

CELSO LUIS GIANNASI

A GUERRA FISCAL DOS MUNICÍPIOS
NA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO
E O CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE

OSASCO

2008

T

G37g

CELSO LUIS GIANNASI

**A GUERRA FISCAL DOS MUNICÍPIOS
NA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO
E O CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

OSASCO

2008

UNIFIEO
CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO
MESTRADO EM DIREITO

A GUERRA FISCAL DOS MUNICÍPIOS
NA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO
E O CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE

CELSO LUIS GIANNASI

UNIFIEO
OSASCO – 2008

CELSO LUIS GIANNASI

**A GUERRA FISCAL DOS MUNICÍPIOS
NA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO
E O CONTROLE CONCENTRADO
DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da UNIFIEO – Centro Universitário FIEO, para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração “Positivção e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos”, inserido na linha de pesquisa “Direitos Fundamentais em sua Dimensão Material”, sob a orientação da Professora Doutora Anna Cândida da Cunha Ferraz e do Professor Doutor Fernando Facury Scaff.

Mestrado em Direito

OSASCO

2008



CDU	T
PHA	G 37g
ASS	CRJ2

TERMO DE APROVAÇÃO

CELSO LUIS GIANNASI

**A GUERRA FISCAL DOS MUNICÍPIOS
NA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO
E O CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, aprovada pela Banca Examinadora formada pelos professores:

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz

Prof^a Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim

Prof^o Dr. Fernando Facury Scaff

OSASCO

2008

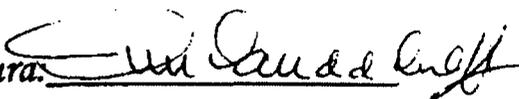
FIEO - FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ENSINO PARA OSASCO

CENTRO UNIVERSITÁRIO FIEO

Ata da Comissão Julgadora de Dissertação de Mestrado

Aos vinte e seis dias de junho do ano de dois mil e oito reuniu-se, na Sala 05 do Bloco Verde do Campus Narciso Sturfini do Centro Universitário FIEO, no município de Osasco, a Comissão de Arguição e Julgamento da dissertação de mestrado do acadêmico Celso Luis Giannasi com a participação dos Professores Doutores Anna Cândida da Cunha Ferraz, Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo e orientadora, Márcia Cristina de Souza Alvim, Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e professora do Centro Universitário FIEO, e Fernando Facury Scaff, Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo e professora convidada, em sessão solene e pública designada pelo Colegiado do Programa de Mestrado em Direito, coordenado pela Profa. Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz. Sob a presidência da professora orientadora, na forma do Regulamento Geral dos Programas de Mestrado do Centro Universitário FIEO. Após exame prévio pela Comissão Examinadora nos termos do artigo 41 §1º a Dissertação foi aceita pela Banca que passou, em seguida, à arguição do candidato Celso Luis Giannasi sobre a dissertação intitulada "A guerra fiscal dos municípios na região metropolitana de São Paulo e o controle concentrado de constitucionalidade" e após a arguição do candidato a Comissão Julgadora atribuiu as notas que constam abaixo junto às assinaturas que se apõem.

Profa. Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz

Nota (de zero a dez): 10,0 (dez). Assinatura: 

Profa. Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim

Nota (de zero a dez): 10,0 (dez). Assinatura: 

Prof. Dr. Fernando Facury Scaff

Nota (de zero a dez): 10,0 (dez). Assinatura: 

AGRADECIMENTOS

Aventurar-se pelos caminhos do estudo e da pesquisa não é uma tarefa fácil. O envolvimento em um trabalho desse porte requer, de quem assume esta tarefa, muita paciência e dedicação e, daqueles que lhe são caros –familiares, namorada, amigos –, compreensão, incentivo e paciência pelas ausências necessárias. Agradeço, pois, calorosamente a essas importantes pessoas na minha vida.

Às minhas queridas filhas Natália e Raquel dirijo o meu especial agradecimento pela inspiração e alegria que me proporcionam dia após dia, com muito amor.

