramente equilibrado e sólido – e não apenas nominal. Nesse sentido, verifica-se que o Constituinte da atual Carta Magna não apenas acentuou, na forma de Estado por ele instituída, as características de um Estado Federal como, em verdade, resgatou-os.

Dessarte, torna-se absolutamente equivocado, em que pese a semelhança literal do art. 19, III, da CRFB/88, compreendê-lo como uma mera extensão normativa do art. 9º, I, da CRFB/67. Tratam-se, a despeito do texto positivado, de duas normas distintas, pelo que se verifica, a partir do julgamento da Arguição em debate, não apenas uma mudança de entendimento do STF, mas, sobretudo, uma análise do concurso de preferência face a um novo “jato vivificador” constitucional - para utilizar a nomenclatura empregada por José Afonso - completamente distinto do anterior. Há de se ter cuidado, portanto, com a irreflexiva utilização dos precedentes que fundamentaram a edição da Súmula n.º 563 e com o teor do art. 9º, I, da CRFB/67 na condição de argumentos consistentes para a defesa da manutenção do instituto impugnado.

Nesse sentido, assim se posiciona Luís Eduardo Schoueri:

Nunca é demais lembrar que o Código Tributário Nacional, editado em 1966, não via óbice à preferência da União. Naquela época, admitiam-se isenções heterônomas. A União poderia legislar sobre isenção de tributos estaduais e municipais, desde que a mesma situação estivesse livre do tributo federal correspondente. Essa circunstância tornou-se proibida no regime de 1988, nos termos do artigo 151 da Constituição. Daí que todo privilégio assegurado à Fazenda Pública federal pelo Código Tributário Nacional deve ser questionado à luz da Ordem inaugurada em 1988 (SCHOUERI, 2019, p. 1622).

Conforme acima ressaltado, em oposição ao modelo meramente nominal outrora vigente, a CRFB/88 implementa um federalismo fidedigno às suas premissas básicas, razão pela qual não se pode compreender ou aceitar qualquer comando infraconstitucional que se

afaste daqueles pilares essenciais preconizados por Lewandowski e expostos no primeiro capítulo, quais sejam: a) repartição de competências, (b) autonomia política das unidades federadas; (c) participação dos membros na decisão da União; e (d) atribuição de renda própria às esferas de competência.

Todos eles, com efeito, confluem para um mesmo objetivo – e sob o qual devem ser interpretados -, qual seja: assegurar a repartição interna do poder entre os distintos componentes da Federação, que devem exercê-lo de forma independente dos demais e subordinados, tão somente, ao julgo da constituição nacional.

Nessa toada, observou-se, no primeiro capítulo, a impossibilidade de se pressupor qualquer noção de federalismo sem a manutenção da independência política e administrativa de cada uma das unidades federadas. Tal independência, por sua vez, não prescinde da capacidade de cada Membro da Federação de prover o seu próprio sustento. Afinal, a ausência de renda própria e independente macularia a autonomia do ente federado, tornando-o submisso à pessoa jurídica de direito público que lhe sustenta.

A independência, o equilíbrio e a isonomia na atribuição e na repartição de receitas afiguram-se, portanto, como preceitos basilares do federalismo, confluindo diretamente na autonomia e na igualdade política que cada ente federado deve gozar em face dos demais. É certo, portanto, que a instituição de privilégios na arrecadação fiscal macula o equilíbrio na repartição interna do poder, pelo que não se compatibiliza com as premissas básicas do modelo federativo de Estado e, de igual modo, com o teor do art. 19, III, da Carta Magna de 1988.

O concurso de preferências instituído no parágrafo único do art. 187 do CTN e no parágrafo único do art. 29 da LEF, na medida em que privilegia a União e, posteriormente, os Estados, na arrecadação dos créditos obtidos em sede de Execução Fiscal, instaura uma ordem hierárquica que, por afetar diretamente a obtenção de renda das unidades federativas, afigura-se como insustentável. A instituição de preferências creditícias entre as pessoas jurídicas de direito público limita a arrecadação daqueles entes mais regionalizados em prol da União, tornando-os atores secundários na consecução dos objetivos estabelecidos pelo pacto federativo brasileiro.

