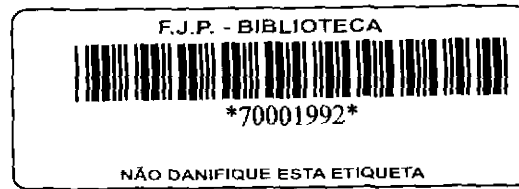


SILVÉRIO BOUZADA DIAS CAMPOS



O CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA – *Federalismo e Legitimidade*  
Política na República Federativa do Brasil pós-88

Belo Horizonte

Fundação João Pinheiro

2004

MC  
1992  
ex.1

O prazo de empréstimo  
poderá ser prorrogado,  
caso a obra não tenha sido procurada  
por outro usuário.

MC-1992 - ex.1



**FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO**  
Governo de Minas Gerais

**BIBLIOTECA**

SILVÉRIO BOUZADA DIAS CAMPOS

MC  
1992  
- 02 - 1

O CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA – Federalismo e Legitimidade

Política na República Federativa do Brasil pós-88

Monografia apresentada como requisito para a  
obtenção do grau de bacharel em Administração  
Pública, pela Escola de Governo de Minas Gerais  
(EGMG) da Fundação João Pinheiro (FJP)

Área de concentração: Teoria Democrática e Direito  
Constitucional

Orientador: Professor Onofre Alves Batista Júnior.

Belo Horizonte

Fundação João Pinheiro

2004

|                        |          |
|------------------------|----------|
| FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO |          |
| BIBLIOTECA             |          |
| N.º                    | MC 1992  |
| Vol.                   | Ex. 01   |
| Data:                  | 06/07/06 |

Dedico esse trabalho a Papai, Mamãe, Zi e Rê,  
sem quem eu nada seria.

À Escola de Governo do Estado de Minas Gerais,  
pela oportunidade de, por esse curto espaço de tempo,  
desfrutar de suas alegrias e de seu vigor,  
que para sempre estarão em minhas lembranças.

Aos meus amigos de curso – como o sol no céu de um dia nublado:

Apesar de não os ver, sei que sempre estarão lá.

Ao Professor Onofre Alves Batista Júnior,  
meu Mestre, que em todas lições sempre tive magistério seguro e exemplar.

Muito Obrigado.

*"in order for a citizen to be politically incorporated he has to be capable of influencing the election of another man, and that man has to have some chance of entering into a majority coalition on at least some of the issues of most importance to the citizen and that majority must be able to control the government"*

Arthur Stinchcombe

## **RESUMO**

Este trabalho analisa o enquadramento institucional do Conselho Nacional de Política Fazendária no bojo da engenharia política que é peculiar à organização constitucional do Brasil. Pensa a federação e o dilema federativo das origens históricas do padrão estadualista e predatório que tem marcado a história recente da República, em que a guerra fiscal constitui indício inolvidável à apreensão daquele fórum federativo. Estuda, por fim, a partir da teoria da democracia como processo decisório, os incentivos institucionais que tem levado à ineficácia do órgão como instância deliberativa adequada à resolução dos conflitos fiscais.

## **ABSTRACT**

This work analyzes the institutional framing of the National Council of Financial Politics in the bulge of engineering politics that is peculiar to the constitutional organization of Brazil. It thinks the federacy e the federative quandary of the historical origins of the "estadualista" and predatory standard that has marked the recent history of the Republic, where the fiscal war constitutes unforgettable indication to the apprehension of that one fórum federative. It studies, finally, from the theory of the democracy as power to decide process, the institucional incentives that have led to the inefficacy of the of the agency as adjusted deliberative instance to the resolution of of the fiscal conflicts.

## SUMÁRIO

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>11</b> |
| <b>2</b> | <b>A QUESTÃO DO PODER – SITUAÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO ATUAL.....</b>   | <b>14</b> |
| 2.1      | Considerações preliminares.....   | 14        |
| 2.2      | Consenso sobreposto e consenso constitucional.....  | 22        |
| 2.3      | Da titularidade e do exercício do poder.....  | 25        |
| <b>3</b> | <b>A QUESTÃO DO PODER TRIBUTÁRIO E SUA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-TERRITORIAL.....</b>  | <b>29</b> |
| 3.1      | Alguns elementos centrais do Sistema Tributário Nacional: positivação do federalismo em termos de competências tributárias e a manifestação do poder tributário na CRFB/88..... | 29        |
| 3.2      | " <i>Self-rule plus shared rule</i> " - mecanismo de superposição de soberanias.....  | 34        |
| 3.3      | Algumas particularidades do ICMS - o cotejo da categoria iuris das isenções fiscais com a noção ampla de Federalismo.....   | 39        |
| 3.4      | O entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal.....   | 43        |
| 3.5      | O poder e o significado da tripartição de seu exercício em termos da problemática específica do CONFAZ.....   | 45        |
| 3.6      | Um breve paralelo no Direito Comparado: O Conselho Federal Alemão.....  | 48        |

|          |   |           |
|----------|---|-----------|
| <b>4</b> | <b>ESFORÇO HISTÓRICO-COMPREENSIVO DA GUERRA FISCAL E O PAPEL DO CONFAZ.....</b>   | <b>55</b> |
| 4.1      | Federação e dilema federativo.....  | 55        |
| 4.2      | Pioneirismo brasileiro na criação do “IVA” – a gênese do ICM.....   | 56        |
| <b>5</b> | <b>O CONFAZ E O NOVO INSTITUCIONALISMO.....</b>   | <b>67</b> |
| 5.1      | Bases teóricas e metodológicas da <i>rational choice institucionalism</i> .....   | 67        |
| 5.2      | O CONFAZ visto a partir da teoria democrática como processo decisório.....  | 74        |
| 5.3      | Ilegitimidade política: a crítica ao modelo institucional do CONFAZ e breves propostas para um novo arcabouço legal - conclusões..... | 87        |
|          | <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>  | <b>91</b> |
|          | <b>ANEXOS.....</b>  | <b>95</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

A redemocratização brasileira é fortemente marcada por um modelo de federalismo estadualista e predatório Abrucio (2000), em que o fenômeno da guerra fiscal constitui uma dimensão ineludível à apreensão do traço estrutural de nosso dilema federativo. Nesse sentido, é interessante que adiantemos que se assume como momento explicativo dessa anomalia, em larga medida, falha existente no desenho institucional do Conselho Nacional de Política Fazendária ("CONFAZ") – fórum federativo por excelência – que constitui, como se demonstrará, a arena decisória adequada para a solução dos conflitos advindos da partilha de competência tributária do ICMS entre os Estados-membros.

Diga-se e sublinhe-se, por oportuno, que não se trata de mero imposto dentre os cerca de uma dúzia dos que constam da Constituição; pelo contrário, trata-se do tributo mais produtivo do sistema tributário nacional, *"a par de ser o mais adequado às tendências de integração e de neutralidade frente a formação dos preços, à competitividade e à livre concorrência"* (DERZI, [1997] p. 1).

Outrossim, do ponto de vista teórico e do recorte metodológico da investigação científica<sup>1</sup> a que nos propomos, é também importante que se aponte que a perspectiva que se adotará à observação deste problema decorre de um pano

---

<sup>1</sup> Em meio a este aspecto de índole formal, natural a todo trabalho acadêmico, houve toda uma preocupação com os mais atuais padrões de normalização da ABNT, publicados em 2003 (NBR 6021, NBR 6022, NBR 6024, NBR 6027, e NBR 6028). Ver FRANÇA, J. L.; VASCONCELLOS, A. C.; **Manual para normalização de publicações técnico-científicas**. 7. ed. Belo Horizonte, 2004.

de fundo marcadamente neo-institucionalista: temos que as instituições não revelam meros fatores externos à realidade política e aos agentes nela inseridos, como simples mecanismos de oportunidades e constrangimentos estáticos, imutáveis, imunes ao meio a que visam regular.

A exploração científica deste trabalho monográfico, em rota contrária à visão do institucionalismo econômico, imbuí-se de postura investigativa em que o conjunto das instituições é visto a partir do tempo e da dinâmica social, de uma dialética entre o “jogo em si” e os “jogadores e as regras do jogo” – isto significa perscrutar (para além do puro método jurídico) as possibilidades advindas da afetação que dados comportamentos imprimem sobre o conjunto de regras, a demarcar a disputa em termos de sua legitimidade para normatizá-lo, bem como os naturais questionamentos em torno de sua capacidade de fazê-lo.

Cumpre-nos, nessa exata medida, indagar que incentivos institucionais engendram a baixa capacidade de o CONFAZ minimizar os conflitos, vale dizer, de mitigar à sua maneira a própria guerra fiscal.

Assim, relativamente ao órgão, o trabalho tem como escopo específico responder à pergunta que, de forma mais ampla, formulou-se em termos de que o “desafio com que se defrontam, hoje, a teoria e prática da democracia é o de transformá-la em um jogo iterativo, jogado em contextos decisórios contínuos e em múltiplas arenas” (ANASTASIA, [2002], p. 1).

A título ilustrativo, numa espécie de justificação pragmática, trago a colação, no ANEXO A deste ensaio, algumas notícias veiculadas na imprensa de um dos mais recentes casos dos embates havidos entre os Estados no âmbito da guerra fiscal: em setembro de 2004 o Governo Geraldo Alckmin baixou pacote fiscal em que se reduziu de 18% para 12% a alíquota do ICMS relativo a setores de autopeças, medicamentos, alimentos, instrumentos musicais, brinquedos e atacado de couro; perfumes, cosméticos, higiene e vinhos, tiveram uma redução de 25% para 12%.

O resultado nefasto desta operação, para se sublinhar só um dos casos, foi uma violenta reação do Distrito Federal que, simplesmente, barrou a entrada de produtos paulistas que não tivessem recolhido a integralidade do imposto em tese devido – vale dizer, 18 e 25% respectivamente – nos postos de fiscalização fiscal.

Isto, só para se ter uma pequena noção de um fato incontroverso, público, e que muito tem preocupado o setor produtivo e a população em geral, sob os quais recaem os efeitos deletérios de nosso padrão predatório de relações interestaduais.

## 2 A QUESTÃO DO PODER - SITUAÇÃO NO CONSTITUCIONALISMO ATUAL

### 2.1 Considerações preliminares

Robert Dahl (1998) é quem nos oferece o conceito erigido como uma das categorias centrais da Ciência Política e da Teoria Geral do Estado; a unidade analítica que preside inexoravelmente todo esforço intelectual destas searas científicas do saber: trata-se do poder, como a capacidade de x.1 engendrar em x.2 o comportamento desejado, contido em um plano, por x.1.

De acordo com a tipologia weberiana, a partir do tipo ideal concernente à dominação carismática ou tradicional, o caractere x.1 pode corresponder a um indivíduo (p.ex., numa autocracia, um Rei Absoluto); ou, na hipótese da dominação racional, um grupo de indivíduos (uma democracia, p.ex., o gabinete de um Primeiro Ministro de um sistema parlamentar). O caractere x.2, a seu turno, pode ser, e geralmente o é, toda a população de um dado território soberano do globo terrestre.

O comportamento obtido pelo exercício do *poder*<sup>2</sup>, outrossim, consiste no objeto da norma jurídica - o Direito é assumido, nesta exata medida, como uma técnica aperfeiçoada do exercício do poder.

---

<sup>2</sup> Ver, FAGUNDES, M. S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979. Para Seabra Fagundes, em quem buscamos e sempre obtemos fonte segura

Os indivíduos (x.2), destinatários da norma cuja hipótese de incidência é sempre um comportamento humano (isolado ou coletivo), conformam-se aos parâmetros legais, em regra, pelo simples dever de fazê-lo.

Este é o resultado obtido nos momentos em que se opera a estabilidade de um regime político.

Contudo, àqueles que porventura atuem de forma contraveniente aos imperativos do direito, o poder, como organização humana histórica<sup>3</sup>, dispõe de um conjunto de sanções juridicamente pré-ordenado para o restabelecimento da ordem ultrajada.

Temos, portanto, a verificação de uma consequência jurídica, no sentido da correição do desvio, imprimindo o comportamento pelo ordenamento jurídico desejado, uma resposta gerada no âmbito da autopoiese do sistema estatal a fim de reaver a ordem violada – verifica-se, pois, o direito como um sistema operacionalmente fechado e cognitivamente aberto.

Eis, grosso modo, a tecnologia contida na norma jurídica, produto do exercício do poder.

---

de conhecimento jurídico, o poder é uno e indivisível. O que temos é a tripartição do exercício do poder em órgãos do Estado, e não tripartição do poder em si.

<sup>3</sup> Para Marx, “a sociedade em ação”. Para Hermann Heller, o Estado consiste na garantia e aperfeiçoamento da ordenação social ao regular a cooperação de todos os fatores da organização. É, ao mesmo tempo, alicerce e objeto da organização, condição e efeito. Heller pontifica que a função social do Estado, como assecuração da convivência e da cooperação entre os homens, é a chave para a compreensão dos fenômenos estatais como a soberania, supremacia territorial, monopólio coativo, etc. HELLER, H. **Teoria do Estado – staatslehre**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. Ed. Mestre Jou. São Paulo. 1968.

Diz-se norma *jurídica* uma vez que determina um comportamento coativamente imposto pelo Estado, qualidade que somente o ordenamento jurídico possui.

Destarte, argumenta-se a existência de um aspecto interno (*internal aspect*) e de um aspecto externo da norma de direito (*external approach*)<sup>4</sup>.

Para Hart, o direito como técnica do poder, como padrão compulsório de conduta, não é a mera soma de simples comandos erigidos por ameaças (sanções), mas reclama um substrato de legitimidade (*internal aspect*).

"*A pari*", um ordenamento jurídico não poderia resistir por muito se toda a coletividade agir em função das conseqüências legais (*external approach*) todo o tempo<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> HART, H. L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon, 1961

<sup>5</sup> É importante ressaltar a diferença conceptual de ordem jurídica e ordenamento jurídico. DINIZ, M. H. *Dicionário Jurídico*, Vol. 3, São Paulo, 1998, p. 462, em magistério inolvidável, ensina-nos que o ordenamento jurídico consiste nas fontes estatais do direito, na regulamentação coativamente posta pelo poder legiferante implementada pela burocracia pública. A ordem jurídica, ou legal, por sua vez, é vista a partir de um ângulo fenomênico, a partir das reais condições da regulação social – é, em verdade, o resultado dialético entre o Estado e a sociedade civil. No momento da origem de uma nova ordem jurídica democrática, está a Constituição, quando inexoravelmente a sociedade civil atinge o Estado, determinando-lhe o padrão maior para a relativização de todo o ordenamento jurídico. A Constituição, fruto do poder constituinte originário, nas palavras do Min. Carlos Ayres Britto, é a única capaz de “zerar a contabilidade jurídica”, determinando-lhe um paradigma novo, outro fundamento de validade e eficácia para o ordenamento jurídico. Ocorrendo exercício infraconstitucional exorbitante ou contraveniente às decisões políticas fundamentais da Carta Magna, é lícito, pois, àqueles que se encontram no âmbito de incidência destes abusos de poder, provocar o movimento de outra engrenagem estatal, o Judiciário. “*Incidenter tantum*”, podem os juizes em controle difuso de constitucionalidade a aplicação de um estatuto legal gerado no bojo do Legislativo ou um regulamento do Executivo. Àqueles legitimados pela própria Constituição cabe a legitimidade para provocar o controle concentrado, para operar “*erga omnes*” os efeitos da declaração judiciária da inconstitucionalidade das leis ou atos normativos.

É importante que se frise que Hart cunha a expressão *internal aspect* visto que o direito é função de sua legitimidade ou seu reconhecimento social – este tema será retomado de forma mais apropriada aos desígnios científicos deste ensaio quando da discussão da teoria democrática como processo decisório<sup>6</sup>, de Sartori (1994), na quinta parte desta monografia.

Remetendo-nos de certa forma a Weber<sup>7</sup>, a maioria dos destinatários da norma, em regra, apreende o sistema legal como as bases mínimas que qualquer um deve seguir, pois refletem: o caminho dos ancestrais, ou a estrutura do cosmos, ou o caminho de Deus; ou porque eles democraticamente aprovaram-na ou simplesmente endossaram os parâmetros para se estabelecer os procedimentos regulares de sua produção.

O poder não opera, pois, num vazio sociológico (sem que isso signifique que ele seja simples corolário das forças econômicas, culturais, etc.) - imprime, isso sim, uma interação entre instituições e condições, num jogo combinado dessas dimensões, em cujas trajetórias históricas o investigador político busca as invariáveis científicas de seu campo do saber.

Temos, pois, nesse sentido, que o Estado é a organização que roga a si, e detém, o monopólio do uso da força, circunscrito a dado território, como o mecanismo maior de *enforcement* do exercício do poder.

---

<sup>6</sup> SARTORI, G. **A Teoria da Democracia Revisitada**. São Paulo, Ática, 1994

<sup>7</sup> WEBER, M. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. 2ª ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1971

Esta é a noção aperfeiçoada por Max Weber, capaz de constituir uma categoria analítica adequada para as ciências sociais.

De outro lado, a noção liberal ou marxista, segundo as quais os fins do Estado (garantia de direitos de primeira geração, como a propriedade; ou superestrutura fruto da infra-estrutura que lhe é base econômica), corresponderia à exclusão de toda uma gama de manifestações históricas idôneas a configurar a figura estatal, v.g., os Estados teocráticos, não correspondendo aos nossos desígnios científicos.

A definição pelos meios próprios do Estado (monopólio coativo em dada soberania), e não pelo seu elemento teleológico, é assumido, por conseguinte, na invariável científica particular do tipo ideal 'Estado'.

Cioso destas indispensáveis premissas, podemos pensar, agora, uma definição de democracia - o locus conceptual por excelência em que se opera o jogo dialético entre instituições e condições como forma de produção de normas jurídicas socialmente legitimadas.

Apesar de se tratar de autor de índole marcadamente elitista, Schumpeter<sup>8</sup> dá-nos conceito razoável para os propósitos deste estudo, bastando-nos, por enquanto: a democracia consiste no procedimento em que, de tempos em tempos, o povo escolherá as elites que o governarão.