À Professora Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz e ao Professor Dr. Fernando Facury Scaff, a minha maior gratidão pela segura orientação e estímulo, ambos cumprindo, de forma magnífica, a nobre tarefa de despertar no, aluno, o prazer pela pesquisa.

Celso Luis Giannasi

A grandeza de uma profissão é talvez, antes de tudo, unir os homens; só há um luxo verdadeiro, o das relações humanas. Trabalhando só pelos bens materiais construímos nós mesmos nossa prisão. Encerramo-nos lá dentro, solitários, com nossa moeda de cinza que não pode ser trocada por coisa alguma que valha a pena viver.

Se procuro entre minhas lembranças as que me deixaram um gosto durável, se faço o balanço das horas que valem a pena, certamente só encontro aquelas que nenhuma fortuna no mundo me teria presenteado.

(Terra dos Homens – Antoine de Saint-Exupéry)

RESUMO

Este trabalho, intitulado *A Guerra Fiscal dos Municípios da Região Metropolitana de São Paulo e o Controle Concentrado de Constitucionalidade*, trata da relação que existe entre os entes federativos da República Federativa do Brasil. Seu objetivo é analisar a chamada “Guerra Fiscal” e seu impacto sobre as relações federativas e também sobre as finanças públicas destes entes federativos. Aqui especificamente o trabalho se limitou a analisar a situação existente nos Municípios que compõem a Região Metropolitana de São Paulo, composta por 39 Municípios.

A Constituição da República de 1988 inscreveu a autonomia como prerrogativa intangível dos Municípios. Como substância dessa autonomia de que desfrutam os entes federativos sobressai, para nós, a repartição constitucional de competências em geral e, nesta, com especial destaque, a atribuição constitucional da competência tributária.

As competências municipais relativas à positivação, efetivação e realização dos Direitos Fundamentais são encontradas em todo o texto constitucional. Para que os Municípios possam implementá-las, a tributação é a forma mais eficiente por meio da qual se obtêm os recursos visando esse fim.

O Município é o local onde as pessoas vivem, mantêm relações. É nesse espaço territorial que os cidadãos têm vários aspectos práticos de sua vida cotidiana atendidos. A Constituição Federal atribuiu aos entes estatais a responsabilidade pelo atendimento dos direitos sociais assegurados aos cidadãos.

A Guerra Fiscal ataca violentamente estes direitos, uma vez que reduz brutalmente os recursos disponíveis para serem aplicados em, por exemplo, educação e saúde. O controle judicial de constitucionalidade é visto no presente trabalho como garantidor da possibilidade de obtenção de recursos por parte do Município, através de sua competência tributária, para que esse implemente os direitos sociais constitucionalmente a ele atribuídos.

Palavras-chave: Guerra Fiscal; Municípios; Região Metropolitana de São Paulo; Controle Concentrado de Constitucionalidade.

ABSTRACT

This work, entitled *The Fiscal Conflict involving the Municipal Districts of the Metropolitan Area of São Paulo and the Concentrate Constitutionality Control* deals with the relationship among the federative entities of Brazil. The aim of this work is to analyze the “Fiscal War” and its impact on the federative associations and on the public finances of these federative entities. Also, it analyzes the situation in the Municipal Districts of the Metropolitan Area of São Paulo, composed of 39 Cities.

The Constitution of 1988 registered the Municipal District autonomy as an intangible prerogative of these Districts. The constitutional division of competences, in a general way, and the constitutional attribution of the tributary competence, specifically, are the results of that autonomy.

The municipal competences to legislate, perform and accomplish of the fundamental rights are found all the Constitutional text and the taxation is the better form of getting resources to implement them.

The Municipal District is the place where people live and maintain relationships. It is in this place that the citizens have their current life assisted. The Federal Constitution has attributed to the state the responsibility for the attendance of the social rights that are assured to all the citizens.