Paulo de Barros Carvalho, adotando um tom deveras contundente e crítico, compactua de idêntica opinião, tendo assim asseverado:

Sua inconstitucionalidade ressalta ao primeiro súbito de vista. É flagrante, insofismável e vitanda sob qualquer ângulo pelo qual pretendamos encará-la. Fere, de maneira frontal e grosseira, o magno princípio da isonomia das pessoas políticas de direito constitucional interno, rompendo o equilíbrio que o Texto Superior consagra e prestigia. Discrimina a União, em detrimento dos Estados, e estes, juntamente com o Distrito Federal, em prejuízo dos Municípios, quando sabemos que estão juridicamente parificados, coexistindo num clima de isonomia (CARVALHO, 1996, p. 361).

Ademais, urge combater a noção segundo a qual o concurso de preferência creditício se coadunaria com a modalidade cooperativa do federalismo fiscal instituída pelo Constituinte de 1988. De acordo com este argumento, a distribuição do produto da arrecadação da União aos Estados e Municípios, através dos fundos de participação previstos na CRFB/88, desempenha um papel vital no combate às desigualdades regionais, pelo que, através da repartição isonômica da renda - ao revés da arrecadação isolada dos entes subnacionais -, se justificaria a precedência arrecadatória da União.

É, de fato, não apenas relevante, mas essencial, o papel exercido pela União na manutenção do equilíbrio econômico dos entes subnacionais e na superação das desigualdades regionais. Contudo, a despeito da sua importância e abrangência, é equivocado primá-lo em detrimento das atribuições estaduais e municipais.

Afinal, em que pese o seu caráter mais restrito e localizado – quando comparada à natureza holística das atribuições imputadas à União -, as competências destinadas aos Estados e Municípios, ainda que se destinem a distintos propósitos, detém idêntico interesse nacional, eis que o federalismo, conforme outrora consignado, almeja a promoção do Estado Nacional a partir do prestígio às peculiaridades regionais. Não se pode admitir, dessarte, a sobreposição das competências da União de modo a justificar a existência de uma hierarquia, em matéria fiscal, em seu proveito.

Outrossim, ainda que desconsiderado o argumento acima empreendido, é interessante notar que a lógica ora combatida – qual seja, a de que a distribuição do produto da arrecadação, pela União, conduziria a um substancial estímulo à redução das desigualdades regionais – não encontra amparo na atual realidade brasileira. Explica-se. O argumento impugnado conduz à

uma falsa impressão de que grande parte do produto da arrecadação obtido pela União é direcionado aos Estados e Municípios, razão pela qual seria legítima a instituição de preferências creditícias em favor daquela.

Contudo, com base nos dados disponibilizados pelo Tesouro Nacional Transparente, da Secretaria do Tesouro Nacional (STN), é possível observar que, no ano de 2019, a União repassou aos Estados e Municípios cerca de R\$ 283 bilhões – decorrentes, especialmente, dos Fundos de Participação e de transferências a título de Royalties. Em 2021, por sua vez, o montante transferido foi de, aproximadamente, R\$ 361 bilhões (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, s.d.).

Comparando os valores acima aduzidos com a receita corrente total arrecadada pela União, com base no levantamento efetuado pelo Portal da Transparência, da Controladoria Geral da União (CGU), observa-se que o ente federal arrecadou cerca de R\$ 1,692 trilhão no ano de 2019 e, em 2021, as cifras alcançaram o patamar de R\$ 1,841 trilhão.

É dizer, depreende-se que, ainda que desconsideradas as receitas de capital, a União, nos anos de 2019 e 2021, repassou aos Estados e Municípios apenas cerca de 16,7% e 19,6%, respectivamente, do montante total por ela arrecadado (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2019; 2021). Tal circunstância denota que a perpetuação de preferências creditícias em seu favor privilegiaria, primordialmente, a própria União – para quem a maior parte da arrecadação federal é destinada – e não os demais entes subnacionais. Os Estados e Municípios, portanto, ainda que beneficiados pelo mecanismo de repartição do produto da arrecadação constitucionalmente assentado, na realidade, tornar-se-iam ainda mais prejudicados no tocante à sua capacidade arrecadatória.

Tem-se por superado, portanto, os argumentos basilares para a defesa da compatibilidade material entre o concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público interno e a Constituição de 1988. Ante o exposto, torna-se evidente a insofismável violação ao pacto federativo instaurado pela atual Carta Magna.

6 CONCLUSÃO

A Democracia constitui-se, inquestionavelmente, como uma das maiores conquistas da humanidade, revelando-se instrumento imprescindível para a consecução da dignidade da pessoa humana – para esta geração e para as gerações vindouras.

O ideal democrático, contudo, não prescinde da necessária descentralização do poder – circunstância que impede o florescimento de narrativas e regimes autoritários, bem como garante uma maior participação política dos cidadãos, cada vez mais conectados às necessidades peculiares de suas comunidades regionais.