---

<sup>8</sup> SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. [s.n.t]. Rio de Janeiro: Zahar, 1983

Note que o termo utilizado, "elites", não guarda nenhum eufemismo com termos, p.ex., "representantes do povo", etc.

Entretanto, pode-se chegar a um silogismo lógico, óbvio, a partir desta concepção: não há que se falar em governo, não há que se falar em exercício regular e democrático do poder, sem a necessária premissa da representatividade, isto é, da investidura política.

Tem-se, ao mesmo tempo, o suposto jurídico básico para o exercício do poder político e seu fundamento (meta jurídico) de legitimidade.

É o que se encontra positivado na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988<sup>9</sup>, em seu artigo 1º, parágrafo único, verbis: "*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*".

O poder político é o objeto mais amplo do Direito Público, em que e encontra a Teoria do Estado; assim como o é para as Ciências Políticas - cada uma das quais dotadas de seus métodos, teorias, questionamentos e perspectivas próprios, não obstante encontrarem-se conectados e próximos pelas suas preocupações<sup>10</sup>, em uma dialética estabelecida pela ação comunicativa.

---

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição (1988) *Constituição brasileira*, 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais n. 1/92 a 44/04 e pelas emendas constitucionais de revisão n. 1 a 6/94. Brasília: [Senado Federal], 2004. 245 p.

<sup>10</sup> A autonomia científica dessas ciências humanas não implica impedir ou excluir o diálogo entre seus caminhos e conclusões. É o que pontifica Bobbio quando do estudo das possíveis relações entre

Dessa forma, o recorte que se dará neste trabalho monográfico assenta nestas premissas básicas o apontamento de seu problema e problemática, numa convergência acadêmica de nossas preocupações.

O poder e sua necessária faceta de poder tributário, de acordo com Adam Pzerworski<sup>11</sup>, consiste no nosso pano de fundo.

A divisão em função do território do poder tributário, percebido em termos de suas limitações (alcance e abrangência) e de demarcação das competências tributárias (os órgãos investidos da titularidade de ser fontes emanadoras do Direito Tributário Material) amoldam, substancialmente, o conteúdo da segunda parte do estudo, mais amplamente situado pela doutrina como o Sistema Constitucional Tributário.

Na terceira parte, estabelecer-se-á a questão do dilema federativo brasileiro e os efeitos deletérios que o têm peculiarizado, notadamente a guerra fiscal, em função de seu enquadramento histórico e causas econômicas (sem que isso signifique extrapolar a demarcação acadêmica da monografia).

Na quarta parte, aduzias as premissas do federalismo fiscal no bojo da República, e bem localizado o papel do Conselho Nacional de Política Fazendária (sua composição, o objeto de sua competência), passar-se-á a situar este órgão em

---

filosofia política e ciência política. In BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro, Ed. Campus, 2000, p. 67 e seg.

<sup>11</sup> PRZEWORSKI, ADAM, *Apud* SPAGNOL, W. B. **Curso de direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.01

cotejo às lições da teoria democrática como processo decisório e à noção de Comitês, que nos permita traçar proposições acerca de que incentivos institucionais causam, em larga medida, para nós, a guerra fiscal.

Por fim, traçar-se-á breves considerações ao enquadramento do CONFAZ no tempo, mais precisamente de sua origem pela Lei Complementar 24 de 1975<sup>12</sup>, e de seu questionamento em face da Constituição de 1988, vale dizer, da temática mais ampla do conflito de normas no tempo.

Isso, com a preocupação central com os aspectos da legitimidade do poder e da política, para, em visão crítica, apontar algumas opções acadêmicas e de *lege ferenda*.

Entretanto, são úteis alguns apontamentos, mesmo que de forma breve e um tanto quanto simplória em face da complexidade dos assuntos, sobre o recorte epistemológico acerca da atividade política e um paralelo com as noções filosóficas atinentes ao conjunto de decisões políticas fundamentais de um regime político.

De forma mais geral, assentar-se-á algumas premissas acerca de noções lógico-jurídicas (científicas pois universais), não obstante a preocupação com o universo jurídico-positivo<sup>13</sup> (dogmáticas, parâmetro para o exercício da política legislativa, seja criminal, financeira, etc.), que circundam a problemática do

<sup>12</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar nº 24 de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os Convênios para a Concessão de Isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias, e dá outras providências. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, 09 jan. 1975. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 fev. 2004

<sup>13</sup> TERAN, Juan Manuel. *Filosofía del Derecho*. México, pp.81 e ss.

constitucionalismo e da democracia, pano de fundo mais amplo deste esforço investigativo, em que necessariamente se insere nossa problemática específica sobre a federação e o dilema federativo, em específico, da inserção do CONFAZ nestas dimensões.

## 2.2 Consenso sobreposto e consenso constitucional

John Rawls<sup>14</sup> tem como preocupação no âmbito do estudo da filosofia uma concepção política, a justiça como equidade, que é objeto de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis, por meio de que se especificam os termos equitativos da cooperação social em sociedades marcadas pelo pluralismo.

Busca traçar, dentre outros, as bases sociais do auto-respeito, em que se encontra sedimentado o mínimo existencial que possibilite aos cidadãos o exercício de sua liberdade política, sem o que de nada valeria quaisquer discussões acerca do momento constitucional, uma vez que não se encontraria respeitada uma das condições da estabilidade social.

A crítica feita ao *background* teórico de John Rawls sustenta que seu discurso não dá conta de demonstrar como as instituições realizam efetivamente os ideais de justiça, estes moldados como fruto lógico da concorrência de interesses

---

<sup>14</sup> RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Ed. Atlas, 2001

difundidos socialmente, ademais de contemporaneamente as ciências sociais demonstrarem que a esfera cultural, *per si*, não explica a totalidade de problemas postos pela "burocratização" (em sentido não técnico), as injunções no âmbito do Governo de interesses corporativos poderosos<sup>15</sup>, etc.

Contudo, Rawls traz uma contribuição muito importante ao debate que ora se propõe, a despeito da forte crítica que lhe é formulada: quando da passagem do momento de consenso sobreposto para o de consenso constitucional, os procedimentos a regular a atividade de embate institucional das doutrinas abrangentes, para a formulação das decisões que escapam à abrangência do conteúdo próprio de um consenso sobreposto (as bases sociais do auto-respeito), são situados como uma das dimensões do consenso constitucional apropriada a oferecer estabilidade social.

Não percebe, pois, a crítica que lhe formula, que parte da resposta de Rawls situa-se justamente numa dimensão institucional<sup>16</sup> ao questionamento dos elementos a consubstanciar a permanência de um dado regime, não obstante seu argumento fundamentalmente cultural.

Habermas avança na discussão internacional, em certo sentido, quando da elaboração de questionamento que aproximava a tensão externa havida entre os

---

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. Tradução de Willian Rehg. Cambridge, The MIT Press, 1996

<sup>16</sup> Institucional, assumimos, pois é capaz de servir como canal para a vocalização de interesses e preferências, bem como a permitir a dialética comunicativa entre os discursos e seu auditório. "Qualquer membro que percebe um conjunto de alternativas, pelo menos uma das quais considera preferível a qualquer uma das alternativas na ocasião, pode inseri-la(s) entre as apresentadas à votação", DAHL, Robert, **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 1998, p. 72.

reclamos de uma ordem jurídica democrático-constitucional e os caminhos em que as formas de poder social atualmente estabelecem as condições de legitimidade dos processos decisórios (lawmaking).

É interessante reproduzir trecho integral de sua obra, visto que é exemplar a passagem em que Habermas<sup>17</sup> ensina que:

*"if, under the conditions of a more or less well-established welfare-state compromise, one wants to hold on not only to government by law [Rechtsstaats] but to democracy [demokratischer Rechtsstaats] as well, and thus to the idea of the legal community's self-organization, then one can no longer maintain the liberal view of the constitution as a "framework" regulation primarily the relation between administration and citizens. Economic power and social pressure need to be tamed by the the rule of law no less then does administrative power. On the other hand, under the conditions of cultural and societal pluralism, the constitution must also not be conceived as a concrete legal order that imposes a priori a total form of life on society as a whole. Rather, the constituion sets down political procedures according to which citizens can, in the exercise of their right to self-determination, successfully pursue the cooperative project of establishing just (i.e. relatively more just) conditions of life. **Only the procedural conditions for the democratic genesis of legal statutes secures the legitimacy of enacted law**" (Grifo nosso).*

A democracia como regra majoritária deve guardar, pois, uma relação de fundamentação permanente com a dimensão do constitucionalismo, uma vez que este passa a ser assumido como a teoria normativa do político, a informar toda a *práxis* política havida no embate do jogo democrático.

---

<sup>17</sup> HABERMAS, *Ob. cit.* p. 263

### 2.3 Da titularidade e do exercício do poder

Vejamos o artigo 1º, § único da CRFB/88: "*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*".

A primeira leitura que podemos efetuar acerca do conteúdo desta claríssima disposição constitucional reside na distinção dada à titularidade do poder, que é sempre do povo (população de um país que gozam de direitos políticos<sup>18</sup>), em confronto ao próprio exercício deste poder, que se dará diretamente pelos próprios titulares do poder, v.g, pela via do plebiscito, referendo ou iniciativa popular; ou indiretamente pelo sufrágio universal (em regra), **elegendo-se representantes**.

Em momentos de estabilidade de um regime político, como foi dito anteriormente, os destinatários da norma jurídica atuam de forma lícita, idônea, na conformidade das restrições institucionais.

O fazem em face do *internal aspect* das decisões políticas: são condutas devidas, uma vez que legitimamente estabelecidas, em parâmetros procedimentais que todos possam endossar, estas consubstanciando decisões políticas fundamentais, nucleares, dispostas no bojo de um consenso constitucional.

---

<sup>18</sup> Ver, por todos, DAHL, 1998.

Não obstante, persiste o questionamento acerca das condições reais que devem ser processadas em âmbito institucional, vale dizer, o que produz cooperação social - e é disso que se trata.

Para John Rawls, é um tipo de concepção política ("*justice as fairness*"), que implica um consenso sobreposto ("*overlapping consensus*"), o motivo central da cooperação social, vale dizer, a causa do ajustamento da ação humana, fenomênica, inteligível, a uma série de mecanismos de constrangimentos e/ou oportunidades institucionais, produzindo-se o resultado desejado pelo espírito daquela concepção.

Contudo, a resposta dada pela Filosofia Política norte-americana não é suficiente para explicar os propósitos desta monografia - sem prejuízo, obviamente, de constituir um marco conceitual ineludível para o cientista.

É na teoria da democracia como processo decisório de Sartori<sup>19</sup> que encontramos substrato teórico-científico que permite uma maior aproximação de nosso objeto, ou seja, um *background* analítico que nos permitam a partir de noções cientificamente invariáveis (Popper) acerca da atividade política.

Façamos, por oportuno, alguns apontamentos, não obstante retornarmos a esta discussão no decorrer do texto.

---

<sup>19</sup> SARTORI, 1994.

A primeira noção que destacamos como importante para este trabalho, oferecida-nos por Sartori é a de decisões coletivizadas, que de forma análoga para a ciência do direito consiste na norma jurídica. *"Decisões coletivizadas são (...) decisões que se aplicam e são impostas a uma coletividade independentemente de serem tomadas por uma pessoa, por algumas pessoas ou pela maioria"*<sup>20</sup>, soberanas, inescapáveis e sancionáveis. É este o traço distintivo do poder político, do poder econômico, etc.

A regra da representatividade, tal qual consubstanciada na CRFB/88, como método de aquisição do exercício do poder, permite, ao menos teoricamente, a passagem das preferências e interesses presentes na sociedade civil, processando-as a nível institucional, para o estado de decisões coletivizadas, de norma jurídica.

Assim aponta-nos Sartori<sup>21</sup>, ao situar a representação como o ponto de interseção entre a produção de menores riscos externos (de opressão) do sistema sem que se aumentem por demasiado os custos decisórios.

Assentadas, pois, essas balizas conceptuais, pode-se avançar na pesquisa, trazendo ao argumento a preocupação central que temos sobre o Conselho Nacional de Política Fazendária, na condição de *locus* por excelência de coordenação intergovernamental (cujo fim é processar aqueles interesses), numa espécie de verdadeiro fórum federativo (ao lado do Senado e do Supremo Tribunal Federal) – isto é, a preocupação de apreender o exercício de parcela específica do poder

---

<sup>20</sup> SARTORI, 1994, p. 287.

<sup>21</sup> SARTORI, 1994, p. 298.

tributário concernente ao ICMS, no âmbito do federalismo fiscal, matéria da segunda parte do trabalho.

A partir dessa demarcação analítica, a segunda preocupação é a forma de estruturação e organização desse órgão colegiado, buscando supedâneo teórico-analítico na tipologia de "Comitês", objeto da quarta parte, em que abordaremos sua teoria da democracia como processo decisório.

### **3 A QUESTÃO DO PODER TRIBUTÁRIO E SUA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-TERRITORIAL**

3.1 Alguns elementos centrais do Sistema Tributário Nacional: posituação do federalismo em termos de competências tributárias e a manifestação do poder tributário na CRFB/88

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 configura um arranjo federativo em que os três níveis dotados de autonomia político-administrativa (federal, estadual e municipal) possuem uma parcela de poder político concernente ao exercício de competência tributária.

Trata-se, portanto, de objeto do Direito Público, que apreende o poder político de tributar de perspectiva normativa - vale dizer, a partir dos parâmetros em que o poder tributário inerente ao poder político é exercido no Estado Social e Democrático de Direito que nos é contemporâneo.

Geraldo Ataliba pontifica, outrossim, que:

*"a lei que contém a hipótese de incidência só pode ser expedida pela pessoa político-constitucional competente (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), de acordo com os critérios de repartição de competências tributárias (discriminação de rendas) constitucionalmente estabelecidos.*

*Não se confundem a competência para legislar, com a capacidade de ser sujeito ativo de obrigações tributárias*<sup>22</sup> .

Temos, assim, um agrupamento de pessoas jurídicas de direito público interno, cada qual dotada de um conjunto de prerrogativas legislativas (competências legislativas concorrente e comum) tendentes a incidir sob momentos fáticos, normativamente pré-fixados<sup>23</sup>, que revelem conteúdo econômico (fatos geradores não vinculados à atuação estatal) ou a necessidade de se remunerar o serviço público (fatos geradores vinculados a uma atuação estatal), observadas todas as balizas principiológicas que informam e ao mesmo tempo traduzem a essência do regime jurídico constitucional tributário.

A par da natureza dos fatos jurídicos impregnados de conteúdo economicamente apreciável por um estado ou manifestação do contribuinte (do ponto de vista da espécie tributária, os impostos, empréstimos compulsórios e contribuições especiais), suposto necessário em Direito Tributário, lembra a lição de Heleno Tôrres que:

*"quando o legislador exercita competências de direito tributário, construindo tipos e conceitos com outros já qualificados pelo uso das competências de direito civil ou comercial, submete-se a um regime constitucional de limitações, garantidores do patrimônio e da liberdade dos contribuintes. Vedação ao confisco, capacidade contributiva, mínimo existencial, não-cumulatividade, garantia da liberdade de tráfego, irretroatividade, dentre outros, (...) se há algum primado a ser*

---

<sup>22</sup> ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 4ªed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990.

<sup>23</sup> *V.g.*, o princípio da legalidade tributária, CR, art. 150, I e II..

*respeitado, este há de ser, sempre, o do direito constitucional*<sup>24</sup>.

Positivamente, a CRFB/88, ao iniciar o tratamento dedicado ao sistema tributário nacional, em seu título "Da Tributação e do Orçamento", artigo 145, estabelece (1) as espécies de tributos que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir (2) os princípios gerais da tributação (3) a competência à qual se encontra adstrita a manifestação do poder legiferante derivado, compreendidas as limitações ao poder de tributar (4) o conjunto de tributos atinentes a cada ente político (5) e a repartição das receitas tributárias (6).

Acrescenta Torres que:

*"a repartição rígida das competências atribuídas às pessoas políticas presentes na Carta Constitucional é um reclamo impostergável do federalismo em vigor no Estado brasileiro, ao colocar a União, Estados, Municípios e Distrito Federal num mesmo patamar hierárquico (igualdade jurídica), restando, entre elas, tão somente, campos de atuação diferentes. No cumprimento de suas funções constitucionais típicas, cada uma dessas políticas, mediante atividades inerentes às competências atribuídas, obriga-se a criar seus tributos e efetivar funções de arrecadação e fiscalização dessas receitas, visando à formação do patrimônio público nacional. Daí que, como corolário dessa ordem constitucional, três primados básicos hão de informar as respectivas condutas fiscais: **i) esgotamento das competências atribuídas constitucionalmente, ii) restrita concessão de isenções ou benefícios fiscais (restrição à renúncia de receitas) e iii) fiscalização efetiva sobre todos os contribuintes** e com o maior alcance possível, numa espécie de exercício do poder de polícia sobre o patrimônio público a realizar. O esgotamento das competências tributárias atribuídas às pessoas políticas para financiar suas funções constitucionais é um imperativo que decorre do*

---

<sup>24</sup> TORRES, Heleno. **Direito tributário e Direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

*federalismo cooperativo, em vista do plexo de competências originárias e compartilhamento de receitas de impostos, com transferências diretas e por meio de fundos de participação. Assim sendo, qualquer pessoa política descumpra frontalmente a Constituição Federal quando não carrega esforços para a exaustão da competência tributária ou não concentra o máximo de eficiência administrativa para os processos de arrecadação e fiscalização de tributos, dotando suas repartições responsáveis de todos os meios formais e materiais necessários. Trata-se de dever constitucional (...)”<sup>25</sup> (Grifo nosso).*

Destarte, vislumbra-se que a interdependência política imanente ao arranjo institucional de índole federativa constitui o cerne da apreciação da manifestação do poder de tributar na perspectiva cooperativa<sup>26</sup> entre os Governos e Administrações Federal, Estaduais e Municipais, em vista, principalmente, dos mecanismos de transferências obrigatórias e voluntárias da carga tributária.