The Fiscal Conflict attacks violently, these rights, because it reduces brutally the available resources to be applied in education and health, for example. The Judicial Constitutionality Control makes possible the acquisition of resources from the Municipal Districts, through their tributary competence. So they social rights that are constitutionally attributed can be assured and implemented.

Keywords: Fiscal Conflict; Municipal Districts; Metropolitan Area of São Paulo; Concentrate Constitutionality Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1 . DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO.....	04
1.1. Origem e Evolução dos Direitos Fundamentais.....	04
1.2. Dimensões ou Gerações dos Direitos Fundamentais.....	15
1.3. A Constituição de 1988 e os Direitos Fundamentais	19
1.4. Coexistência entre os Direitos Fundamentais e o Dever Fundamental de Pagar Tributos	22
2 . FEDERALISMO E AUTONOMIA DOS MUNICÍPIOS.....	34
2.1. Forma Federativa de Estado	34
2.2. O Federalismo no Brasil	39
2.3. Autonomia dos Municípios.....	45
2.4. A Região Metropolitana de São Paulo.....	51
3 . REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	60
3.1. A Repartição de Competência Tributária Mantenedora do Pacto Federativo	60
3.2. A Proposta de Reforma Tributária do Governo Federal: Centralização da União x Autonomia Municipal	63
4 . A GUERRA FISCAL DOS MUNICÍPIOS NA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO.....	73
4.1. Conceito de Guerra Fiscal	73
4.2. Efeitos da Guerra Fiscal sobre as Finanças Públicas.....	78
4.3. Os Mecanismos da Guerra Fiscal entre os Municípios na Região Metropolitana de São Paulo	85
4.4. A Jurisprudência Administrativa sobre a Guerra Fiscal dos Municípios na Região Metropolitana de São Paulo.....	93

5 . O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NA GUERRA FISCAL.....	98
5.1. O Controle de Constitucionalidade e a Presunção de Constitucionalidade das Leis.....	98
5.2. Os Sistemas de Controle de Constitucionalidade no Brasil.....	103
5.3. O Controle de Leis e Atos Normativos Municipais em Face das Constituições Federal e Estadual.....	108
5.3.1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como Controle Concentrado de Constitucionalidade de Leis Municipais.....	115
5.3.2. A Abrangência do Termo “ Preceito Fundamental” como Objeto de Tutela da Arguição de Descumprimento	118
5.3.3. Aspectos Gerais para Admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	121
6 . CONCLUSÃO	126
BIBLIOGRAFIA.	131
ANEXOS.....	138
Anexo 1 - Adin nº129.717-0/3 Município de Cotia x Município São Paulo	138
Anexo 2 - Adin nº 128.573-0/8- Município de Poá x Município São Paulo.....	145
Anexo 3 - Fotos Supostos Estabelecimentos Prestadores de Serviço.....	150
Anexo 4 - Proposta de Emenda Constitucional nº 233/08.....	163

INTRODUÇÃO

A Guerra Fiscal no Brasil é um tema recorrente há muitos anos. Trata-se de um jogo de ações e reações travado entre os entes federativos com o objetivo de atrair investimentos privados ou retê-los em seus territórios.

A proposta deste trabalho consiste em analisar a Guerra Fiscal existente na Região Metropolitana de São Paulo, composta por 39 Municípios, embora os problemas nele enfocados aqui sejam a tônica do que ocorre na quase totalidade das capitais brasileiras, onde há uma concentração maior do processo produtivo.

Ao deflagrar a Guerra Fiscal, os Municípios começam a praticar um jogo não cooperativo, antítese do princípio federativo fixado no art. 1º da Constituição Federal de 1988. Contudo, tão importante como iniciar uma discussão sobre quem ganha e quem perde nesse jogo, é mostrar que há outros efeitos danosos às finanças públicas dos Municípios, cuja consequência principal é a insuficiência de recursos para financiar, com efetividade, as políticas públicas voltadas ao social.