Nesse sentido, considerando que a forma federativa de Estado – na medida em que promove uma descentralização do poder soberano interno estatal - é, antes de tudo, um instrumento de garantia do regime democrático, este trabalho almejou ofertar uma singela contribuição ao fortalecimento do federalismo no Estado brasileiro e, em última medida, da sua democracia.

Inspirado por este ideal, é certo que não se pode admitir, como paradigma de análise, todo e qualquer modelo concreto de Estado que se repute como federalista. O federalismo, fiel às suas origens históricas, jamais deve se descuidar do seu objetivo principal: a promoção do desenvolvimento nacional a partir da consecução das peculiaridades regionais. Dessarte, é inconcebível pressupor qualquer noção de federalismo apartada da necessária salvaguarda da autonomia e da isonomia entre os entes federativos que o compõem.

Firme em tais pressupostos, torna-se nítido que o objeto de análise do presente trabalho – qual seja, o concurso de preferência creditício entre pessoas jurídicas de direito público interno – é absolutamente incompatível com os ditames basilares da forma federativa de Estado e, por consequência, com a CRFB/88 – que, a despeito de uma certa tendência a centralização, indubitavelmente institui um federalismo coerente com as suas premissas básicas.

Não se deve olvidar que a obtenção de receitas é pressuposto inafastável da autonomia dos entes federativos, de modo que qualquer desequilíbrio ali instituído inevitavelmente corrompe a plena harmonia entre estes. Esta é, precisamente, a situação do concurso de preferência ora debatido.

Afinal, em um cenário, em sede de execuções fiscais, pautado pela execução de devedores que, por diversas vezes, não possuem patrimônio suficiente para solver todos os seus débitos, o instituto em análise garante que, à União, jamais faltem recursos – à revelia dos demais entes federativos. A ausência de isonomia na obtenção de receitas redundando na ausência de isonomia para a consecução dos objetivos constitucionalmente imputados às pessoas jurídicas de direito público interno, para a manutenção do seu aparato burocrático e para a conservação da sua independência política. Em suma, o federalismo brasileiro, como um todo, vê-se abalado ante o concurso de preferência.

Com efeito, a sua perpetuação, por décadas, no ordenamento jurídico brasileiro, fora resultado de uma compreensão deturpada acerca dos fundamentos de um modelo federativo de Estado – característica referendada pela CRFB/67 e pela EC/69. Injustificadamente, permaneceu no ideário jurídico republicano brasileiro a noção segundo a qual, não apenas seria possível, mas, sim, necessária, a hierarquização entre os entes federativos, desprestigiando aqueles entes mais regionalizados.

Trata-se, aliás, de um mero sintoma, fruto de uma concepção ainda mais abrangente, que merece ser expurgada do pensamento jurídico e político brasileiro, qual seja: a noção de que apenas um governo central é capaz de prover as necessidades dos seus cidadãos e superar as desigualdades regionais que marcam o país.

Deixemos que os próprios cidadãos - que entendem as suas necessidades de forma mais clara que qualquer agente político residente na capital federal - enfrentem e se tornem agentes ativos na consecução dos seus problemas. Este é, sem dúvidas, o verdadeiro espírito democrático.

Em suma, face ao julgamento da ADPF 357/DF, prevaleceu, no dia 24/06/2021, a visão defendida pela relatora – e por este trabalho. Acertadamente, o STF promoveu um *overruling* que, inquestionavelmente, fortalece o pacto federativo, na medida em que oferece maiores garantias à consecução do crédito por parte dos entes subnacionais, ampliando a sua autonomia e possibilitando uma melhor execução das suas prerrogativas constitucionalmente assentadas. Sem dúvidas, a Corte Constitucional decidiu favoravelmente à concepção federalista de Estado,

atendo-se às suas premissas básicas e corroborando, conseqüentemente, com a salvaguarda do (ainda recente) regime democrático brasileiro - agora, sem dúvidas, mais robustecido.