Nesse sentido, erige-se a seguinte pergunta, fruto de muito debate nos Estados Unidos, e que se resume, grosso modo, ao seguinte: o que determina a cooperação de um Estado-membro da federação a atuar no sentido da execução, do cumprimento de uma lei federal (federal no sentido de emanada do órgão legiferante federal)? Quais as bases da legitimidade da restrição da autonomia estadual?

Até a obra magnífica de Robert Dahl, **Um prefácio à teoria democrática**, o analista político poderia se valer, *v.g.*, da teoria madsoniana, nos clássicos - e até hoje muito caros à praxis política norte-americana - **Federalists**

<sup>25</sup> TORRES, Heleno, 2003, p. 12.

<sup>26</sup> É o magistério do Professor Onofre Alves Batista Júnior, no sentido de que “a solução exigida pelo mandamento de eficiência para a intrincada equação não exige apenas que se tome em consideração a questão da pulverização das Administrações Públicas: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz, ainda, **uma interpenetração de competências que merece atenção**” (*Grifo nosso*). In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 258.

**Papers**, para assentar que a lógica das concessões mútuas conformam as relações harmônicas entre as unidades partes que compõem o todo.

Contudo, tal discurso olvida de um aspecto que julgamos ser um dado relevante àquilo que aqui se propõe explorar, ou seja, em que instituições se processam nossas condições históricas.

Certamente, no sistema constitucional brasileiro contemporâneo, podemos argumentar que aquele papel é desempenhado, em larga medida, pelo Senado Federal, em que se encontra a representação dos Estados no Congresso Nacional, assim como o é nos EUA.

Em nosso sistema, três senadores(as) são eleitos, via sistema majoritário, pelo povo de cada Estado-membro, alçando-os à condição de mandatários da representação política em âmbito nacional - vale repetir, são os delegados no Congresso Nacional que irão confrontar os interesses de cada unidade federada estadual<sup>27</sup> nos processos decisórios, de *policy making*.

---

<sup>27</sup> Note que os Municípios, juridicamente iguais aos Estados-membros, se submetem às leis federais não obstante não possuir o mesmo acesso à tão significativa arena decisória. Aliomar Baleeiro anota, a respeito do relevo do papel desempenhado pela Casa Legislativa na Carta Política de 1969, que “as ‘resoluções do senado’ estão previstas genericamente no artigo 46, VII, da Constituição e especificamente no artigo 23, III (abatimentos do ICM) e §4º desse dispositivo (instituição de outras categorias do ICM, além dos revistos no inciso II, do mesmo artigo). Recorde-se que o Senado, por meio de ‘resoluções’, autoriza aos Estados, DF e Municípios empréstimos, operações ou acordos externos de qualquer natureza (Constituição, artigo 42, IV), assim como suspende a execução, no todo ou em parte, da lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Isso tem acontecido, no regime da Constituição anterior, a algumas leis tributárias de Estados e Municípios. Depois da Emenda nº1/69, aplica-se o artigo 11, §1º, c desta, nos casos específicos, sem prejuízo da competência atribuída ao Senado pelo artigo 42, VII, da CF. In: BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 49

Eis parte da resposta ao requisito da legitimidade como suposto imanente ao regime democrático de forma de Estado federativa tal qual particularmente consubstanciado neste modelo bicameral.

### 3.2 "*Self-rule plus shared rule*" - mecanismo de superposição de soberanias

Daniel Elazar<sup>28</sup>, cuja obra é consagrada entre os cientistas políticos preocupados com questões teóricas relativas à forma de Estado federativa contemporânea, tem como preocupação a organização político-territorial do poder político, a partir de cuja interpretação lança-se a fórmula que contempla a experiência federativa norte-americana (que muito repercutiu no mundo, notadamente no Brasil pós-proclamação da republica).

Ao contrário das confederações, em que se verifica elevado nível de independência entre os Estados confederados (é o caso das treze colônias, embrionárias dos Estados Unidos da América, experiência que evoluiu ao modelo federativo); a solução federativa propõe a "centralização" da soberania estatal no âmbito do Estado federal, assegurando-se aos Estados federados um dado grau de autonomia<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> ELAZAR, Daniel. *Exploring Federalism*. The University of Alabama Press. Alabama, 1987, p.12 e seg.

<sup>29</sup> É justamente acerca deste *grau de autonomia dos Estados federados* que se assentou larga parcela da história política dos Estados Unidos da América, percebida a partir da clivagem partidária que há muito se mantêm na *práxis* política estadunidense – a dicotomia “republicanos”/“federalistas” (hoje,

Contudo, os enlaces normativos entre os centros do poder - multifacetado em função do território (forma de estado federalista) em pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de autonomia política e administrativa - constituem, sem dúvida, parte do pano de fundo deste trabalho monográfico, partindo-se da compreensão de que o federalismo, cotejado ao conteúdo do unitarismo, permite-nos uma abstração um tanto óbvia, mas fundamental a todo nosso raciocínio: a existência de "dupla soberania"<sup>30</sup>.

A junção das unidades federadas, como o caso norte-americano, apta a gerar o todo, implicando, logo, a forma federativa; ou o desmembramento do todo unitário em frações elementares, sem prejuízo da manutenção do todo original, como no caso brasileiro e de grande parte das outras experiências; a despeito de suas peculiaridades, de suas trajetórias, ambos casos tem em comum o reconhecimento da existência atual de governos subnacionais e um nacional, todos detentores de parcela do exercício do poder (seja nas funções administrativas, quanto legislativas ou jurisdicionais).

De outro lado, a forma de governo republicana e o regime político democrático requerem seja estabelecidos laços de responsabilização, em que os governos subnacionais respondem ao eleitorado local, bem como o nacional ao povo em sua totalidade.

---

"democratas") – os primeiros, defensores de uma maior autonomia dos Estados federados, enquanto os democratas advogam as vantagens da centralização do poder no âmbito da União.

<sup>30</sup> ABRUCIO, 2000, p. 1.

Entretanto, tal premissa lógica não é suficiente para garantir a unicidade do sistema - a coordenação entre os níveis de governo, do ponto de vista normativo, passa a constituir o eixo estratégico no debate sobre o federalismo *latu sensu*<sup>31</sup>, assumindo papel teórico ineludível da pesquisa.

Do ponto de vista do recorte de competências legislativas, nesse sentido, o modelo norte-americano sistematizado em sua Constituição escrita adotou o método de atribuir, expressamente, à União a sua esfera de competências (é o caso da moeda, da defesa, da diplomacia, da Justiça Federal, do Comércio Exterior e da Fazenda Nacional); de outro lado, garante-se, implicitamente, os poderes legislativos dos Estados federados.

Sua competência é residual: desde que não contemplada dentre o âmbito de atuação da União, é dada-lhe a competência para livremente deliberar, guardada a devida vinculação do legislador infraconstitucional à Constituição

É o magistério do Professor Sacha Calmon<sup>32</sup>, *in verbis*:

*"Vamos aos traços marcantes desse nascente constitucionalismo. Em primeiro lugar, o federalismo por injunção. Para conciliar a necessidade de fortalecer o poder central, ante as requisições da soberania dos Estados, é criado o mecanismo da superposição de soberanias, a da União, dos Estados, em matérias apartadas. Faz-se uma discriminação constitucional de competências legislativas e executórias. À*

---

<sup>31</sup> Ver PIERSON, Paul. "Fragmented Welfare States: Federal Institutions and the Development of Social Policy". Governance, Cambridge, 1995.

<sup>32</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

*União cabe basicamente a defesa, a diplomacia, a moeda, a Justiça Federal, o Comércio Exterior e a Fazenda Nacional. Os poderes da União, expressos; os dos Estados, residuais, implícitos. Em segundo lugar, para acalmar os Estados pequenos, a representação paritária (dois lugares) no Senado, independentemente de sua população, a quem se atribui poderes decisivos, como o de referendar a guerra e a paz, os tratados, as indicações presidenciais para altos postos, na diplomacia, nos tribunais e outros mais”.*

Este, grosso modo, é a engenharia política francamente incorporada no arcabouço jurídico-institucional brasileiro: poderes expressos à União e residuais aos Estados. Mas, de outro lado, o problema advindo da leitura dos artigos 21 e 22 da CR reside na extensão dos momentos postos pelo Constituinte originário à discrição legislativa do Poder Legiferante Nacional – vale dizer, da amplitude do poder da União.

Entretanto, os pressupostos do federalismo contemporâneo não são satisfeitos com o mero atendimento da cláusula "*self-rule*". Não basta o recorte nítido daquilo que é competência exclusiva da União e, por conseqüência, dos Estados-membros.

O autogoverno<sup>33</sup> não basta para levar àquilo que antes já se argüiu, vale dizer, ao assentamento das bases para a coordenação intergovernamental, na

---

<sup>33</sup> O Professor Onofre Alves Batista Júnior, *Ob. cit.*, p. 255 e 256, dá-nos a noção exata de autogoverno, *in verbis*: "a idéia de autonomia engloba não só a capacidade de autonormação, como também a de criação de um bloco normativo identificável e susceptível de integração no ordenamento jurídico nacional. A esse rol de capacidades cumpre adicionar a de auto-organização e a de auogoverno, isto é, a capacidade de direção política e administrativa da comunidade, inclusive para traçar uma política própria que permita a definição de opções e diretrizes distintas das adotadas pelas pessoas políticas maiores."

exata medida de sua submissão às normas aqui assumidas por heterônomas por partirem da União, reputando-se normas de caráter nacional.

Há que se atender ao outro requisito existencial do federalismo, a saber, a denominada "*shared rule*".

Em âmbito nacional, a produção de normas que vincularam os entes políticos estaduais tem como produto o que doutrinariamente se reconheceu por normas gerais, eficazes em função de todas as unidades federadas, a partir de que pode o poder legiferante estadual exercer-se de forma supletiva (CR, art.24, §2º, verbis: "A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados").

Neste ponto surge o Senado Federal, na condição de fórum federativo (assim como o é o Supremo Tribunal Federal e o Confaz<sup>34</sup>), órgão suficientemente hábil a incorporar na arena decisória federal a representação paritária dos interesses de cada Estado-membro (composição pelo método majoritário), aberto às possibilidades advindas da perspectiva conceitual do discurso comunicativo habermasiano. Isto a compor, historicamente, junto à representação proporcional popular centrada na Câmara dos Deputados, o órgão detentor da função legislativa em âmbito da União.

---

<sup>34</sup> Assim o faz ABRUCIO, 2000, p. 9, em cuja doutrina delimitamos substantivos supostos em termos de marco teórico.

Da perspectiva exclusiva dos centros de soberania subnacionais, a cláusula do *shared rule* consiste na noção de competência legislativa concorrente. Raul Machado Horta é quem melhor disserta sobre a temática na doutrina pátria, indicando-nos que o federalismo contemporâneo guarda a tendência de cada vez mais em institucionalizar-se em termos de competência concorrente<sup>35</sup>.

Temos, pois, um arranjo híbrido composto de regras próprias e de um conjunto de regras partilhadas. É sobre justamente a incapacidade institucional de o CONFAZ gerar um processo razoável de *shared rule* que se situa a problemática da investigação.

### 3.3 Algumas particularidades do ICMS - o cotejo da categoria *iuris* das isenções fiscais com a noção ampla de Federalismo

Antes de passarmos a nossa problemática, vejamos a disciplina constitucional e infraconstitucional dedicada pelo ordenamento jurídico pátrio especificamente às isenções<sup>36</sup> de ICMS.

---

<sup>35</sup> HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995, p. 419-20.

<sup>36</sup> Serrano Queralt afirma à pagina 317 de seu **Curso de derecho financiero y tributário** que: “a isenção se apresenta nos atuais sistemas tributários como elemento idóneo e até indispensável para discriminar entre as inumeráveis situações de fato que podem ser previstas pelo fato gerador do tributo, amplamente definido. A excessiva uniformização de tratamento em todo âmbito do fato gerador impediria seguramente a imposição do tributo segundo os princípios de justiça, dificultando a existência de uma necessária personalidade” Apud SPAGNOL, W. B. **Curso de direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.244.

Na seção IV do sistema tributário nacional, parte da CR dedicada aos impostos dos Estados-membros e do Distrito Federal, fixou-se que lhes cabe, entre outros, na forma do art. 155, II da CR, o Imposto sobre "operações relativas circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior".

A seu turno, na seção II, ao dispor sobre as limitações do poder de tributar, estatuiu-se no artigo 150, §6º, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 3/1993, que "qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto artigo 155, § 2º, XII, g".

Em conformidade com este reenvio do texto constitucional, temos que cumpre à lei complementar nacional "regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados" nas hipóteses pertinentes ao ICMS.

A Lei Complementar 24 de 7 de janeiro de 1975, a princípio recepcionada – pois se colocará sob questionamento a simplicidade de tal assertiva – pela nova ordem jurídica política instaurada pela promulgação da CR (fenômeno por

meio de que são expurgados os comandos normativos materialmente contravenientes à nova sistemática jusconstitucional, incorporando-se ao ordenamento jurídico recém constituído aquilo que do anterior com esse se ajusta, preservando-se a harmonia do sistema em face do princípio da supremacia da Constituição) refere-se justamente à previsão do artigo 155, § 2º, XII, g, conferindo-lhe de pronto eficácia plena e aplicabilidade imediata<sup>37</sup>, uma vez que se trata, a princípio, de norma constitucional dependente de integração infraconstitucional para que se opere a plenitude de seus efeitos<sup>38</sup>.

O magistério inolvidável de Kelsen<sup>39</sup> preconiza que:

*"os novos homens (...) anulam a constituição e certas leis de importância política proeminente, e estabelecem outras normas em seu lugar. Uma boa parte da velha ordem 'permanece' válida dentro da estrutura da nova ordem. Mas a expressão 'permanece válida' não dá uma descrição adequada do fenômeno. Apenas o conteúdo dessas normas permanece o mesmo, não o fundamento de sua validade. Elas não são mais válidas em virtude de terem sido criadas da maneira prescrita pela velha constituição. Essa constituição não está mais em vigor (...) Se as leis introduzidas sob a velha constituição 'continuam válidas' sob a nova constituição, isso é possível apenas porque a validade lhes foi conferida, expressa ou tacitamente, pela nova constituição. O fenômeno é um caso de recepção. A nova ordem recebe, i.e., adota normas da velha ordem; isso quer dizer que a nova ordem dá validade (coloca em vigor) a normas que possuem o mesmo conteúdo que normas da velha ordem. A 'recepção' é um procedimento abreviado de criação do Direito".*

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7ª ed, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003.

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p.171-2.

Assim, as isenções do ICMS; bem como redução da base de cálculo; devoluções totais ou parciais, diretas ou indiretas, condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros; a concessão de créditos presumidos; quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base o ICMS, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta do respectivo ônus; prorrogação e extensões das isenções vigentes na data de promulgação da LC 24/75 são condicionadas à celebração e à ratificação de convênios pelos Estados-membros e Distrito Federal, sendo que a concessão de benefício dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados e a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de 4/5 (quatro quintos), pelo menos, dos representantes presentes às reuniões.

Aponta Carrazza<sup>40</sup> para que:

*"lembramos que as isenções de ICMS são concedidas por meio de decreto legislativo, que ratifica convênio celebrado pelos Estados e pelo Distrito Federal. Os Estados e o Distrito Federal, querendo criar isenções de ICMS, devem, pois, firmar entre si, por seus Executivos, Convênios (pactos, acordos, contratos). Tais convênios, para se tornarem direito interno de cada Estado e do Distrito Federal, hão de ser, imprescindivelmente, ratificados não por decreto do Governador - como vem acontecendo, com base no estrambótico art. 4º da Lei Complementar 24/75 -, mas por meio de decreto legislativo baixado pela respectiva Assembléia Legislativa ou, no caso do Distrito Federal, por sua Câmara Legislativa. Nunca é demais encarecer que o decreto legislativo (estadual e distrital) - lei em sentido material, como ensinava Pontes de Miranda - é que concede a isenção de ICMS. O convênio é apenas pressuposto da edição deste decreto legislativo (Cléber Giardino)".*

---

<sup>40</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, p.149 e seg.

As deliberações positivamente tomadas no âmbito do Conselho de Secretários de Estado da Fazenda são, então, levadas ao crivo das Assembléias Legislativas dos Estados-membros, cujo papel é incorporá-los em suas ordens jurídicas parciais.

Não obstante, na quarta parte do trabalho será assentado que o entendimento de Carrazza não pode ser encarado de forma tão simplista, visto que a inércia do Conselho exclui a possibilidade de as Assembléias dos Estados virem a deliberar sobre a matéria.

### 3.4 O entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, reiteradas vezes chamado a se pronunciar a respeito da instituição unilateral de isenções – indício irrefutável da precariedade política do CONFAZ – revogações ou quaisquer benefícios tributários pelas unidades federadas, firmou pacífica orientação<sup>41</sup> no sentido da repressão a este tipo de procedimento, sob o argumento fundamental de que sob o:

*"disfarce de sua autonomia (...) o ato normativo em questão prejudica sensivelmente os outros Estados e suas empresas", uma vez que "sabe-se que o ICMS é um tributo de característica nacional e, por isso mesmo, o constituinte federal*

---

<sup>41</sup> Ver, por todos, no ANEXO B, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Guerra Fiscal. Isenção de ICMS. Necessidade de Lei Complementar. Convênio Celebrado pelos Estados. ADI-MC 2.376. Estado de Minas Gerais *versus*. Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Mauricio Corrêa. Brasília. Acórdão de 15 de março de 2001. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em 24 de abril de 2004.

*teve a preocupação de determinar que os estados-membros obedecessem às linhas mestras de lei complementar federal...".*

Cumpra assinalar que, nessa medida, a decisão do Conselho Nacional de Política Fazenda é erigida a algo mais que um pressuposto, mas como arena decisória maior sobre este mister, relegando às Assembléias Estaduais o papel de ratificar aquilo que já tinha sido decidido - de certo modo, contrariamente ao que afirma Carrazza, *supra*.