O tema desperta enorme interesse, uma vez que, após a promulgação da nossa Magna Carta de 1988, os Municípios, como entes federados, ganharam maior autonomia, o que demonstra grande progresso nas instituições políticas do país. Desta forma, é preciso encontrar um mecanismo de controle capaz de equilibrar os interesses de cada ente federativo e os da nação. O conflito existente entre os entes federativos em busca do desenvolvimento de suas localidades é normal; entretanto, devem ser encontradas formas de regulação e articulação dos interesses de modo a não comprometer o desenvolvimento nacional. Esta articulação deve impedir que as entidades federativas percam parcela representativa de sua autonomia.

No Brasil, com a Constituição de 1988, adotou-se um discurso todo voltado à promoção do bem-estar social, o chamado Estado Social. O Estado para que possa implementar políticas públicas adequadas aos cidadãos, necessita de financiamento público, tendo em vista que, de outra forma não haveria suporte

financeiro suficiente para garantir aos cidadãos a efetividade de Direitos Fundamentais como segurança, saúde, educação, saneamento. Nesse contexto, colocamos em discussão, neste trabalho, a relação direta entre tributação e direitos humanos.

A Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002, introduziu alterações no Sistema Tributário Nacional: fixou alíquota mínima de 2% (dois por cento) no valor do ISS (Imposto Sobre Serviços), principal imposto de competência municipal, com o objetivo de acabar com a Guerra Fiscal. A disposição contida no art. 88 do ADCT estabelece que, enquanto lei complementar não dispuser, a alíquota mínima será de 2%. Ocorre que a Lei Complementar nº 116, de 2003, que regula este imposto em nível nacional, não tratou dessa questão, tirando do país a oportunidade de resolver definitivamente a questão da Guerra Fiscal entre os Municípios.

O trabalho apresenta-se dividido em 5 capítulos que compendiam idéias relativas ao mesmo tópico. No primeiro capítulo, trataremos da relação direta existente entre os Direitos Fundamentais e Tributação. Nele discutiremos a necessidade de autoridade por parte do Estado, captando recursos dos cidadãos para cumprir suas funções constitucionais voltadas à efetiva prestação dos Direitos Fundamentais.

No segundo capítulo, faremos uma análise histórica do federalismo no Brasil. Com o crescimento econômico desordenado e desenfreado de determinadas localidades junto a pólos de desenvolvimento, viu-se a necessidade da criação das regiões metropolitanas. Com a criação desses núcleos, algumas funções, antes eminentemente locais, tornam-se regionais, como única alternativa para a adequada satisfação dos interesses das comunidades envolvidas. Trataremos da criação da Região Metropolitana de São Paulo.

No terceiro capítulo, o tema é a repartição de competência tributária na Constituição de 1988. A repartição de competência tributária e a repartição de receitas tributárias são, na verdade, faces de uma moeda, que tem como outro lado a repartição dos encargos públicos. Caso os entes federativos não possam obter suas rendas, seja através de suas receitas próprias, seja, através da repartição

constitucional, não é possível o atendimento das demandas por serviços públicos de qualidade. Apresentaremos também, neste capítulo, a proposta de Reforma Tributária (PEC nº 233/08), finalmente enviada ao Congresso Nacional.

No quarto capítulo, abordaremos a Guerra Fiscal e os efeitos que ela provoca sobre as finanças públicas dos Municípios. Como forma de aproximar o estudo teórico da realidade prática, apresentaremos os mecanismos utilizados por alguns Municípios circunvizinhos à cidade de São Paulo para continuarem a se beneficiar de interpretações que lhes garantam uma vitória parcial nesta Guerra Fiscal. Também, para enriquecer nossas discussões, traremos a jurisprudência existente no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a Guerra Fiscal dos Municípios na Região Metropolitana de São Paulo.