REFERÊNCIAS

- ABRAHAM, Marcus. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizado por Misabeu Abreu Machado Derzi. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**, 240, 1–42, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Emendas à Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BOEING, Ana Paula Sabetzki. Federalismo e concurso de preferência: a mais que obsoleta Súmula 563 do STF. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 44, p. 90-114. São Paulo: IBDT, 2020.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Poder constituinte**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Secretaria-Geral da Presidência. **Constituição do Brasil de 1967**: Anais. 4.v. Brasília, 1969.
- BRASIL. Constituição (1824). Lex: **Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 29 jun.2020.
- BRASIL. Constituição (1891). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 29 jun. 2020.
- BRASIL. Constituição (1934). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 25 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de julho de 1946**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 19 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 960, de 17 de dezembro de 1938**. Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, em todo o território nacional. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 21 dez. 1938. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0960.htm. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. **Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967**. Diário Oficial da União, Brasília, 20 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985**. Convoca Assembléia Nacional Constituinte e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 nov. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 15. jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 23 mar. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 05 maio. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.830, de 22 de Setembro de 1980.** Lei de Execução Fiscal. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 24 set. 1980. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CHESTERTON. G.K. **O homem eterno.** Tradução de Francisco Nunes. Jandira, SP: Principis, 2020.

COELHO, Inocêncio Mártires. **A experiência constitucional brasileira:** da Carta Imperial de 1824 à Constituição democrática de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário.** 9. ed. São Paulo: Saraiva 2018.

CONTI, José Mauricio. **Considerações sobre o federalismo fiscal em uma perspectiva comparada.** In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (org). Federalismo Fiscal: questões contemporâneas. São José, SC: Conceito, 2010.

ESTADOS UNIDOS. **Articles of Confederation. Miscellaneous Papers of the Continental Congress, 1774 - 1789;** Records of the Continental and Confederation Congresses and the Constitutional Convention, Record Group 360 - Washington, DC (EUA): National Archives Building, 1781.

FRIEDE, Reis. Norma Constitucional e Direito Intertemporal. **Revista de Direito**, [S. l.], v. 12, n. 01, p. 01–20, 2020.

FRIEDE, Reis. Recepção, reconstituição, desconstitucionalização e mutação constitucional. **Revista Juscontemporânea do TRF2**, v. 1, n. 1, p. 17-29, set. 2019.

GARGARELLA, Roberto. **Em nome da constituição.** O legado federalista dois séculos depois. In: BORON, Atilio. A Filosofia política moderna: De Hobbes a Marx. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciências Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The federalist papers:** The Gideon edition. Indianapolis (EUA): Liberty Fund, 2001.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 5. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

- KARNAL, Leandro et al. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. São Paulo: Contexto, 2007.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MARRAFON, Marco Aurélio. Texto constitucional não é norma, mas vincula. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-28/constituicao-poder-texto-constitucional-nao-norma-vincula>. Acesso em: 02 jun. 2022.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MINISTÉRIO DA ECONOMIA (Brasil); SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL – STN. **Transferências a Estados e Municípios**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/estados-e-municipios/transferencias-a-estados-e-municipios>. Acesso em: 05 set. 2022.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969**, t. I - 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- MORAES, Germana de Oliveira. **A concepção do Federalismo Fiscal e seus reflexos no sistema constitucional brasileiro**. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org). **Direito constitucional: estudos em homenagem a PAULO BONAVIDES**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NOGUEIRA, Vanessa F. Pancioni. Efeitos de uma nova constituição no ordenamento infraconstitucional: revogação, inconstitucionalidade superveniente e recepção. **Revista de Direito**, Valinhos/SP, Vol. XII, n. 16, p. 7-20, 2009.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021.
- OLIVEIRA FILHO, Roberto Gurgel de. Federalismo norte-Americano: marco inicial ou desenvolvimento de um pensamento? **Revista Intertemas** ISSN 2176-848X, Presidente Prudente, v. 14, p. 185-198, nov. 2009.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil); CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. **Portal da Transparência do Governo Federal, Receitas Públicas - 2019**. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/receitas?ano=2019>. Acesso em: 08 ago. 2022.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil); CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. **Portal da Transparência do Governo Federal, Receitas Públicas - 2021**. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/receitas?ano=2021>. Acesso em: 09 ago. 2022.

REZENDE, Fernando. **Federalismo fiscal: em busca de um novo modelo**. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; SANTANA, Wagner (org). Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade. Brasília: UNESCO, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, Dêis Maria Lima Cunha. A transição para a abertura política no Brasil, sob a sujeição dos militares (1974-1985). In: **Simpósio Nacional de História**. 30. ed. Recife, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito constitucional brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.

STORY, Joseph. **Comentários à Constituição dos Estados Unidos**, v.1. Brasília: BDJur, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica**, v. 19, n.1, p. 2-20, jan./abr., 2014.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico: RFDFE**, v. 3, n. 5, p. 25-54, mar./ago. 2014.

VARSANO, Ricardo. Texto para discussão nº 405. **A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século**: anotações e reflexões para futuras reformas. Rio de Janeiro: IPEA, 1996.