Este argumento se sustenta pela simples constatação de que, como dito, a não deliberação pelo Conselho exclui a possibilidade de as Assembléias Estaduais virem a fazê-lo.

Em suma, a competência de iniciativa, em termos de processo legislativo, em matéria de isenções tributárias, benefícios, *etc*, do ICMS, em vista do atual arranjo institucional, bem como da consolidação de pacífica jurisprudência a esse respeito, é atribuição de um órgão colegiado, composto em regra pelos Secretários de Estado da Fazenda dos entes políticos estaduais, sob a presidência de representantes do Governo Federal.

Constitui, vale dizer, uma verdadeira arena decisória que exerce parcela do poder político - por sua vez circunscrito às questões acima enumeradas -, cujo produto, por conseguinte, refere-se à inovação do mundo jurídico, ou seja, atividade

materialmente legislativa<sup>42</sup>, ou como prefere a Ciência Política à decisões coletivizadas, sancionáveis, soberanas e inescapáveis<sup>43</sup>.

### 3.5 O poder e o significado da tripartição de seu exercício em termos da problemática específica do CONFAZ

A partir das noções clássicas de tripartição do exercício do poder, por meio de que quem elabora as leis não poderão aplicá-las; a quem cumpre aplicá-las, não é dado sobre elas disporem; bem a quem é dado julgar, tampouco poderá elaborá-las, quanto aplicá-las, à exceção de judiciosamente, magistralmente expostas por Montesquieu em seu **De l'Esprit des lois**, de 1748, numa lógica em que, partindo do axioma de que o poder tende a extrapolar seus limites, o poder deve deter o poder - que a *north american political science* incorporou como a lógica de *checks and balances* - admite-se que é deveras intrigante num regime republicano como o brasileiro a existência de um órgão colegiado, composto por agentes políticos oriundos do Poder Executivo, que produzem algum tipo de norma jurídica (atividade própria de órgão que incorporam o princípio da representatividade, vale dizer, o Poder Legiferante), a vincular todas as Administrações Públicas Estaduais, à medida que profundos impactos causam a diversos interesses privados e públicos, vez que o objeto de sua deliberação, sem

---

<sup>42</sup> Ver, por todos, FAGUNDES, *Ob. cit.* Ressalta o grande mestre juspublicista que à atividade materialmente legislativa cumpre inovar no mundo jurídico, criando a norma jurídica, e às atividades administrativas e jurisdicionais aplicá-la: à esta, cumpre sua aplicação contenciosa, mediante provocação; àquela, *ex officio*.

<sup>43</sup> SARTORI, 1994.

vezos de dúvida, constitui um estratégico instrumental de manejo da gestão econômico-tributária.

Há, em verdade, a abertura de uma exceção, não obstante pontual, na lógica da produção de decisões de caráter político, cujo resultado será jurídico: trata-se de transferência do poder de deliberar sobre o conjunto de possibilidades inscritas no bojo do art. 150 §6º da CR (subsídio, isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições) dos órgãos legislativos estaduais para um órgão colegiado compostos pelos representantes das pastas da Fazenda Estadual de cada Estado, quando se tratar da hipótese do ICMS.

Exsurge, por conseguinte, sérios questionamentos a respeito de sua legitimidade democrática, mesmo que isso não constitua aquilo que Konrad Hesse chamou de *"perturbação constitucional"*.

Ensina-nos magistralmente Hesse que

*"ela indica a situação anormal jurídico-estatal que nasce quando um órgão do Estado superior, por razões que estão com ele mesmo ou com um outro órgão, não está em condições de exercer suas funções, atribuídas a ele constitucionalmente, e quando ele, por isso, se torna incapaz de funcionar"*<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 526.

De outro lado, comparativamente, é interessante trazer a análise o que pontifica Jürgen Habermas em seu livro **A Constelação Pós-nacional - Ensaios Políticos**, ao analisar caso semelhante que, in verbis, "*transferências de competência de níveis nacionais para internacionais decerto abrem vazios de legitimação*"<sup>45</sup>.

De outro lado, a CRFB/88 em seu artigo 159, §3º, estabelece que "os Estados entregarão aos respectivos municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem os ternos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no artigo 158, parágrafo único I e II".

Já a Lei Complementar 63 / 1990, a seu turno, dispõe sobre os critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competências dos Estados e de transferências por estes recebidas, pertencentes aos Municípios.

É sobre este, digamos, direito subjetivo dos Municípios que se assenta parte da indagação sobre os vazios de legitimidade, para usarmos a expressão habermasiana, em se tratando de matéria de isenções tributárias do ICMS, haja vista que eles não possuem representação no órgão colegiado.

Ao mesmo tempo, há uma espécie de contraponto que bem caracteriza o escopo deste trabalho, pois na medida exata em que vislumbramos a hipótese de

---

<sup>45</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-nacional – Ensaios Políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001, p. 91.

ocorrência de um vazio de legitimidade atinente à instituição CONFAZ tal qual imersa no âmago do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, nele verifica-se um promissor instrumento para a coordenação intergovernamental, na perspectiva de um federalismo fiscal cooperativo, a nível estadual, notadamente no que se refere aos problemas advindos da guerra fiscal, como bem demonstra Fernando Abrucio em sua tese de doutoramento.

### 3.6 Um breve paralelo no Direito Comparado: O Conselho Federal Alemão

O Conselho Federal Alemão, órgão que compõe a esfera de governo do Estado Alemão, instituído pela Constituição como uma espécie de contrapeso à Câmara Federal Alemã – esta cuida da representação do povo no âmbito do Poder Legislativo; o Conselho, a representação dos Estados. Juntamente ao Tribunal Constitucional Federal, a Presidência da República e o Governo Federal, constitui o sistema político alemão.

Em paralelo ao Brasil, o Conselho Federal Alemão corresponde, guardadas as devidas proporções, ao Senado Federal – daí concluir-se que esta engenharia política é pertinente ao sistema bicameral de formação do órgão legislativo.

Difere-se, não obstante, do nosso Senado por deter, somente, o poder de ratificar ou não as decisões tomadas pela Câmara Federal, num contrapeso de índole notadamente plebiscitária<sup>46</sup>.

Entretanto, essa afirmação não significa diminuir em nada seu peso político no triângulo Câmara-Governo-Conselho – pelo contrário, o Conselho Federal Alemão possui um insofismável direito absoluto de veto (que não pode ser rejeitado pela Câmara Federal como no Brasil) – vale dizer, ele é capaz de imprimir decisões, em tese, antimajoritárias, cuja intocabilidade jurídica somente normas de hierarquia constitucional possuem<sup>47</sup>.

Diferencia-se, também de nosso Senado Federal, pois sua composição é dada por um número de representantes dos Estados que varia conforme a sua população, diferentemente de nossa composição paritária (3 senadores por ente estadual).

De outro lado – e aqui reside o paralelo fundamental do Conselho Federal Alemão com o CONFAZ – os membros que compor-lhe-ão o colegiado é

---

<sup>46</sup> Sem prejuízo desta função precípua, a Constituição Alemã em seu artigo 71, alínea 1, confere-lhe o direito de iniciativa do processo legislativo, que a *praxis* política alemã tem assumido de forma parcimoniosa.

<sup>47</sup> A este respeito é riquíssima a doutrina norte-americana, sendo empreendida por diversos autores, notadamente por ROSENFELD, Michael. **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy. Theoretical perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994: ao diferenciar a dimensão do constitucionalismo e da democracia, esta assumida como a regra da maioria, trata de uma temática recorrente nos Estados Unidos que pode nos servir muito bem ao tratamento deste ponto – por diversas vezes, os Estados- membros (notadamente os mais conservadores) editaram normas que proibiam o aborto. Contudo, reiteradas vezes chamada a se pronunciar sobre o assunto, a Suprema Corte Norte Americana reconheceu o direito de as mulheres abortarem pois, esse direito, tratar-se de uma garantia antimajoritária, pois assegurada constitucionalmente. Constitui, portanto, uma decisão que escapa ao âmbito da democracia, pois esculpida no bojo do constitucionalismo norte americano.

formado por membros dos governos dos estados, que os indicam e os exoneram, na forma do artigo 51 da Constituição Alemã.

São eles: (1) o governador (*Ministerpräsident*) e, em Bremen e em Hamburgo, o prefeito (*Bürgermeister*) e, em Berlim, o prefeito-governador (*Regierende Bürgermeister*); (2) os secretários estaduais (*Minister*) e, nas "cidades estados", os senadores (*Senatoren*).

Assim como o CONFAZ, os membros dos Conselhos não são eleitos, não possuem mandato enquanto tais (a despeito de o primeiro grupo gozar de uma notória legitimidade popular, o que não ocorre com o segundo grupo, tal qual no caso do CONFAZ).

Logo, não há um período fixo em que um agente político será o titular de um assento no órgão colegiado – sua permanência, assim como em nosso caso, segue a lógica da conjuntura política, vale dizer, enquanto for governo terá o direito ao assento. Findo seu período de detentor do cargo nos Estados-membros, perde, automaticamente, seu lugar em favor de seu sucessor.

Posto esse poder de absoluto de veto deste órgão colegiado, é importante ressaltar que o exercício do Poder Constituinte reformador requer a aprovação de dois terços do colegiado – algumas matérias infraconstitucionais, de outro lado, requerem a aprovação da maioria absoluta de seus membros, dentre outras, **leis que podem influenciar as finanças dos estados (art. 104 a,**

**alínea 3 a 5; art. 105, alínea 3; art. 106, alíneas 3 a 6; art. 107, alínea 1; art. 108, alíneas 2, 4 e 5; art. 109, alíneas 3 e 4; art. 134 e 135 da Constituição).**

Esta é outra proximidade estrutural, em termos de competência, que nos possibilita aproximá-lo analiticamente do CONFAZ, como uma forma de apreender sua substancia e informar a compreensão de nosso órgão colegiado a partir daquilo que já se construiu na doutrina alienígena a seu respeito – obviamente, sem que isto implique olvidar a rigorosidade do trabalho acadêmico, cujos cânones metodológicos são capazes de falsear quaisquer tentativas de transportar experiências observadas em outras condições sociais a um contexto completamente diferente.

Em excelente artigo<sup>48</sup> Hans Klein discute a problemática da legitimidade política do Conselho Federal no bojo da engenharia política consagrada no bojo da Constituição Alemã.

Seu trabalho tem como escopo investigativo o aspecto do reconhecimento social e político do poder que o órgão colegiado detêm no âmbito do sistema constitucional de formação do governo (daí ser importante relembrarmos os momentos analíticos que John Rawls nos oferece, no tocante ao consenso sobreposto e ao consenso constitucional, uma vez que a princípio tudo que se

---

<sup>48</sup> KLEIN, Hans. **A legitimação do Conselho Federal e sua relação com as assembléias legislativas e os governos estaduais** Trad. *Vierzig Jahre Bundesrat, Der deutsche Bundesrat. In O Federalismo na Alemanha*. Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, São Paulo, 1995.

encontra positivado pelo texto magno compõe o conjunto de decisões políticas fundamentais, não podendo em tese ser objeto de perquirição quanto a sua legitimidade).

Citando Werner Weber, o autor aponta que o Conselho corresponderia a uma verdadeira “incoerência democrática”, numa espécie de uma das criações mais contraditórias da Constituição, uma vez que ele atuaria de forma anônima, sem uma relação clara de responsabilidade perante uma instância democrática ou perante a opinião pública.

Para Werber Weber, consiste em *“uma dimensão obscura envolta em frio distanciamento no jogo de forças políticas, um representante de uma potestas indirecta que permanece na sombra”*<sup>49</sup>.

Toda a crítica, então, parte da perspectiva da forma de construção da composição do órgão colegiado, no sentido de assentar a problemática de sua legitimidade popular tal como feito por nós no capítulo *supra*.

Não obstante, deixa claro que qualquer elo que faça uma ligação entre União e os Estados, não importa de que tipo, precisa agir como um corpo estranho na estrutura estatal; seja como for que o órgão federativo estiver conformado, sempre será difícil enquadrá-lo na lógica do princípio democrático e da separação horizontal dos poderes.

---

<sup>49</sup> WEBER, Werner. **Fiktionen und Gefahren des westdeutschen Föderalismus**. In **Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem**, 3a. ed., 1970, p. 57 e e ss.

Mas, para nossa surpresa, Hans Klein sustenta perspectiva contrária a Werner Weber, no sentido de que reconhece dupla fonte de referência de legitimação democrática.

Para ele, primeiramente, sua criação remonta diretamente à Constituição, o que implica dizer que sua fonte é o poder Constituinte do povo da Federação. Dele resultaria sua posição como órgão supremo da União, bem como suas competência, a situação jurídica de seus membros e a liberdade do mandato dos governos estaduais no Conselho Federal.

De outro lado, a indicação de seus membros é tarefa dos governos estaduais e, portanto, ao povo dos estados e cujo controle cabe às assembleias legislativas estaduais. Isso, para ele, faz do Conselho Federal um fenômeno singular.

É interessante reproduzir trecho de seu ensaio, apesar de longo, útil aos nossos desígnios:

*"o Conselho Federal não pode ser compreendido apenas do ponto de vista do princípio democrático – muito embora, como se mostrou, ele não careça de legitimação democrática. Sua legitimação não provém menos, mas claramente com mais força do princípio federalista, que, por um lado, visa a manutenção da qualidade de Estado dos membros da federação, e, por outro lado, também a participação dos estados membros na formação da vontade política da União, o que ocorre principalmente no Conselho Federal. O ordenamento federativo revela-se, como o mostrou especialmente Konrad Hesse, um elemento complementar do ordenamento democrático – não como um elemento a ele contraposto: dessa maneira, a democracia é possível não apenas no topo do Estado, mas também na sua base; ela fica*

*mais perto do povo e intensifica a proteção das minorias regionais; ela favorece a inserção da oposição no ordenamento democrático e a estrutura democrática dos partidos. Isso não é diferente para a relação entre o federalismo e o Estado de direito, pois que a separação vertical dos poderes que o federalismo ocasiona é vista como umas das justificativas essenciais da federação de cunho moderno<sup>50</sup>.*

Feitas essas considerações, que servem para traçar uma comparação útil de um órgão curiosíssimo no direito alienígena, passemos a análise histórica do CONFAZ, não obstante na parte final deste trabalho retomarmos a comparação com o Conselho Federal Alemão.

---

<sup>50</sup> KLEIN, 1995, p. 99.

## **4. ESFORÇO HISTÓRICO-COMPREENSIVO DA GUERRA FISCAL E DO PAPEL DO CONFAZ**

### 4.1 Federação e dilema federativo

As considerações que tecemos até agora de forma mais ampla na seção anterior dizem respeito à Federação; sendo que para este momento é necessária sua diferenciação das idéias de dilema federativo.

A federação corresponde a um arranjo institucional peculiar, cuja natureza jurídica constitui categoria autônoma dentre as formas de Estado – corresponde, pois, a um conceito jurídico-positivo elevado no Brasil à dignidade constitucional (como, afinal, não poderia deixar de sê-lo).

O dilema federativo, de outro lado, guarda uma relação mais próxima com as ciências políticas, no sentido de corresponder àqueles indícios da realidade fenomênica por meio de que o analista pode empreender o estudo combinado de instituições e condições. É, por conseguinte, noção de natureza propriamente sociológica.

Não obstante, há que se enfatizar que a não existência de uma federação, tida como uma instituição efetiva, não exclui a possibilidade de haver

dilema federativo: como se verá, o modelo autoritário pós-64 implicava, do ponto de vista institucional, o esgotamento da federação, sem com isso ocorrer uma fragilização *per se* do dilema federativo – pelo contrário, a história brasileira demonstra que as elites regionais e locais mantiveram sua influência junto ao regime militar, avalizando esta tese.

O CONFAZ, a seu turno, a partir dessas noções básicas, corresponde a um tipo de arranjo infraconstitucional integrativo das precárias instituições federalistas constitucionais que ainda adormecia no âmbito dos pilares autoritários pós-64, e que se concebeu, como se demonstrará, a fim de impactar no dilema federalista próprio da experiência brasileira no decorrer deste período.

#### 4.2 Pioneirismo brasileiro na criação do “IVA” – a gênese do ICM

O Decreto-lei 406 de 31 de dezembro de 1968<sup>51</sup>, ao estabelecer normas gerais de Direito Financeiro aplicáveis aos Impostos sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de qualquer natureza, integrando o §1º do artigo 2º do Ato Institucional n. 5 de 13 de dezembro de 1968, corresponde, para nós, à primeira manifestação de efetiva positivação da espécie

---

<sup>51</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-lei n. 406 de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de Direito Financeiro, aplicáveis aos Impostos sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1968. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 maio 2004

tributária relativa ao Imposto sobre Valor Agregado que já houve no globo tal qual conhecemos hoje – isto, a despeito de os franceses pleitearem tal título.

Em verdade, a despeito de tal instrumento jurídico estabelecer, em princípio, normas gerais atinentes ao regime do ICM – e não efetivamente instituir o imposto, algo que cumpriria à legislação ordinária estadual – é a partir desse marco histórico que os Estados (não obstante a sua fragilidade formal, tal como assentada anteriormente) passaram a ser detentores de competência tributária para instituir o ICM, vale dizer, é a partir somente desse momento é que se pode pensar em autogoverno regional, e, como decorrência lógica inexorável, nos sérios problemas coordenativos que iriam advir do convívio multifacetado de normas tributárias em matéria de ICM.

O interessante neste ponto é ressaltar que, contrariamente à experiência alienígena, o modelo deste imposto sobre valor agregado, não-cumulativo, o governo central abdicou essa competência em favor dos Estados, dispersando-a regionalmente – e, pasme, isto ocorria no momento de maior endurecimento do regime militar! Ou seja, quando da maior centralização autocrática pela instância central.

