

# **CONCURSO DE PREFERÊNCIA EM EXECUÇÃO FISCAL**

*JOSÉ ROBERTO DE MORAES*

Prof. de PVC de São Paulo

Sub-Procurador Geral do Estado de São Paulo

## **I - DELIMITAÇÃO DO TEMA**

Vários são os aspectos que poderiam ser tratados dentro deste tema. No entanto, em face da jurisprudência existente e a ser formada preferimos nos restringir a apenas dois aspectos, a saber:

- há constitucionalidade no disposto no artigo 29, Parágrafo único da Lei 6.830/80, que repete, com ligeiras alterações, o artigo 187 da Constituição Federal?

- se se admitir tal conformidade ao texto constitucional, há necessidade de pluralidade de penhoras ou basta apenas o concurso de credores?

No exame destas duas tormentosas questões, limitaremos o nosso trabalho e, no nosso campo de atuação, sem prejuízo, por certo de abordarmos incidentalmente outros aspectos da execução fiscal que tanto interessa aos advogados em geral e especialmente aos advogados públicos.

## **II - A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE - ANTES DE 1988**

Vejam, inicialmente, os dois dispositivos referidos. Diz o artigo 29

e seu Parágrafo único da Lei 6.830/80 que regula, entre nós, todo o procedimento da execução fiscal:

**“Artigo 29 - A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento”.**

**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”.**

O dispositivo não foi novidade trazida em 1980, porquanto desde muito antes o Código Tributário Nacional assim já dispunha em seu artigo 187:

**Artigo 187 - A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento.**

**Parágrafo único - O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:**

**I - União;**

**II - Estados, Distrito Federal, Territórios, conjuntamente e “pro-rata”;**

**III - Municípios, conjuntamente e “pro-rata”.**

Percebe-se, de imediato, que as maiores alterações trazidas pela Lei de Execuções Fiscais dizem respeito, primeiro, à inclusão da liquidação dentre aqueles processos em que não haveria concurso de credores na cobrança do crédito tributário; e a segunda diz respeito à inclusão das autarquias federais, estaduais e municipais na ordem prevista para o concurso de preferência.

Há, no entanto, uma outra diferença que não está nos textos dos dispositivos mas sim na própria concepção da Lei 6.830/80. Enquanto o Código Tributário Nacional se referia tão somente à cobrança judicial do crédito tributário (tributos, no seu conceito constitucional de então), a Lei 6.830/80 dá o mesmo privilégio de cobrança judicial a qualquer dívida ativa da Fazenda Pública, desde que regularmente inscrita. Importante mencionar aqui o teor do **artigo 2º e seu Parágrafo 1º** da lei nº 6.830/80, que alarga

de forma absoluta o conceito de dívida ativa.

Colocada estas premissas, é preciso examinar tais dispositivos à luz da Constituição Federal.

Inicialmente, é bom se verificar que este exame, à luz da Constituição Federal de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, já foi feito tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal.

O artigo 9º da Constituição anterior dizia:

**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 a outra”.**

Analisando este dispositivo em confronto com o artigo 187 do Código Tributário Nacional, o jurista Celso Bastos, escudado em forte base doutrinária, sustentou a inconstitucionalidade daquele artigo 187 (Parecer publicado na Revista da PGE nº 7, pág. 153).

Ensinava aquele ilustre constitucionalista que o inciso I do artigo 9º da Constituição então vigente abrangia duas situações distintas:

- a primeira se referia à proibição de distinções entre brasileiros - que era bastante infeliz, pois, como é sabido, as discriminações razoáveis são sempre possíveis (exemplo: somente os bacharéis em direito inscritos na OAB podem advogar). A única interpretação possível para tal dispositivo era a de se aplicar à proibição de distinções entre brasileiros pela naturalidade (Estado e Município) e pelo local de domicílio ou residência - pois o dispositivo se refere às pessoas jurídicas de direito público interno; esta distinção como nos ensinou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, se funda na discriminação que sempre será justificável quando logicamente razoável, quando houver motivos para tanto. No dizer de PIMENTA BUENO, mencionado por Celso Antônio, a discriminação deve estar amparada numa razão muito valiosa para se justificar a quebra da regra da igualdade;

- a segunda parte, que se refere a proibição de criação de preferências entre a União, Estados e Municípios, diz respeito ao problema em exame. E neste aspecto cumpre perquirir, no dizer de Celso Antônio, se existe uma razão lógica para a discriminação feita pelo Código Tributário Nacional ou, no dizer de Pimenta Bueno, se existe uma razão muito valiosa a justificar o

discrímen. Muitos poderiam dizer que é de nossa tradição o tratamento privilegiado da União, que representa a generalidade dos interesses da comunidade que representa a generalidade dos interesses da comunidade brasileira. Ademais, há o Senado Federal, ator no processo brasileiro. Ademais, há o Senado Federal, ator no processo legislativo e que representa a vontade dos Estados-membros.