Ora, isto constitui, nada mais, nada menos, que uma prova substancial, ineludível, de que, sem prejuízo das fragilidades formais da instituição federalista, processava-se indiscutivelmente, e a pleno vapor, o dilema federalista no Brasil,

marcado por uma dialética entre a centralização e o poder de fogo das elites regionais e locais.

Contudo, nos primeiros anos de vida do ICM, Luiz Aranha Corrêa do Lago, em seu artigo "*A Retomada do Crescimento e as Distorções do 'Milagre': 1967 - 1973*"<sup>52</sup>, assenta, à p.266, que neste período

*"a administração das finanças estaduais e municipais ficou, em certa medida, subordinada à orientação do governo federal. De fato, a própria Constituição de 1967 permitia a intervenção da área federal em assuntos financeiros dos estados no caso da adoção, por estes, de programas ou medidas incompatíveis com o programa econômico do governo federal (Syvrud, 1974, p.136)".*

Não obstante, mais a frente à p.267, reitera o autor que

*"a criação e aperfeiçoamento do ICM representa uma importante contribuição para as finanças dos estados (apesar da isenção no caso das exportações) e o crescimento econômico, resultando em aumento de arrecadação a nível federal, representou uma maior distribuição de recursos do Fundo de Participação para os Estados e Municípios".*

Assim, a criação do CONFAZ em 1975 corresponde a uma preocupação do governo central com a possibilidade de se observar o estabelecimento de uma política tributária destoante entre os níveis subnacionais, ou seja, comportamentos que afrontassem frontalmente o projeto nacional-desenvolvimentista.

---

<sup>52</sup> PAIVA ABREU, Marcelo de (org.). **Ordem e Progresso – Cem Anos de Política Econômica Republicana 1889 – 1989**. Rio de Janeiro, ed. Campus, 1992

Entretanto, o período 69 – 79 não apresentou grandes problemas em termos de guerra fiscal, uma vez que se vivenciava o auge dos Planos Nacionais de Desenvolvimento.

O PND I e o PND II corresponderam a um conjunto de iniciativas de investimento público federal, numa lógica coordenada de projeto de nação (a que podemos fazer, com as devidas ressalvas ao ideário hamiltoniano) especialmente na área de infra-estrutura, e que beneficiou fortemente parcela inquestionável de regiões que poderíamos denominar periféricas em termos de participação do PIB nacional, combinando uma lógica de desenvolvimento econômico e de desenvolvimento regional, este entendido como a promoção das regiões que menor participação possuíam na composição do PIB do país e que, portanto, maiores deficiências apresentavam.

Isto equivale a dizer que a região norte e nordeste, principalmente, não possuíam interesse em competir por investimentos do setor privado, pois o capital público supria suas deficiências econômicas em larga medida, fazendo-lhe as vezes, minimizando o fosso de desenvolvimento havido entre a região sudeste e o resto do país.

É somente com o esgotamento da política industrial do regime militar, que nada mais foi que o ocaso do Estado nacional desenvolvimentista ao final da década de 70, que os Estados, já no início da década de 80, passaram a adotar a

postura competitiva não-cooperativa que viria a corresponder, a nível tributário, à guerra fiscal<sup>53</sup>.

A política tributária tornava-se, outrossim, sucedânea da política industrial, em vista a ausência de uma política nacional de desenvolvimento, que levasse em consideração a federação e a necessidade de imprimir uma certa igualdade material entre os entes políticos que a compõem, sob pena de se ver frustrado o próprio ideal da federação, qual seja, o estabelecimento de um todo que vise a salvaguardar a união no sentido madsoniano.

Contudo, é no início da década de noventa que ocorre o primeiro surto considerável da guerra fiscal, que se perpetua até hoje. Vamos aos exemplos apontados por Abrucio<sup>54</sup>:

---

<sup>53</sup> ABRUCIO (2000) ressalta outras formas de competição não-cooperativa, sendo uma das principais o comportamento parasitário em que os Estados, utilizando-se dos Bancos estaduais, lançavam mão da emissão de títulos da dívida pública, cujo avalista era a autoridade monetária federal – ou seja, na falta de pagamento pelos Estados, os credores do setor público valiam-se do patrimônio público central, que em verdade era quem “pagava o pato”. Esta atitude parasitária equivalia, em verdade, de forma substancial, à emissão de moeda pelos Estados-membros, cujos efeitos sobre a dívida pública são sentidos até hoje pela nação, numa flagrante irresponsabilidade política. E o que mais causa-nos perplexidade foi o fato de os militares – e toda sua postura de “correição”, de “projeto nacional” aceitassem sem esboçar reação alguma tal despautério. Somente o Governo Fernando Henrique Cardoso, não obstante as severas críticas que contra ele formularam, teve a coragem de acabar com a farra dos Estados, incorporando as dívidas dos Estados à dívida do governo federal e vinculando parte da receita corrente líquida dos Estados ao pagamento à União da obrigação que assumiu – se hoje os governos estaduais criticam tal medida, esquecem que sobre a história não se pode simplesmente passar uma borracha. Fica aqui registrada a crítica aos discursos que pensam que a vinculação de fração da receita corrente líquida ao pagamento dessa dívida à União é um ultraje – pelo contrário, melhor seria se estes mesmos discursos se voltassem à implementação de dispositivo constitucional constante dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias que determina a instalação de uma comissão no Congresso Nacional para a realização de uma auditoria sobre a dívida pública – só assim, argüimos, poderiam os Estados-membros pensarem formas alternativas de renegociação da vinculação de suas receitas.

<sup>54</sup> Cf. LAGIMAN, 1995, p. 11, *apud* ABRUCIO, 2000, p. 201.

1. E. Santo - Concessão de benefícios na importação de mercadorias para estimular a utilização dos seus portes;
2. St<sup>a</sup> Catarina - Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense (PADEC), vinculado ao fundo de Apoio ao Desenvolvimento Empresarial de Santa Catarina (FADESC) e Programas Bom Emprego Fiscal e Parceria Fiscal;
3. Paraná - Programa de Estímulos ao Investimento Produtivo (PROIN), ligado ao Fundo de Desenvolvimento Econômico (FDE);
4. Minas Gerais - Programa Pró- Indústria;
5. São Paulo - Fundo de Apoio ao Contribuinte de São Paulo (FUNAC);
6. RG. Do Sul - Fundo Operação Empresa (FUNDOPEM);
7. Bahia - Programa de Desenvolvimento da Bahia (PROBAHIA);
8. Mato Grosso - Programa de Desenvolvimento Industrial (PRODEI);
9. MT. Do Sul - Fundo do Programa de Desenvolvimento Industrial (F-PDI);

O quadro acima aponta o Espírito Santo como o Estado responsável pelo primeiro comportamento que, efetivamente, catalisou os processos de competição não-cooperativos peculiares à guerra fiscal.

Com o plano de estabilização monetária, notadamente o Real, e o retorno do afluxo de capitais estrangeiros ao país<sup>55</sup>, juntamente à perpetuação da

---

<sup>55</sup> À p.209, Abrucio assenta, acertadamente, que: *“em decorrência do aumento da atividade econômica interna a partir de 1994, com a estabilidade da moeda, os investimentos nacionais também apresentaram crescimento. Assim, esse aumento nas inversões nacionais e estrangeiras tem gerado um verdadeiro leilão entre os Estados brasileiros, pois o empresário percorre todos aqueles estados que são de seu interesse (isto é, que podem oferecer condições satisfatórias e desejáveis para a localização de sua planta industrial) buscando saber qual ofertará os maiores benefícios. Sem dúvida, quanto menor a infra-estrutura de um estado, maior deverá ser o lance para*

ausência de uma política industrial de caráter nacional, iniciou-se o que entendemos por segundo momento do predadorismo tributário entre os níveis estaduais, vem vista de que se criava uma conjuntura em que se reforçava um conjunto de condições e instituições (ou melhor, uma flagrante incapacidade institucional de o CONFAZ processar os conflitos) a traduzir a guerra fiscal que se perpetua até os dias atuais.

Sem adentrarmos para uma questão de análise econômica – que fugiria ao escopo do trabalho – temos que, do ponto de vista individual, a geração de empregos e renda pela atração de investimentos, via concessão de incentivos fiscais, pode ser interessante.

Não obstante, do ponto de vista coletivo, a conjugação disseminada de renúncia de receita acaba por afetar diretamente o nível global de *Welfare* entre os níveis subnacionais, pois que lhe afeta diretamente sua capacidade de financiamento. O que é bom para um, pode ser terrível para todos.

Nesse sentido, a marca que tem caracterizado neste particular as relações intergovernamentais no Brasil corresponde a uma dificuldade em estabelecer mecanismos institucionais necessários e suficientes para que se proceda à compatibilização das prementes vicissitudes regionais com uma visão global dos problemas da nação – isto em face do profundo dilema federalista, traduzido nas notórias heterogeneidades territoriais, sociais e econômicas.

---

**permanecer na disputa, o que pode ser bastante perverso para os estados mais pobres” (Grifo Nosso).**

Abrucio aponta-nos solução para o problema discutindo a questão do aspecto espacial da hipótese de incidência tributária, ou seja, a cobrança ou na origem do produto, ou na sua destinação.

Sustenta que o montante maior da captação de recursos públicos via ICMS origina-se do momento da produção do que propriamente do consumo dessa produção. Uma vez que o critério espacial da norma tributária é o da cobrança do tributo na origem (na produção), permite-se ao governo local onde se encontram instaladas as empresas (ou onde elas venham a se instalar) negociar a própria compulsoriedade do recolhimento do tributo via instituição unilateral de incentivos fiscais. Logo, afirma, à p.205, que *"em outras palavras, a adoção do sistema de destino praticamente acabaria com a guerra fiscal"*.

Não obstante endossarmos a origem da guerra fiscal como o produto da utilização da política tributária como sucedânea da política industrial, que lhe é premissa, vale dizer, que tem como causa a ausência de um projeto de desenvolvimento econômico que minimize as disparidades regionais – ele propõe solução que não ataca diretamente o problema, uma vez que não o resolve diretamente.

Vejamos o porquê disto: utilizando-se o critério do destino, os Estados importadores de mercadorias, como por exemplo as regiões centro-oeste, norte e nordeste, somente indiretamente teriam maior capacidade de financiar seu

desenvolvimento via financiamento público (haja vista que suas receitas cresceriam fortemente pela alteração do critério espacial do ICMS).

Contudo, nada garante que esse raciocínio linear implementar-se-á. Ele não resolve, em verdade, diretamente o problema da ausência de uma política industrial, tampouco afeta o modelo mais amplo de competição não-cooperativa entre os níveis sub-nacionais.

Mais à frente em sua tese, contudo, revê à p.208, de certa forma, seu posicionamento, para preconizar que

*"torna-se urgente, portanto, que o País discuta e implemente um projeto efetivo de desenvolvimento industrial, que possa permitir que cada estado se desenvolva de acordo com suas vantagens comparativas, pois, indubitavelmente, a tributação não é o instrumento mais adequado para definir a localização de investimentos privados. Do contrário, o País estará, simplesmente, renunciando receitas tributárias com vistas a incentivar uma alocação distorcida de recursos".*

Entretanto, a implementação de uma política industrial que incorpore uma dimensão de diminuição de desigualdades regionais é condição necessária, mas não suficiente, para se findar o padrão de competição não-cooperativa, notoriamente predatória, passando-se a um modelo de cooperação.

Isto só se torna possível graças à existência de um pacto vinculante dos níveis sub-nacionais, o que se requer, por conseguinte, a existência de uma

arena decisória adequada, que congregue o *status* de fórum federativo – e ele existe, é o CONFAZ.

Antes de passarmos ao último capítulo, mesmo que de forma suscita, é importante deixar ressaltada a centralidade do argumento institucional acerca da problemática deste trabalho, cotejada com a dimensão do sistema partidário, uma vez que neste particular a forma-partido não constitui condição suficiente para se operar um padrão cooperativo mínimo no bojo dos laços federativos pátrios.

Como consta do anexo, uma das mais recentes turbulências envolvendo a guerra fiscal teve como estopim um pacote de incentivos tributários (redução de alíquotas) baixado pelo governo de São Paulo, sem que houvesse prévia anuência do CONFAZ.

Uma das reações mais marcantes deu-se por governos do mesmo partido de Geraldo Alckmin – veio, justamente, de Minas Gerais, do Governo Aécio Neves, e do Ceará, do Governo Lúcio Alcântara, todos do PSDB. Isso revela a insuficiência explicativa da dimensão partidária como instrumento hábil para se argüir alguma possibilidade de cooperação entre estes atores, o que notoriamente não há.

A Prof<sup>a</sup>. Fátima Anastasia sustenta nesse sentido que:

*"a organização e a consolidação dos grupos de interesse ocorrem em um contexto de crescentes complexidade e*

*heterogeneidade sociais e expressam a emergência de novos conteúdos e identidades e a multiplicação das clivagens socioeconômicas e políticas. Tais fenômenos atestam os limites interpostos aos partidos para continuarem retendo, juntamente com o monopólio da representação, o oligopólio da participação (Santos, 1988). De acordo com Offe (1984), assiste-se à proliferação de 'conteúdos contrários à forma-partido', que pressionam pela organização de novas formas políticas capazes de expressá-los institucionalmente".<sup>56</sup>*

Isto posto, passemos a partir final do trabalho, que tem por escopo discutir a teoria democrática como processo decisório, em seus aspectos de incentivos institucionais que propiciem cooperação entre os atores e legitimidade ao sistema, para, ao final, traçarmos algumas opções acadêmicas em termos de se afastar o conteúdo de *lege lata* para adotarmos por meio de nossas conclusões novos aspectos institucionais a serem considerados de *lege ferenda*.

---

<sup>56</sup> ANASTASIA, Fátima. **Teoria Democrática e o novo institucionalismo**. In Cadernos de Ciências Sociais, Belo Horizonte, v.8, n.11, p.31-46, dez.2002, p.36.

## 5 O CONFAZ E O NOVO INSTITUCIONALISMO

### 5.1 Bases teóricas e metodológicas da *rational choice institutionalism*

Em excelente artigo, que ressalta seu exemplar magistério (ANASTASIA, 2002), a Prof<sup>a</sup>. Fátima Anastasia cuida dos aspectos teóricos e metodológicos que informam grande parte das discussões contemporâneas empreendidas pela teoria democrática no bojo da chamada *rational choice institutionalism* (que para nós se reputa a visão neo-institucionalista), a partir de que questiona como imprimir os mesmos graus de institucionalização existentes acerca da representação à participação para, ao final, propor um quarto grupo de condições necessárias ao modelo dahliano de poliarquia, qual seja, a existência de **oportunidades de monitoramento e fiscalização continuados sobre os atos e as omissões dos líderes políticos**<sup>57</sup>.

Apesar do escopo de seu trabalho não coincidir com o deste modesto ensaio, ele constitui um marco teórico essencial para nossos propósitos, pois suas

---

<sup>57</sup> São as condições da poliarquia:

1. Liberdade de formar e aderir a organizações;
2. Liberdade de expressão;
3. Direito de voto;
4. Elegibilidade para cargos públicos;
5. Direito de líderes políticos disputarem apoio (votos);
6. Fontes alternativas de informação;
7. Eleições livres e idôneas;
8. Instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferências;

amarras metodológicas constituem o supedâneo básico que nos permitirá pensar a possibilidade de um novo modelo institucional de interação entre os atores envolvidos na guerra fiscal, que seja capaz de em alguma medida mitigar os efeitos deletérios que ela tem imprimido na teoria e prática políticas brasileiras.

Estabelecida essa base científica, passaremos ao cotejo da teoria democrática como processo decisório, de Sartori, em face do CONFAZ.

Como afirmado inicialmente neste trabalho, Schumpeter proporciona ao estudo uma definição de democracia cujo silogismo lógico, tal qual apontamos, pressupõe a existência de representação política como a forma necessária para se processar a democracia em sociedades de vasto território e considerável contingente populacional. As complexidades e as perplexidades deles oriundas, por óbvio, não permitem o exercício continuado da democracia direta, tal qual nos moldes atenienses.

Atendido esse suposto, o processo de tomada de decisão no âmbito das arenas decisórias regularmente constituídas, em regra, é processada pela regra da maioria. Este é o instrumento ordinário para a agregação de preferências e a construção das políticas.

A construção da escola da *rational choice institutionalism*, como demonstrado pela autora, parte de um conjunto de perplexidades oriundas dos

teoremas da impossibilidade e da constatação do caráter cíclico da regra majoritária, construídos no bojo da escola da escolha racional.

A partir do teorema de Arrow, têm-se situações em que é impossível o processo de agregação de preferências no âmbito da produção de decisões coletivizadas – o que, no limite, pode implicar paralisia decisória –, bastado para isso que haja três atores e três preferências para que o problema possa acontecer. Vejamos o quadro abaixo:

| Mr. 1 | Mr. 2 | Mr. 3 |
|-------|-------|-------|
| x     | y     | w     |
| y     | w     | x     |
| w     | x     | y     |

Mr.1, Mr.2 e Mr.3 são os atores que compõem o jogo, sendo x, y e w as políticas postas em disputa. Opera-se a regra da maioria. Qual a decisão a ser implementada? É patente que, assumindo as oportunidades e constrangimentos institucionais como exógenos<sup>58</sup> ao processo legislativo, ao jogo político, deparamo-nos diante de um sério dado teórico acerca da incapacidade da democracia em se processar no bojo de uma sociedade marcada pelo pluralismo e heterogeneidade.

Mas, como bem demonstra Anastasia, um conjunto de estudos empíricos no âmbito do congresso americano demonstrou, contrariamente aos

<sup>58</sup> Exógenos no sentido de constituírem constrangimentos *interpostos* entre atores e a consecução de suas preferências

estudos da escola da escolha racional, interações estáveis, cujos comportamentos apresentavam uma forte regularidade no tempo.

Desta constatação propôs-se indagação inevitável, de que se desdobrou a construção da *rational choice institucionalism*, nos seguintes termos: o que gera tanta estabilidade?