Mas, mesmo assim, concluía Celso Bastos, porque os eventuais interesses da comunidade brasileira devem prevalecer sobre os interesses das comunidades regionais? Deve-se buscar a RAZÃO MUITO VALIOSA. Será que existe e se justifica. Quando temos dois princípios ou duas normas em aparente conflito, um deles deverá prevalecer. De um lado o princípio de que o todo deve prevalecer sobre as partes e de outro a adoção do regime federativo entre nós (sobre ele nos referiremos mais adiante). Este último, à evidência, deve prevalecer. Entendia assim, Celso Bastos, inconstitucional o artigo 187 do Código Tributário Nacional no tocante ao seu parágrafo único, por afrontar o artigo 9º, inciso I, da Constituição então vigente.

A jurisprudência, formada sob a égide da Constituição revogada, não acolheu tal posicionamento. São demonstrativos desta afirmação alguns acórdãos do Supremo Tribunal Federal, entre os quais destacamos: RE 80.398-SP, Relator Ministro Cordeiro Guerra (2ª Turma do STF) e RE 79.128-SP, Relator Ministro Djaci Falcão (1ª Turma do STF).

Em ambos foi reconhecida a constitucionalidade do artigo 187 do CTN sob o argumento de que o artigo 9º, I, da Constituição Federal então vigente, tinha como finalidade proibir o favorecimento entre quaisquer daqueles pessoas jurídicas de direito público em detrimento de uma terceira (exemplo: bens produzidos no próprio território em detrimento de outros). São, no dizer do STF de então, vedações políticas na organização interna do país e não de ordem tributária.

Cessou-se, assim, a discussão, em face do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal por meio de suas duas Turmas e da edição da **Súmula 563** que disciplinou a matéria.

### III - A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE - APÓS 1988

Cumpre, agora, examinar o mesmo problema, à luz da Constituição

Federal de 1988.

A primeira grande modificação trazida pela nova Constituição diz respeito à regra da igualdade. Podemos dizer que ela “subiu de posto”. Da situação de um dos direitos fundamentais (um dos incisos do artigo 153), esta regra hoje está no “caput” do artigo 5º. Esta situação permite dizer, sem qualquer dúvida, que a regra da igualdade é hoje princípio norteador e interpretativo de todos os direitos fundamentais arrolados nos inúmeros incisos do artigo 5º”.

Já a regra do antigo artigo 9º, foi substituída pelo atual “artigo 19”, que não tem mais a mesma redação. Diz o atual artigo 19:

**Artigo 19 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:**

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si”.

Parece-nos, no primeiro exame, que a situação está mais clara agora. Aquelas pessoas jurídicas de direito público não podem criar preferências entre si. Como se justificar a manutenção do artigo 187 do CTN ou o parágrafo único do artigo 29 da Lei 6.830/80. É certo, no entanto, que este artigo 19 está inserido dentro da organização político-administrativa do Estado brasileiro. No entanto, em diversos outros dispositivos encontramos a supremacia do federalismo; como por exemplo na salutar norma do **artigo 151, III**, entre outras.

Cumprido, no entanto, neste momento uma ligeira digressão sobre o federalismo e a sua aplicação constitucional.

Federação é a união soberana de Estados autônomos (autônomo, porque seu poder é limitado à margem de discricção prevista constitucionalmente entre suas partes e não soberano, que seria o poder incontrastável internamente e em pé de igualdade externamente - assim a nação é soberana, a República Federativa do Brasil é soberana, enquanto a União e os Estados membros são autônomos) - conceito que deflui do primeiro país com regime verdadeiramente federativo (EUA - formação por 13 Estados para solução de problemas comuns e representação externa). O Brasil não teve esta origem, era um estado unitário.

É certo que a primeira Constituição republicana inspirou-se no modelo norte-americano, embora a realidade brasileira fosse diferente. Mas há duas razões básicas para existência do sistema federativo, que independem desta origem inadequada, a saber:

- é a forma de organização do Estado democrático (atendimento ao princípio republicano) - há exemplos na história em que o regime de força somente se sustentava por ser um Estado unitário (Alemanha nazista). O regime federativo atende ao princípio republicano porque possibilita a aproximação do poder com o detentor e destinatário de seu exercício;

- em segundo lugar, assegura-se maior eficiência na prestação e gestão do serviço público - a descentralização é a melhor forma de administração, inegavelmente.

Muito se discute, filosoficamente, se a ordem jurídica consiste num “sistema” (as regras de conduta na ordem jurídica não são um amontoado de normas, ou simplesmente a soma de todas as normas - mas sim agrupadas e sistematizadas). Mas, independentemente desta discussão, é evidente que, na hermenêutica jurídica, temos de considerar esta ordem como um sistema. E neste ponto, a visão deste sistema tem de ser feita por meio das luzes trazidas pelos princípios formadores de sua concepção. Entre nós, sem qualquer dúvida, estes princípios que envolvem o sistema são dois: **republicano** (art. 10, par. 1º, CF) e o **federativo** (art. 1º, CF). O princípio federativo se caracteriza pela convivência de entidades autônomas em rigoroso pé de igualdade.

Qualquer interpretação de norma constitucional deve levar em conta estes dois princípios. E a Constituição de 1988, sem dúvida, aumentou o grau de federalismo existente.

Podemos mencionar como exemplos os arts. 25, Par. 1º (**legislação concorrente**), 24, Par. 2º (**competência suplementar**), 25, Par. 1º (**reserva ao Estado do que não está vedado na Constituição**), 151, III (**já referido**).

Ora, se tudo isto é verdade, a única conclusão possível, é a não recepção do artigo 29, Parágrafo único da Lei 6.830/80 pela nova ordem constitucional.

#### IV - A ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Não será possível, no entanto, o oferecimento de uma ação direta de inconstitucionalidade, porquanto o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não é cabível esta ação relativamente à normas anteriores ao texto constitucional de 1988.

Restará, tão somente, o controle difuso, caso a caso. E é neste aspecto que devem os advogados públicos estar preparados para sustentar,

individualmente, esta não recepção, em face da impossível convivência da norma legal em face do novo texto constitucional, até que se consiga formar jurisprudência a respeito do assunto.

## **V - CONCURSO DE PREFERÊNCIA OU CONCURSO DE CREDORES**

Enquanto não se forma esta jurisprudência a respeito da inconstitucionalidade daquele dispositivo, já há algo que a jurisprudência atual nos coloca como favorecedor de nossa posição.

Prevê o Código de Processo Civil dois tipos de concursos no processo de execução: concurso de preferência, quando se tem vários credores na mesma execução e com penhora no mesmo bem (**arts. 711, 712 e 612, CPC**) e concurso de credores que somente ocorre na execução universal (falência ou insolvência civil).

Neste último caso, basta que o credor habilite seu crédito no processo falimentar ou na execução por quantia certa contra devedor insolvente para que já possa participar do rateio. E este se dará de acordo com a respectiva prelação (créditos trabalhistas, tributários, com garantia real e quirografários). Entre os tributários, se constitucionais o artigo 187 do CTN e 29 da Lei 6.830/80 na ordem por eles estabelecida.

Não se confunde, no entanto, com o concurso de preferência que exige a pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem.

A este respeito, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo sempre foi vacilante. Há acórdãos da 17ª. Câmara exigindo que haja várias penhoras sobre o mesmo bem para se admitir o concurso de preferência entre as Fazendas Públicas e suas autarquias e outros, por exemplo, da 16ª. Câmara afirmando que basta a intervenção do processo para o cumprimento daqueles dispositivos em comento.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, por sua primeira turma, tem entendido que se trata de caso de concurso de preferência em que se exige a pluralidade de penhoras.

Podemos mencionar, como exemplo: Resp 36.862-6 - FESP X INSS - Relator Ministro Demócrito Reinaldo, cuja ementa, por sua clareza convém mencionar:

### **I - O crédito fiscal de titularidade de autarquia federal goza de**

**preferência em relação àquele de que seja titular a Fazenda Estadual, a teor dos artigos 187, Parágrafo único do CTN e 29, Parágrafo único da Lei 6.830/80 (STJ não examina questão constitucional, embora possa analisar no controle difuso).**

**II - O direito de preferência não concede à entidade autárquica federal a prerrogativa de intervir em execução movida pela Fazenda do Estado, a que é estranha, para reivindicar a satisfação preferencial de seu crédito, sem obedecer às formalidades processuais atinentes à espécie.**

**III - Para a instauração do concursus fiscalis”impõe-se a pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem, devendo, portanto, a autarquia federal provar haver proposto ação de execução e que nela tenha restado penhorado o bem anteriormente executido na ação movida pelo Fisco Estadual.**

**IV - Inteligência dos artigos 612 e 711 do CPC**

**V - Precedente**

**VI - Recurso provido, por unanimidade**

No mesmo sentido, encontramos o Agravo de Instrumento 92.04.05788-2-RS, em que foi Relator o Ministro Ari Pargendler (partes União e Fazenda do Rio Grande do Sul). Neste caso, tentou a União Federal demonstrar que a alienação em arrematação do bem penhorado em ambas as execuções pela Fazenda do Estado gaúcho representaria verdadeira fraude à execução. Assim concluiu o acórdão do STJ:

**I - Havendo concorrência de penhoras sobre o mesmo bem, ambas garantindo créditos tributários, prefere aquela que se reporta a tributo devido à União (CTN, art. 187, parágrafo único, inciso I). Se a outra execução fiscal for melhor aparelhada, alcançando antes a fase de arrematação, a União deve protestar nos respectivos autos pela preferência do seu crédito, sob pena de perdê-la, sem que a conseqüente alienação judicial implique a fraude presumida prevista no artigo 185 do CTN, que supõe ato do sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública”, inexistente na espécie.**

Há, ainda, um outro precedente no Recurso Especial 59.324-7-RS, em que foi Relator o Ministro Asfor Rocha (RS X INSS).

Assim, ao menos enquanto não resolvida definitivamente a questão da constitucionalidade daqueles dispositivos, será lícito exigir um concurso de preferência e não mera intervenção da União Federal e suas autarquias.