Primeiramente, ainda assumindo as instituições como exógenas ao jogo, buscou-se explicação para a questão da estabilidade política no âmbito de outros mecanismos que não a regra majoritária: vale dizer, a existência de sistemas de comissões, da regra de maioria qualificada, *etc.*, suficientemente capazes de barrar os efeitos deletérios que se deduziam a partir do teorema da impossibilidade.

Num segundo instante, a investigação passa a observar o processo político a partir de perspectiva científica em que as instituições são assumidas como produto da ação e da interação entre os atores envolvidos, numa lógica do “jogo em si” e “dos jogadores e as regras do jogo”, cujo marco inolvidável é a obra de Tsebelis<sup>59</sup>.

É neste ponto que encontramos o foco analítico essencial aos nossos propósitos: ademais das normas e das preferências, o arcabouço institucional passa a ser considerado como variável relevante na explicação do comportamento e dos

---

<sup>59</sup> TSEBELIS, G. *Nested games: rational choice in comparative politics*. Berkeley/Los Angeles: Te University of California Press. 1990, *Apud* ANASTASIA, Fátima. **Teoria Democrática e o novo institucionalismo**. In Cadernos de Ciências Sociais, Belo Horizonte, v.8, n.11, p.31-46, dez.2002.

resultados políticos – de outro lado, com a sobriedade de cientista, lembra-nos que:

*“Vaie lembrar, ainda, ecoando os ensinamentos de Eister, que nenhuma das concepções atualmente disponíveis – e esta afirmação está sendo estendida, aqui, ao novo institucionalismo – pode reivindicar, com sucesso, ser exaustiva e generalizante o suficiente para dar conta das complexidades envolvidas nos processos de ação e de interação políticas e da explicação de suas motivações, de seus padrões e de seus resultados. Ou seja, mesmo com os desenvolvimentos propiciados pela emergência do paradigma da análise institucional, persiste a ausência de uma teoria geral da ação coletiva. Não obstante, pretende-se argumentar, neste artigo, que a contribuição trazida por essa nova abordagem representa um avanço não desprezível nessa direção.”<sup>60</sup>*

Antes de avançarmos, é importante demonstrarmos como é possível a apreensão das instituições como endógenas ao jogo político, como o faz a autora com maestria. Vejamos o quadro extraído do livro BARRY, Brian; HARDIN, Russel (Ed.). **Rational man and irrational society?** Bervely Hills, London, New Deli: Sage Publications, 1982, p.236:

| Mr. 1 | Mr. 2 | Mr. 3 | Mr. 4 | Mr. 5 | Mr. 6 | Mr. 7 |
|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| w     | x     | y     | w     | x     | y     | w     |
| x     | y     | z     | x     | y     | x     | x     |
| y     | z     | w     | y     | z     | w     | y     |
| z     | w     | x     | z     | w     | x     | z     |

Numa democracia, operando-se a regra da maioria, teremos que w será a política implementada, pois querida por três atores – x e y são de preferência de somente dois atores, respectivamente; z não é a primeira preferência de nenhum.

<sup>60</sup> ANASTASIA, 2002:39

Contudo, temos um sério problema, qual seja, a de deixar quatro atores insatisfeitos ao passo que em virtude dos interesses de somente três no universo de sete jogadores em implementar w. W é a política que se encontra em último na hierarquia de preferências de Mr.2 e de Mr.5, e em penúltimo de Mr.3 e de Mr.6 – dependendo da intensidade de sua rejeição, estaríamos perante um sério questionamento acerca da **legitimidade política** da decisão tomada.

Mantendo todas as demais condições, ou seja, os mesmos atores, a mesma hierarquia de preferências e o elenco de alternativas em exame, os autores sugerem seja utilizado outro método de agregação de preferências, consistente na atribuição de valores às alternativas de acordo com a posição que ocupam na hierarquia de políticas desejadas por cada um, vejamos:

| Pontos: | Mr. 1 | Mr. 2 | Mr. 3 | Mr. 4 | Mr. 5 | Mr. 6 | Mr. 7 |
|---------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| 4       | w     | x     | y     | w     | x     | y     | w     |
| 3       | x     | y     | z     | x     | y     | x     | x     |
| 2       | y     | z     | w     | y     | z     | w     | y     |
| 1       | z     | w     | x     | z     | w     | x     | z     |

Assim, teríamos o seguinte resultado:  $w = 18$ ;  $x = 19$ ;  $y = 20$ ;  $z = 13$ .

A alternativa escolhida, conseqüentemente, será y e não w. Anastasia pontifica, então que:

*"O que se quer enfatizar é que as regras de tomada de decisão são endógenas ao processo político e incidem sobre seus resultados. A escolha das regras do jogo é de crucial importância para a delimitação dos graus e da natureza da*

*participação política, bem como do universo dos participantes e das alternativas disponíveis à apreciação*<sup>61</sup>

A racionalidade instrumental da escolha da escolha racional passa a ser assumida, nesse sentido, como uma racionalidade contextualizada, em que as instituições são tomadas não somente como artefatos (estrutura) interpostos entre a interação dos atores e a elaboração do agregado resultante dos embates de sua preferência, mas também como objeto da escolha dos atores, no sentido de que:

*"o comportamento como resultante de uma ação estratégica informada pelo contexto institucional e/ou a ele referida (...) a combinação de ação racional e contexto institucional produz uma ordem expressiva, ao mesmo tempo, de cooperação e de estabilidade de resultados, ali onde se verifica um casamento bem sucedido entre instituições e condições. **O principal desafio refere-se à construção de instituições adequadas ao processamento das condições socioeconômicas e culturais em presença** (Putnam, 1996). **A desordem, segundo essa concepção, resultaria da institucionalização dos procedimentos que fosse precário e/ou inadequada às condições vigentes**"<sup>62</sup> (Grifo nosso).*

Pode-se afirmar, nessa medida, retomando as proposições assentadas no capítulo referente ao dilema federativo brasileiro que a ação racional individual dos Estados-membros tem gerado resultados sub-ótimos do ponto de vista da ação coletiva – o benefício fiscal concedido unilateralmente por um ente político significa, no limite, a redução do nível geral de *welfare*.

<sup>61</sup> ANASTASIA, 2002, p. 34.

<sup>62</sup> Idem, p. 42.

De outro lado, como argumentaremos no próximo capítulo, há um contexto institucional inadequado para processar uma ordem expressiva de cooperação e estabilidade de resultados no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária, o que, para nós, é explicativo em larga medida dos problemas advindos do padrão estadualista predatório que tanto têm deturpado a prática e a teoria política brasileiras.

## 5.2 O CONFAZ visto a partir da teoria democrática como processo decisório

Como já reiterado neste ensaio, a política consiste em decisões coletivizadas, e que são tomadas por alguém em nome de outrem, e recaem sobre todos. Muito embora as decisões políticas sejam coletivizadas, o contrário não necessariamente é verdadeiro – o capitalista decide pelos consumidores o produto que irá vender, o que lhe confere a natureza de decisão coletivizada; contudo ela não é dotada dos atributos de serem **soberanas** (se sobrepõe a qualquer outro poder), **inescapáveis** (se estendem até as fronteiras territoriais) e **sancionáveis** (sustentadas pelo monopólio legal da força). Grosso modo, trata-se de uma questão de hierarquia.

Mas, o primeiro questionamento que se revela ao analista consiste na indagação de “por que qualquer política?”.

Se a política produz decisões que recaem sobre todos, o que leva ao indivíduo a aceitá-las consiste num cálculo de custo/benefício. Com efeito, algumas decisões são deixadas ao crivo do individualismo por se cingirem ao âmbito de sua autonomia privada, em termos de utilidade. Outras, do contrário, são rogadas pela coletividade, uma vez que a ideologia predominante atrai para a política questões antes pertinentes somente aos indivíduos. O embate acadêmico utilitarismo/coletivismo foge aos nossos propósitos, bem como os graus que eles assumem em diversos países, em especial o Brasil. O que importa é deixar sedimentado que, independente dos valores da sociedade em questão, se marcada por qual ou tal tipo de religião por exemplo, ou do tipo de Estado a partir dela consubstanciado, se capitalista ou socialista, há sempre um conjunto de matérias postas ao crivo da coletividade que, independente de quem sobre elas delibera, será imposto a todos.

Essas linhas servem, avançando no discurso, para assentar dois **axiomas** construídos pela teoria da democracia como processo decisório, que se resumem ao seguinte: (1) toda decisão de grupo ou coletiva tem custos internos, isto é, custos para os próprios tomadores de decisão, em geral denominados **custos de tomada de decisões**; (2) toda decisão coletivizada envolve riscos externos, isto é, **riscos para os destinatários, para quem recebe as decisões de fora, *ab extra***. O axioma 1 refere-se, logo, a custos intragrupo, vale dizer, custos relativos ao processo de decidir e não às perdas e ganhos dos membros do órgão decisório – inversamente, o axioma 2 refere-se a riscos extragrupo, ou seja, a uma indeterminação quanto a potencialidade percebida em sua periculosidade, dele

resultando a probabilidade de riscos de opressão ou decorrentes da incompetência, estupidez ou interesses sinistros.

Logo, há risco quando criamos um órgão decisório que submete suas decisões a um grupo externo exposto ao risco, que não pode decidir por si pelas impossibilidades atuais da aplicação da democracia ateniense; e isso implica o silogismo de que só há custos de tomada de decisão em virtude de decisões grupais, vale dizer, as conseqüências advindas do tempo perdido em decisões que não são tomadas ou são adiadas *ad infinitum*, que envolvem baixa produtividade, ineficiência, imobilismo e paralisia.

Assumindo que cada indivíduo possui voz ativa e independente, temos que quanto maior o número de pessoas envolvidas, maiores serão os custos decisórios. Logo, há que se verificar algum motivo para que se aumente o número de participantes no órgão decisório, sem o que seria desarrazoado fazê-lo: o motivo principal é a forte intenção nas democracias de proteger terceiros, reduzindo os riscos dos danos aos destinatários da norma.

Temos, outrossim, que os custos internos e os riscos externos constituem dimensões inversamente proporcionais. Entretanto resta a questão: como alcançar o equilíbrio ótimo entre riscos externos e custos decisórios, ou seja, quando é conveniente coletivizar uma área de decisão, assim como fazê-lo de forma adequada.

Sartori introduz, nesta discussão, duas variáveis essenciais para a solução do problema, e que se referem ao (1) método de formar o órgão decisório: como é recrutado ou designado e qual é sua composição ou natureza; (2) a regra de tomada de decisões: os princípios e os procedimentos para a tomada de decisão.

A primeira variável envolve-se em torno da problemática da inter-relação havida entre como compor a arena decisória e suas implicações sobre os riscos de opressão ou de incompetência. Retomando as noções weberianas de dominação tradicional, a liderança advinda da hereditariedade, por exemplo, traz consigo uma flagrante periculosidade quanto aos riscos externos; não obstante a liderança advinda da vitaliciedade escolhida, como na hipótese do Papado, só por esse motivo da indicação, implica certamente uma substancial diminuição dos riscos. Isso leva-nos a afirmar com segurança que o método de criação da instância decisória impacta fortemente sobre a possibilidade da opressão e da incompetência.

A segunda variável, a seu turno, discute como as regras para o estabelecimento de políticas operam no âmbito do governo, guardando, por conseguinte, um laço de afetação inexorável com os custos de tomada das decisões.

A primeira regra que se nos apresenta corresponde à unanimidade, uma vez que somente ela permite atribuir o mesmo peso aos participantes – mas, por outro lado, ela implica não somente um tipo de poder igual: incorpora um tipo de poder excessivo, o poder de chantagem. O poder de veto constitui um imbróglio indigesto à teoria política, *v. g.*, nos casos do Conselho de Segurança da Organização

das Nações Unidas e do próprio Conselho Nacional de Política Fazendária. Eis a expressa opinião de Sartori <sup>63</sup>:

*"Embora a unanimidade possa ser defendida (...) no plano abstrato, parece não funcionar na prática. A objeção é bem conhecida e parece formidável: **os custos decisórios da regra da unanimidade são sua própria negação, pois resultam em paralisia**. Essa conclusão parece absolutamente final e sem dúvida se aplica muitas vezes"* (Grifo nosso)

Afastada a regra da unanimidade em virtude de suas perplexidades intrínsecas, como demonstrado, temos as regras majoritárias, que abrangem três ordens de procedimentos: (1) maiorias qualificadas, geralmente correspondem a 2/3 do universo dos atores envolvidos no processo decisório; (2) maiorias absolutas, equivalentes ao primeiro número inteiro superior à metade dos componentes do colegiado; (3) maiorias simples, ou maior minoria, as quais, pressupondo a existência de um dado quorum mínimo para a deliberação, alcança o primeiro número inteiro superior à metade dos presentes na sessão de deliberação.

É certo que a passagem de uma maioria qualificada para o critério de maioria simples reduz fortemente o custo de decidir – não obstante, há que se sublinhar que numa democracia, sob o mero argumento de ensejar maior produção decisória, não se pode admitir a possibilidade de o critério de maioria simples regerem toda atividade política, pois isso significaria a abdicar a própria existência de direitos mínimos das próprias minorias, sob o pretexto de garantir que sempre uma questão será resolvida.

---

<sup>63</sup> SARTORI, 1994, p. 303.

Isso significa que há, no bojo do constitucionalismo, um conjunto de direitos anti-majoritários, que não admitem modificação, ao não ser nas hipóteses permitidas pela própria Constituição, atendido o requisito de maioria qualificada. Resta, por óbvio, que o equilíbrio entre esses critérios decorre da importância da matéria a ser decidida.

Cotejando os critérios da unanimidade e o majoritário (e suas derivações), é salutar a transcrição de trecho em que Sartori<sup>64</sup> assenta o seguinte:

*"O poder de bloquear a ação é incomensuravelmente diferente do poder de agir. Assim, uma minoria que impede a ação não é o mesmo que 'regra da minoria'. Governar consiste em decisões, não em ausência de decisões. Em outras palavras, **as não-decisões (impedimento ou bloqueio à ação) certamente restringem, limitam e até obstruem o 'ato de governar', mas não são a mesma coisa que governar. Na verdade, as minorias em pauta não têm poder de decidir. Não podem impor suas preferências – podem apenas protegê-las**". (Grifo nosso)*

Assim, feitas esses apontamentos acerca da teoria da democracia como processo decisório, podemos assentar provisoriamente que dispomos de três variáveis para ao final analisarmos o CONFAZ, a saber (1) o número de componentes do colegiado que tomam a decisão; (2) a forma de nomeá-las; (3) os procedimentos para a tomada das decisões.

---

<sup>64</sup> SARTORI, 1994, p. 297.

O problema passa a ser, então, como reduzir concomitantemente os custos internos e os riscos externos e encontrar um equilíbrio ótimo entre essas dimensões estruturantes das democracias contemporâneas.

Sartori sublinha que a redução dos riscos externos é mais uma variável da forma de composição do órgão do que do número de participantes – a chave para sua redução é o **método representativo**.

Diz a este respeito<sup>65</sup>:

*"Como a teoria e prática da representação política também são fáceis de criticar, gostaria de enfatizar que, à parte as **técnicas representativas de transmissão controlada do poder**, não há nenhuma outra técnica conhecida para lidar com os riscos externos". (Grifo nosso)*

A maneira de se mitigar a periculosidade para os destinatários de uma decisão, sem que isso implique paralisia decisória, passa a ser mais bem resolvida pela forma de composição do órgão colegiado do que propriamente pelos procedimentos da tomada da decisão; eis que <sup>66</sup>:

*"Em consequência, a chave é a representação: pois apenas a redução drástica do universo dos representados para um pequeno grupo de representantes permite uma redução importante dos riscos externos (de opressão) sem agravar os custos decisórios. Se a única forma de minimizar os riscos externos for aumentar o número de pessoas que tomam as decisões, quase nunca seria conveniente coletivizar uma área de decisões".*

---

<sup>65</sup> SARTORI, 1994: 298

<sup>66</sup> *Idem.*

Passando-se à análise da maneira como se decide, após se demonstrar a técnica da representação como a possibilidade de redução vertiginosa dos riscos externos, o estudo de como minimizar os custos internos constitui a saída para as questões relativas à real necessidade de resposta do governo frente àquilo posto à coletivização, "*como se decide, com que resultados*". Para tanto, três novas variáveis são acrescentadas ao modelo analítico proposto por Sartori: (1) o tipo de resultado; (2) o contexto decisório; (3) intensidade de preferência.

O tipo de resultado do jogo pode ser reduzido, basicamente, a dois padrões de interação, que podem gerar (1) *jogo de soma positiva* quando todos os jogadores tendem a ganhar, e as interações se reduzem a dividir e repartir os ganhos, que se explicam em tipos cooperativos e de negociação; (2) *jogo de soma zero* ou não vantajoso para todos, que se define pelo fato de o que um jogador ganha é exatamente aquilo que outro jogador perde. Assenta Sartori <sup>67</sup> a este respeito que:

*"no entanto, quando passamos desses construtos analíticos para a política – a política concebida como um jogo – deve-se compreender que as políticas de soma positiva não precisam ser cooperativas e podem muito bem resultar de uma mistura de cooperação e conflito. Com esse problema em mente, eu formularia a questão da seguinte forma: à medida que nos afastamos da 'política como guerra' e nos aproximamos da 'política como negociação', é correto dizer que passamos, na mesma medida, de políticas de soma zero para políticas de soma positiva".*

---

<sup>67</sup> SARTORI, 1994, p. 299.

A questão do contexto decisório, apesar de simples, é central para compreender a interação dos atores na arena política, podendo ser dicotomizado em contínuo ou descontínuo. O caso clássico deste último contexto decisório corresponde às eleições, cujos interstícios eleitorais demonstra por si a descontinuidade do contexto decisório.

Já o contexto decisório contínuo é marcado por uma corrente de decisões que, mesmo de natureza francamente distinta, implica a interligação dos assuntos, levando o grupo a estabelecer interseções entre as várias questões decididas, a despeito de seu conteúdo intrínseco, envolvendo-o em trocas recíprocas, em **recompensas recíprocas retardadas** – o apoio dado por uma fração específica da maioria à minoria para a defesa dos interesses destas hoje, leva a uma barganha amanhã para que essa minoria reforce aquela fração específica da maioria na implementação de suas preferências.

Essa lógica permite um silogismo lógico, óbvio, mais central ao entendimento da teoria democrático como processo decisório, a saber: a solução das questões postas a deliberação não se dão de forma isolada, estanque; contrariamente, envolve uma rede intrincada de trocas recíprocas, em que o apoio ou o veto de hoje possa significar a afirmação ou a derrocada política de uma fração do grupo no âmbito do colegiado.

Por fim, a teoria considera a variável intensidade de preferências, cujas implicações são inolvidáveis sobre o princípio da maioria, e se revela por uma

proposição singela, cujas repercussões no estudo do jogo político causa espanto ao estudioso desavisado: **toda questão desperta um grau diferente de afeto, de envolvimento ou desinteresse**. Toda questão envolve, portanto, uma intensidade desigual das preferências individuais.

A regra da maioria existe devido ao fato de pressupormos corretamente que os indivíduos possuem preferências distintas e que, nessa exata medida, necessitamos de um mecanismo (majoritário) que faça com que o que é desejado por um grupo maior prevaleça sobre o grupo menor – não obstante, parte esse cânone de um ficção, para Sartori vago e irreal, ao ignorar que essas preferências tem uma intensidade diferente, tornando iguais intensidades diferentes, pesando indivíduos enquanto indivíduos e só. Eis trecho curiosíssimo e exemplar em que ressalta<sup>68</sup>:

*"a realidade da vida é que um Não forte suplanta regularmente dois Sim fracos e, inversamente, que um Sim obstinado em geral vence dois Não débeis. Assim, todas as coletividades provavelmente contêm – em qualquer momento dado, sobre determinadas questões – um subgrupo intenso que aguarda uma chance de vencer os sub-grupos apáticos (menos intensos ou indiferentes) mesmo quando o subgrupo intenso constitui uma minoria da coletividade em questão. Formulado por extenso: uma maioria de 51% é imbatível se consistir também de membros Intensos; mas uma maioria de 51% (e até maior) não é imbatível quando é uma maioria pouca intensa. É importante notar que nada seria mudado nesse estado de coisas se as fontes de poder material (a riqueza, por exemplo) de todos fosse exatamente igual. Notamos, então, que 'intensidade' é a base mais negligenciada do poder, embora seja inteiramente independente e a mais poderosa de todas. Seja como for, o fato inquestionável é que as minorias intensas*

---

<sup>68</sup> SARTORI, 1994, p. 301-2.

*têm um peso extra nos processos de tomada de decisão; sua intensidade compensa sua inferioridade numérica”.*

O importante é sabermos que maiorias intensas, em regra, não constituem grupos perenes. Esse é um atributo característico das minorias. Minorias intensas são grupos reais, que se mantêm, enquanto que maiorias intensas são agregados efêmeros – quando não, geralmente são mobilizados por minorias intensas – *“e assim fechamos o círculo”*. Para Sartori <sup>69</sup>:

*“em última instância, e sendo iguais todas as outras condições, quem é intenso é ativo; quem é ativo prevalece sobre o inativo; e só pequenos grupos têm possibilidade de ser duravelmente intensos e ativos em relação a conjuntos globais e seqüências de questões”.*

Temos, outrossim, seis variáveis postas pelo modelo analítico acima descrito, e que nos servirá à apreensão do CONFAZ – mas antes, é importante consolidar, sumariamente, a idéia de COMITÊ, a saber: (1) existência de um grupo pequeno de interação face a face, que para Sartori, na prática, pode ser composto de três a trinta membros; (2) seja um grupo durável e institucionalizado, vale dizer, legalmente reconhecido; (3) um fluxo de decisões que implique um contexto decisório contínuo; (4) existência do princípio da maioria, apesar do voto ser *pro forma*, uma vez que o tipo COMITÊ decisões unânimes, não porque os membros do órgão tenham as mesmas preferências, mas porque esperam que aquilo que concede numa questão lhe seja devolvido ou retribuído em uma outra questão, e isto

---

<sup>69</sup> SARTORI, 1994, p. 303.

implica (5) a existência de compensação recíproca retardada, o que revela que (6) suas decisões constituam um jogo de soma positiva. Para Sartori <sup>70</sup>:

*"em síntese, um sistema de comitês atua, no interior de cada comitê, na base de compensações (ou trocas) recíprocas retardadas e, qua sistema, na base de pagamentos laterais guiados em grande parte pelas reações antecipadas. Os pagamentos internos (compensações recíprocas) conduzem a decisões unânimes e a resultados de soma positiva. Os pagamentos laterais externos representam os custos, mas também a condição sine qua non de um processo espontâneo (em contraposição a imposto) de ajustamento e coordenação. O que precisa ser acrescentado é que os pagamentos externos não são necessariamente definidos pelos limites de um sistema de comitês, nem se restringem a ele. **Na medida em que um sistema de comitês é formado de 'comitês representativos' sensíveis à vontade popular, os pagamentos externos afetam o conjunto da sociedade**". (Grifo nosso).*

O CONFAZ, certamente, como demonstrado nos capítulos anteriores, atende ao requisito do tamanho do órgão, uma vez que possui 27 membros.

De outro lado, ele se encontra regularmente instituído pela Lei Complementar 24 de 1975. Atende, dessa forma, ao requisito de um contexto decisório contínuo, em que há um fluxo interligado de decisões, abrindo a possibilidade (e tão somente) de atendimento a um quarto requisito, qual seja, a possibilidade de existência de recompensas recíprocas retardadas.

Entretanto, ele não chega a ser um comitê. Em verdade não há recompensas recíprocas retardadas, uma vez que o jogo político ali travado, como

---

<sup>70</sup> SARTORI, 1994, p. 310.

demonstrado na seção 4.2, é de soma zero – aberta a possibilidade de um benefício fiscal por um Estado-membro, o que ele ganha em termos de investimento corresponde ao que os outros perdem.

Isso se deve ao padrão estadualista predatório que tem marcado os laços intergovernamentais brasileiros – a lógica das grandes empresas multinacionais, *v.g.*, o caso notório que muita repercussão teve na imprensa há alguns anos da Ford, que deixou de se instalar no Rio Grande do Sul para ir para a Bahia – e que se deve, para nós, a um tipo de incentivo institucional que leva à competição não-cooperativa, e que equivale justamente ao não atendimento da existência do princípio da maioria.

O pressuposto da unanimidade para a concessão do benefício, ao invés de tutelar os interesses dos Estados-membros mais fracos, tem como implicação o exercício de um poder abusivo de veto. Eis um caso concreto que relata-nos Abrucio<sup>71</sup> :

*"Em 1992, São Paulo pleiteou incentivos à sua indústria automobilística, a fim de manter o nível local de investimento e emprego. Porém, inicialmente enfrentou a resistência de alguns estados, e mais adiante apenas o Estado de Rondônia vetou tal incentivo. A partir daí, São Paulo se articulou com outros estados, sobretudo os que possuíam também um parque industrial automotivo, para tentar modificar o veto de Rondônia, que jogou o tempo todo esperando por algo em troca, esperando tirar proveito da regra da unanimidade para colher benefícios. No fim do processo, Rondônia cedeu, mas não se sabe ao certo qual foi a moeda de troca usada". (Grifo nosso).*

---

<sup>71</sup> ABRUCIO, 2000, p. 211.

Conclui-se, destarte, que o CONFAZ não constitui um COMITÊ, tal qual construído a partir da teoria da democracia como processo decisório de Sartori. Os *incentivos institucionais, incorporados em seus procedimentos, tem implicado um desrespeito recorrente de suas deliberações, e até de seu poder em abstrato, levando ao seu descrédito de sua condição de fórum federativo por excelência para dirimir os conflitos advindos da distribuição de competência tributária do ICMS aos entes subnacionais.*

### 5.3 Ilegitimidade política: a crítica ao modelo institucional do CONFAZ e breves propostas para um novo arcabouço legal - conclusões

A forma de escolha dos representantes do órgão colegiado, de pronto, implica sua ilegitimidade política: a não-deliberação do CONFAZ em termos da *concessão de uma isenção fiscal, por exemplo, implica a exclusão de a Assembléia Legislativa vir a fazê-lo, obviamente, dentro da regularidade constitucional. E isso engendrado por um conjunto de agentes titulares das pastas das Secretarias das Fazendas Estaduais. Ora, que representatividade popular esses agentes possuem?*

Quando tratamos do Conselho Federal Alemão – órgão de atribuições muito mais amplas que as do CONFAZ, mas que inclui as competências deste – vimos que Hans Klein pugna pela legitimidade política do Conselho Federal quanto à

**forma de composição de seus membros, a saber, os titulares do Executivo estaduais.**

Contudo, não podemos transpor sem critério algum sua argumentação para o caso brasileiro. Lá, sua forma de composição, como ressaltado, encontra guarida na própria Constituição. Aqui não. A CRFB/88 diz que cabe a lei complementar dispor sobre como os estados concederão benefícios fiscais, etc. A lei que o faz é anterior ao texto magno, datando do período do regime militar, e mantém fidelidade à sua redação original. Apesar da remissão expressa do texto à lei, o legislador infraconstitucional deve guardar uma pertinência material ao espírito da Constituição – quando ela dispõe que o poder será exercido por meio de representantes eleitos, notadamente em matéria de exercício de produção de leis em sentido material como é no CONFAZ, visto que sua inércia exclui o exercício da competência pelas Assembléias, a Carta Magna o faz consubstanciando o fundamento maior do Estado Democrático de Direito, indisponível aos poderes públicos.

Não se está argumentando a não recepção da Lei complementar 24/75 em face da CRFB/88, mas isto sim, a ocorrência de **inconstitucionalidade por omissão** do Congresso Nacional em alterar a lei, para dispor que os titulares das cadeiras dos Estados no Conselho sejam representantes das Assembléias, e não os titulares das pastas da Fazenda, como uma forma de tornar o CONFAZ um **microcosmo** da representação popular estadual. Caberia, isso sim, aos Secretários de Estado, um papel consultivo no âmbito do colegiado, sem direito a voto e com

direito a voz. Outra providência salutar, devido ao fato de que  $\frac{1}{4}$  das receitas do ICMS é dos municípios, consiste em criar uma cadeira por região (norte, sul, *etc.*) de representantes eleitos, por exemplo, por um colegiado de Presidentes das Câmaras Municipais, que teriam os mesmos direitos dos representantes dos Executivos estaduais, até porque seria um exagero dar-lhes direito a voto, uma vez que no caso do IPVA (que também tem seu produto repartido) nada pode o município fazer sobre, p.ex., uma redução de alíquota, haja vista que é indelegável a competência tributária, sendo ela exclusiva, facultativa e incaducável.

Outro problema é a regra da unanimidade. Se para conceder isenção do Imposto de Renda, ou do Imposto sobre Veículos Automotores, ou do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a União, Estados e Municípios necessitam de aprovação de lei específica que os autorize – esta, requer, a seu turno, somente maioria simples. Atendida a proposição do parágrafo *retro*, não haveria porque perpetuar a regra da unanimidade, extirpando, de uma vez por todas, o poder excessivo de veto havido no bojo do conselho. Aí sim, teríamos o CONFAZ como verdadeiro COMITÊ.

Essas são as conclusões que o escopo do trabalho nos permitiram deduzir, mas há que se sublinhar, como feito na seção 5.1, que o novo institucionalismo não reclama o poder de dar conta de toda complexidade envolta na teoria e prática políticas contemporâneas, mas serviu-nos de substrato científico essencial para descrever e explicar nossa problemática. Fica, para outros estudos,

perceber do ponto de vista da política econômica as questões atinentes à política industrial e seu envolvimento e interdependência com a guerra fiscal.

**BIBLIOGRAFIA**

- ANASTASIA, Fátima. **Teoria Democrática e o novo institucionalismo.** *In* Cadernos de Ciências Sociais, Belo Horizonte, v.8, n.11, p.31-46, dez.2002
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária.** 4ªed, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro.** Atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, Forense,2001
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira.** 7ª ed, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2003.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política.** Rio de Janeiro, Ed. Campus, 2000
- BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-lei n. 406 de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de Direito Financeiro, aplicáveis aos Impostos sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1968. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 05 mai. 2004
- BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar nº 24 de 7 de janeiro de 1975. Dispõe sobre os Convênios para a Concessão de Isenções do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias, e dá outras providências. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 09 jan. 1975. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 fev. 2004

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição brasileira**, 1988. Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas emendas constitucionais n. 1/92 a 44/04 e pelas emendas constitucionais de revisão n. 1 a 6/94. Brasília: [Senado Federal], 2004. 245 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Guerra Fiscal. Isenção de ICMS. Necessidade de Lei Complementar. Convênio Celebrado pelos Estados. ADI-MC 2.376. Estado de Minas Gerais *versus*. Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília. Acórdão de 15 de março de 2001. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/>>. Acesso em 24 de abril de 2004

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 3ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999

DAHL, Robert, **Poliarquia**. São Paulo: Edusp, 1998

DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico**, Vol.. 3, São Paulo, 1998

ELAZAR, Daniel. **Exploring Federalism**.The University of Alabama Press. Alabama, 1987

FAGUNDES, M. S. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979

FRANÇA,J. L.; VASCONCELLOS, A. C.; **Manual para normalização de publicações técnico-científicas**.. 7. ed. Belo Horizonte, 2004

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy.** Tradução de Willian Rehg. Cambridge, The MIT Press, 1996

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-nacional – Ensaio Político.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo, Littera Mundi, 2001

HART, H. L. A. **The concept of law.** Oxford: Clarendon, 1961

HELLER, H. **Teoria do Estado – *staatslehre*.** Trad. Lycurgo Gomes da Motta. Ed. Mestre Jou. São Paulo. 1968.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck da 20ª edição, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1998

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional.** Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed, São Paulo, Martins Fontes, 1998

KLEIN, Hans. **A legitimação do Conselho Federal e sua relação com as assembléias legislativas e os governos estaduais – Trad. *Vierzig Jahre Bundesrat, Der deutsche Bundesrat. In O Federalismo na Alemanha.*** Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, São Paulo, 1995

PAIVA ABREU, Marcelo de (org.). **Ordem e Progresso – Cem Anos de Política Econômica Republicana 1889 – 1989.** Rio de Janeiro, ed. Campus, 1992

PIERSON, Paul. **"Fragmented Welfare States: Federal Institutions and the Development of Social Policy".** Governance, Cambridge, 1995

RAWLS, John. **Liberalismo Político.** Ed. Atlas, 2001

- ROSENFELD, Michael. **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy. Theoretical perspectives.** Durham and London: Duke University Press, 1994
- SARTORI, G. **A Teoria da Democracia Revisitada.** Cap. 8. São Paulo, Ática, 1994
- SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia.** [s.n.t]. Rio de Janeiro: Zahar, 1983
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 2ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982
- SPAGNOL, W. B. **Curso de direito tributário.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004
- TERAN, Juan Manuel. **Filosofía del Derecho.** México
- TORRES, H. **Direito tributário e Direito privado: autonomia privada: simulação: elusão tributária.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003
- WEBER, M. **Ensaio de sociologia.** Trad. Waltensir Dutra. 2ª ed., Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1971

**ANEXOS**

ANEXO A – NOTÍCIAS VEICULADAS NA FOLHA DE SÃO PAULO SOBRE OS MAIS  
RECENTES CASOS ENVOLVENDO CONFLITOS INTERESTADUAIS POR QUESTÕES  
RELATIVAS À GERRA FISCAL



**FOLHA**

## **Alckmin anuncia pacote de isenção de impostos e incentivo fiscal em SP**

**CAIO JUNQUEIRA**  
da olha Online

O governador Geraldo Alckmin (PSDB) anunciou hoje um pacote de redução de impostos e incentivos fiscais para diferentes setores no Estado de São Paulo.

A alíquota do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) do setores de autopeças, medicamentos, alimentos, instrumentos musicais, brinquedos e atacadistas de couro foi reduzido de 18% para 12%.

As áreas de cosméticos, perfumes, higiene e vinhos tiveram redução na alíquota de 25% para 12%.

A lista de medicamentos e alimentos cujos impostos serão reduzidos será divulgada posteriormente, por meio de decreto.

Em relação a louças sanitárias e cerâmicas de revestimento, o governador enviará um projeto de lei para a Assembléia Legislativa paulista, propondo a redução da alíquota de ICMS de 18% para 12%.

Além dessas medidas, Alckmin anunciou incentivos para outras áreas. Para indústria de máquinas e equipamentos, o prazo para recolhimento do ICMS foi ampliado do 3º dia útil do mês subsequente à venda para o 22º dia.

As microempresas que passarem para a categoria de pequeno porte terão descontos no imposto devido até o valor de R\$ 2.000 caso adquiram o primeiro ECF (Emissor de Cupom Fiscal), computadores, leitor ótico de código de barras e balanças.

O pacote inclui também a eliminação do ICMS incidente na importação de equipamentos portuários. A Secretaria de Fazenda do Estado analisa a lista de equipamentos que será encaminhada ao Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária) para a realização de convênio com outros Estados.

Haverá desconto também para as empresas com faturamento anual entre R\$ 150 mil e R\$ 1,2 milhão que interligarem seu sistema de pagamento por meio de cartão

de crédito ou débito ao ECF. A medida, que deve ser apreciada pelo Confaz, será retroativa a outubro de 2002 já que, segundo Aíckmin, cerca de 5.000 empresas já fizeram essa interligação.

### **Guerra fiscal**

Questionado se as medidas anunciadas não poderiam ser interpretadas por outros Estados como uma "guerra fiscal", o governador negou.

"Não fazemos guerra fiscal. Guerra fiscal é o seguinte: uma empresa diz 'olha, vou fazer uma planta industrial no Brasil' e ali começa 'se você vier para cá eu te devolvo o imposto'. Então, primeiro, o consumidor não ganha porque ele paga o imposto cheio e você devolve através de empréstimo subsidiado e [também] desorganiza o mercado, porque fica na concorrência desleal."

O governador afirmou ainda que as perdas do Estado com renúncia fiscal de alguns produtos serão compensadas com aumento da arrecadação e com o crescimento da atividade econômica.

"Não acredito que seja tão grande [a renúncia fiscal]. Claro que temos aqui uma renúncia importante, mas o que terá de aumento da atividade econômica, exportando novos equipamentos, agregando valor. E outra questão é a sonegação. Por exemplo, o álcool, a alíquota era de 25% e reduzimos para 12%. Com isso, a arrecadação aumentou 7%."

Ele disse ainda ser "evidente" que haverá redução na carga tributária, mas que, em contrapartida, será um "estímulo a um círculo virtuoso de aliviar um pouco o setor produtivo e estimular a atividade econômica".

### **Portos**

O governo também deixará de cobrar ICMS de insumos nacionais e importados adquiridos para a produção de mercadorias destinadas à exportação, que ingressarem no chamado "porto seco", área com regime especial de tributação.

A medida é válida para empresas beneficiárias dos regimes concedidos pela Secretaria da Receita Federal para os setores automobilístico, de informática e aeronáutico.

Os incentivos alcançam ainda a produção e a construção civil. Nos casos de regime especial de admissão temporária, o imposto dos equipamentos importados que não tiverem similar nacional será cobrado de maneira proporcional ao tempo de permanência do país.

### **Especial**

- -
-

**Endereço da página:**

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/uk0/lu89146.shtml>

**Links no texto:**

Leia o que já foi publicado sobre **Geraldo Alckmin**

Leia o que já foi publicado sobre a tributação do ICMS

---

*Copyright Folha Online. Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução do conteúdo desta página em qualquer meio de comunicação, eletrônico ou impresso, sem autorização escrita da Folha Online.*



**FOLHA**

## **Estados ameaçam ampliar guerra fiscal contra São Paulo**

da Agência Folha

Os Estados e o próprio Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária) criticaram a medida, adotada por São Paulo na terça-feira, de reduzir as alíquotas do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) para uma lista de produtos.

Para Albérico Machado Mascarenhas, coordenador do Confaz, São Paulo reabriu a guerra fiscal e "quem puder retaliar vai salvar seus interesses na Justiça".

O governador de Minas Gerais, Aécio Neves (PSDB), disse ontem não ter "gostado" da forma como o governo de São Paulo, do seu colega tucano Geraldo Alckmin, baixou o pacote tributário.

Ele afirmou que medidas como essa têm de ser tomadas dentro de um entendimento para evitar a guerra fiscal, que ele preferiu chamar de "reconquista da competitividade", que poderá adotar.

"Não gosto dessa medida. Esse tipo de medida tem de ser um pouco mais conversada e construída dentro de um entendimento, que não obrigue outros Estados a fazer o mesmo."

Ele disse que, em princípio, não há impactos para a economia mineira. Se houver, afirmou o governador mineiro, Minas vai tomar medidas para amenizar as eventuais perdas de alguns setores.

Em julho, a Assembléia Legislativa aprovou uma lei dando ao Executivo poderes para alterar alíquotas do ICMS sempre que medidas de algum Estado prejudicarem Minas Gerais.

O governador do Ceará, Lúcio Alcântara (PSDB), afirmou ontem que a retomada da guerra fiscal pelos Estados reflete uma situação do "salve-se quem puder" causada pela omissão da União.

Segundo ele, os Estados vivem um processo de empobrecimento que tem sido reforçado pelo governo Lula, e que poderá resultar na ingovernabilidade. Em oito

anos, Estados e municípios perderam R\$ 62 bilhões em repasses da União, segundo Alcântara.

### Reações

O Rio Grande do Sul terá redução de 17% para 12% nas alíquotas do ICMS de confecções, calçados e móveis nas vendas para União, Estados e municípios.

O projeto, de autoria do governo do Estado, foi aprovado anteontem pelo Legislativo gaúcho poucas horas após o governador Germano Rigotto (PMDB) ter pedido "empenho verdadeiro" do governo federal --e "não apenas jogar a tarefa nas mãos dos governadores e do Congresso"-- para unificar o ICMS e evitar uma "nova onda de guerra fiscal".

"A aceleração do processo que está desencadeando uma nova onda de guerra fiscal no país, envolvendo principalmente o Estado de São Paulo, só será reduzida com a aprovação de projeto unificando a legislação do ICMS."

Mascarenhas, que além de coordenador do Confaz é secretário de Fazenda da Bahia, disse que o Estado já está assessorando seus empresários para futuros processos na Justiça contra São Paulo. "Juridicamente, as medidas de São Paulo não se sustentam, apontam os nossos estudos."

Segundo Mascarenhas, a atual situação de disputa entre os Estados é reflexo da indefinição do projeto da reforma tributária. "Se o Congresso tivesse votado a reforma, os Estados poderiam estar firmando negociações em um ambiente mais tranquilo", disse.

Após anunciar a suspensão dos créditos do ICMS de produtos paulistas cujos incentivos fiscais não foram aprovados pelo Confaz, o governo de Goiás está listando mais de 140 produtos que terão a carga tributária reduzida.

### Especial

•

---

### Endereço da página:

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u89227.shtml>

### Links no texto:

Leia o que já foi publicado sobre guerra fiscal

Copyright Folha Online. Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução do conteúdo desta página em qualquer meio de comunicação, eletrônico ou impresso, sem autorização escrita da Folha Online.

## FOLHA

---

# DF decide barrar mais produtos de São Paulo

**ANA FLOR**

da Folha de S.Paulo, em Brasília

No segundo dia de retaliação econômica ao Estado de São Paulo, o governo do Distrito Federal ampliou a lista de mercadorias barradas em sua entrada por não ter o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) recolhido antecipadamente.

Na segunda-feira, eram parados no posto fiscal do DF apenas caminhões com produtos para informática. Ontem, foram incluídos carregamentos de carne (bovina, suína e aves), enlatados, leite longa vida, condimentos e palha de aço. Os veículos são liberados para entrar em Brasília assim que recolhem o imposto.

Até ontem, o tempo de espera máximo dos caminhões foi de dez horas. Na segunda-feira, o número de veículos que esperavam liberação chegou a 70.

O governo do DF adotou a medida em represália à decisão do governo de São Paulo, tomada no final de julho, de não aceitar benefícios fiscais concedidos por outros Estados.

Por meio de um comunicado, a Secretaria da Fazenda paulista decidiu rejeitar o uso de créditos do ICMS de Estados que concedem incentivos fiscais não aprovados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz).

Além do DF, foram atingidos 11 Estados. Até agora, apenas o Distrito Federal decidiu retaliar na mesma moeda. "Nós tentávamos desde julho negociar um pacto de sobrevivência, enquanto se discutia um novo modelo tributário", disse o secretário da Fazenda do Distrito Federal, Eduardo de Almeida Neto.

Para ele, a atitude de São Paulo foi protecionista e desnecessária. "O que o Distrito Federal oferece de ameaça?", pergunta. Segundo Almeida, os produtos vindos de São Paulo chegam a representar 70% do que é consumido na capital federal.

O secretário reclamou ainda que São Paulo também dá incentivos fiscais a itens produzidos dentro de suas divisas. O Distrito Federal tem um programa que financia até 70% do ICMS, o Pró-DF, e concede benefícios fiscais a distribuidores e

atacadistas.

Contra os dois tipos de benefício, correm no STF (Supremo Tribunal Federal) duas ações diretas de inconstitucionalidade (Adin) impetradas pelo governo de São Paulo, que move ainda ações contra programas semelhantes em outros Estados. Por isso, o Distrito Federal espera juntar forças com outros Estados atingidos pela medida paulista.

Outra jogada que o governo do Distrito Federal prepara na guerra fiscal é a de reduzir para 12% o ICMS de produtos importados. O projeto de lei já foi encaminhado à Câmara Distrital. O objetivo é que as mercadorias de outros países ajudem a diminuir o grau de dependência do Distrito Federal em relação a São Paulo.

O secretário da Fazenda descarta a possibilidade de desabastecimento, apesar de ela ser considerada por representantes da indústria local. As principais empresas prejudicadas com a barreira são os hipermercados.

O presidente da Federação das Indústrias de Brasília, Antônio Rocha, acredita em solução política. "A guerra prejudica o setor produtivo e os consumidores."

### **Alerta paulista**

Quando tomou a decisão, o secretário da Fazenda de São Paulo, Eduardo Guardia, disse que estava "alertando e deixando muito claro para os contribuintes paulistas que não aceitaremos esses créditos tributários, objetos de incentivos fiscais, concedidos ilegalmente por outros Estados."

Segundo o secretário, a decisão de não aceitar mais os créditos tem o objetivo de neutralizar os efeitos danosos para São Paulo provocados pela guerra fiscal.

### **Especial**

---

### **Endereço da página:**

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u88957.shtml>

### **Links no texto:**

Leia o que já foi publicado sobre guerra fiscal

Copyright Folha Online. Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução do conteúdo desta página em qualquer meio de comunicação, eletrônico ou impresso, sem autorização escrita da Folha Online.

**ANEXO B – ACÓRDÃO DA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE Nº2.376-4 RJ**

*Supremo Tribunal Federal*

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 04.05.2001

EMENTÁRIO Nº 2 0 2 9 - 2

15/03/2001

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.376-4 RIO DE JANEIRO  
(MEDIDA LIMINAR)

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADOS: PGE-MG - MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI E OUTRO

REQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. GUERRA FISCAL. ISENÇÃO DE ICMS. NECESSIDADE DE LEI COMPLEMENTAR. CONVÊNIO CELEBRADO PELOS ESTADOS.

1. A liberação de isenções, incentivos e benefícios fiscais pelos Estados-membros e Distrito Federal depende de lei complementar (CF, artigo 155, § 2º, XII, "g").

2. Ato governamental concessivo de desoneração de ICMS e operações internas sem que tenha sido objeto de convênio e que não levou em conta a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975 recebida pela Constituição Federal de 1988, é o bastante para caracterizar por si só a sua inconstitucionalidade. Precedente (ADIMCs 2.736-PR, SYDNEY SANCHES, julgada em 15.02.2001, e 2.353 ES, SEPÚLVEDA PERTENCE, julgada em 19.12.00, inter plures).

Medida cautelar deferida.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de medida cautelar para suspender a eficácia do Decreto nº 26.005, de 10/02/2000, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília, 15 de março de 2001.

CARLOS VELLOSO -

PRESIDENTE


 MAURÍCIO CORRÊA -

RELATOR

*Supremo Tribunal Federal*

15/03/2001

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.376-4 RIO DE JANEIRO  
(MEDIDA LIMINAR)

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA  
 REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
 ADVOGADOS: PGE-MG - MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI E OUTRO  
 REQUERIDO: GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA - O Governador do Estado de Minas Gerais propõe ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar, em que pede a suspensão da vigência do Decreto nº 26.005, de 10 de fevereiro de 2000, editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, que tem o seguinte teor:

"Art. 1º - Ficam desoneradas do ICMS as operações internas e de importação de insumos, materiais e equipamentos destinados à construção, ampliação, reparo, conserto, modernização, transformação e reconstrução de plataformas de petróleo e de embarcações utilizadas no comércio externo e interno, na prestação de serviços marítimos, na navegação de cabotagem e de interior, e no apoio 'offshore' e no apoio de serviços portuários.

Parágrafo único - Para os efeitos das disposições estabelecidas no 'caput' deste artigo, considera-se:

1 - plataforma de petróleo: a destinada à exploração, perfuração e produção de petróleo;

2 - embarcação de apoio 'offshore': a que opera em apoio de serviços às áreas de exploração, perfuração e produção de petróleo;

3 - embarcações de apoio de serviços portuários: as dragas e as que operam nos portos prestando serviços de atracação e desatracação de navios, na manutenção e acesso marítimo dos portos e no carregamento e descarregamento de embarcações por mar.

*Supremo Tribunal Federal*ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.376-4 RIO DE JANEIRO

Art. 3º - O Secretário de Estado de Fazenda Controle Geral editará os atos que se fizerem necessário ao cumprimento do disposto neste Decreto.

Art. 4º - Este Decreto entrará em vigor na data d sua publicação, revogadas as disposições em contrário (fls.12/13)

2. Aduz o requerente que o ato impugnado beneficia unilateralmente, os contribuintes estabelecidos no Estado do Rio d Janeiro, em prejuízo de indústrias sediadas em outros Estados principalmente em Minas Gerais, que, nesta ação, tem interess jurídico e econômico para atuar na defesa dos princípios qu asseguram a uniformidade do tratamento tributário dispensado à operações mercantis sujeitas à incidência do ICMS e no resguardo do interesses de sua arrecadação.

3. Alega violação ao artigo 155, § 2º, XII, "g", d Constituição Federal, que prevê lei complementar federal par regular a forma como isenções, incentivos e benefícios fiscais poderão ser concedidos e revogados por deliberação das unidade federadas. Esclarece que a Lei Complementar nº 24/75 foi recebida pela Carta de 1988 e é considerada, sem contestação, como o diplom legal que rege a matéria. Assim sendo, se se conceder benefici tributário por outro meio que não o convênio celebrado pelo Estados, será nula de pleno direito a concessão, por afronta à Cart Federal.

4. Afirma que esta Corte já teve oportunidade de apreciar matéria, a exemplo do que decidiu na ADI nº 1.247/9, CELSO DE MELI (DJ DE 08.09.95).



*Supremo Tribunal Federal***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.376-4 RIO DE JANEIRO**

5. Instado a prestar informações, o requerido não se pronunciou (fls. 79).

6. Submeto à apreciação do Tribunal o pedido de medida cautelar.

É o relatório.



*Supremo Tribunal Federal*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.376-4 RIO DE JANEIROV O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): Mais uma vez o Tribunal é chamado a pronunciar-se sobre guerra tributária entre os Estados.

2. A matéria não comporta novidades no âmbito do exame cautelar, dadas as reiteradas manifestações desta Corte, conforme recentemente relatou o eminente MINISTRO PERTENCE ao apreciar ADIMC n° 2.352 (j. de 19.12.00), ajuizada pelo Governador do Estado de Minas, que pediu a suspensão da eficácia de decreto editado pelo Governador do Estado do Espírito Santo.

3. Da ementa do acórdão extraio o seguinte trecho:

"1. A orientação do Tribunal é particularmente severa na repressão à guerra fiscal entre as unidades federadas, mediante a prodigalização de isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS, com afronta à norma constitucional do art. 155, § 2º, XII, g - que submete sua concessão à decisão consensual dos Estados na forma de lei complementar (ADIn 84 - MG, 15.2.89, Galvão, DJ 19.4.96; ADIMC 128-AL, 23.11.89, Pertence, 145/707; ADIMC 902, de 3.3.94, Marco Aurélio, 151/444; ADIMC 1.296-PI, 14.6.95, Celso; ADIMC 1.296-PA, 17.8.95 Celso, RTJ 168/754; ADIMC 1.179, 29.2.95, Marco Aurélio, RTJ 164/881; ADIMC 2.021-SP, 25.8.95, Corrêa; ADIMC 1.587, 19.10.00, Gallotti, Informat 207, DJ 15.8.97; ADIMC 1.999, 30.6.99, Gallotti, 31.3.00) (...).

4. Concorrência do *periculum in mora* para suspensão do ato normativo estadual que (...) acaba agravar os prejuízos igualmente acarretados à economia e às finanças dos demais Estados-membros que se...

*Supremo Tribunal Federal***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.376-4 RIO DE JANEIRO**

4. Sabe-se que o ICMS é um tributo de característica nacional e, por isso mesmo, o constituinte federal teve preocupação de determinar que os Estados-membros obedecessem linhas mestras da lei complementar federal na instituição, exonerações, revogações ou quaisquer benefícios tributários evitando, assim, que um Estado prejudicasse a outro, sob o disfarce de sua autonomia.

5. No caso dos autos, o decreto atacado nesta ação agrava ainda mais a ofensa ao princípio da isonomia tributária, visto que a Bacia de Campos, no Estado do Rio de Janeiro, enseja às indústrias de todo o território nacional oportunidades múltiplas de oferecer seus produtos à PETROBRÁS e às demais companhias de petróleo (*oil companies*). Ao conceder exoneração tributária ao fornecimento de bens e serviços realizados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o ato normativo em questão prejudica sensivelmente os outros Estados arrecadadores e suas empresas. Em destaque, o Estado de Minas Gerais.

6. Vale, por fim, lembrar que no dia 15 do mês passado o Tribunal suspendeu a vigência do Decreto nº 2.736/96 do Estado do Paraná, ao julgar a ADI nº 2.155-PR, SYDNEY SANCHES, ficando, mais uma vez assentado que o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea "g", da Constituição Federal, só admite a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais por deliberação dos Estados e do Distrito Federal, mediante convênio.



*Suprema Tribunal Federal*ÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.376-4 RIO DE JANEIRO

Ante o exposto, tendo em vista a relevância do tema e *periculum in mora* reconhecido sempre por esta Corte em casos análogos, defiro a medida cautelar, para suspender a vigência do Decreto nº 26.005, de 10 de fevereiro de 2000, editado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke that curves downwards at the end.

PLENÁRIO

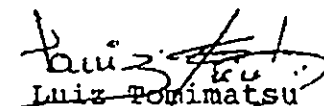
EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2.376-4 - medida liminar  
PROCED. : RIO DE JANEIRO  
RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA  
REQTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
ADVDS. : PGE-MG - MISABEL DE ABREU MACHADO DERZI E OUTRO  
REQDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão : O Tribunal, por unanimidade, deferiu pedido de medida cautelar para suspender a eficácia do Decreto 26.005, de 10 de fevereiro de 2000, editado pelo Governador Estado do Rio de Janeiro, nos termos do voto do Relator. Votou Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senh Ministro Nelson Jobim. Plenário, 15.3.2001.

Presidência do Senhor Ministro Carlos Velloso  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri Silveira, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Mar Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro

  
Luiz Tomimatsu  
Coordenador