Por fim, no quinto e último capítulo, traremos a discussão sobre o papel do Controle Concentrado de Constitucionalidade na Guerra Fiscal. O objetivo deste capítulo é verificar de que modo se daria o controle direto de constitucionalidade da lei e dos atos normativos municipais e como fazer a adequação das normas municipais aos preceitos da nossa Constituição, uma vez que não é permitido aos Municípios fazer uso deste importante instrumento jurídico na defesa dos interesses de seus munícipes.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO

Sumário: 1.1. Origem e Evolução dos Direitos Fundamentais 1.2. Dimensões ou Gerações dos Direitos Fundamentais 1.3. A Constituição 1988 e os Direitos Fundamentais. 1.4. Coexistência entre os Direitos Fundamentais e o Dever Fundamental de Pagar Tributos.

1.1. Origem e Evolução dos Direitos Fundamentais

Uma análise histórica da evolução do pensamento humano nos permite verificar que a origem dos Direitos Fundamentais precede a idéia de que estes direitos seriam derivados da constitucionalização. Verificamos também que os Direitos Fundamentais positivados atualmente nas Constituições são produtos de diversas transformações ocorridas no decorrer da História.

Para Fábio Konder Comparato, foi no período axial, compreendido pelos séculos VIII a II a.C., com a forte influência do monoteísmo, que surgiram os primeiros resquícios que deram origem aos Direitos Fundamentais¹.

No mesmo período nasce a filosofia, substituindo o saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. Por meio da tragédia grega, o homem passa a ser objeto de reflexão, e estabelecem-se os primeiros princípios e diretrizes fundamentais da vida. Nas palavras de Fábio Konder Comparato: ²

É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.

Graças ao pensamento dos sofistas e estóicos, surge na Grécia a noção de lei não escrita que, em contraponto à lei escrita, é reconhecida pelo

¹ Segundo Fábio Konder Comparato, o período axial corresponde aos séculos VIII a II a.C., e é assim denominado, pois formaria o eixo histórico da humanidade. No início do período axial surgiram os primeiros profetas sírios, inspiradores dos profetas de Israel e, no centro do mesmo período, entre 600 e 480 a.C., coexistiram grandes doutrinadores, como Buda, Lao-Tsé e Pitágoras.

² COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.11.

consenso universal, e não apenas como a lei própria de cada povo. Verifica-se que tais leis possuem um fundamento moral e, como justificativa para sua vigência, começa a ser ressaltado o pensamento religioso, bem como a idéia de direito natural.

Apesar de todas as diferenças individuais e grupais, a concepção derivada do Cristianismo, segundo a qual todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus, foi um dos fundamentos para a construção de uma base de proteção aos direitos de igualdade entre os homens. Com o objetivo de explicar este fato, foi adotada a teoria do estado natural, segundo a qual os homens são livres e iguais e têm direitos a eles inerentes, por natureza. O Direito Natural é anterior e superior à ordenação estatal e, por isso, nem o Estado, nem o próprio homem, podem subtraí-lo.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende que a causa profunda do reconhecimento de direitos naturais e intangíveis em prol do indivíduo, decorrentes imediatamente da natureza humana, é de ordem filosófico-religiosa³.

De ordem religiosa porque decorre, sem saltos, dos dogmas cristãos. A igualdade fundamental de natureza entre todos os homens, criados à imagem e semelhança de Deus, a liberdade fundamental de fazer o bem, ou de não o fazer, decorrem dos mais remotos ensinamentos bíblicos. Dessa inspiração religiosa, ainda que por outras influenciadas, é que deflui a lição de São Tomás de Aquino sobre o direito natural. Seria este aquela participação na lei eterna que o homem alcança, considerando o seu íntimo; a vontade de Deus, o criador, desvendada pela razão da criatura, por sua inclinação própria, na própria criação.

Essa base religiosa do Direito natural foi substituída sem modificação profunda do edifício em sua exterioridade pela obra dos racionalistas do séc. XVII, com Grócio e outros. Para estes, o fundamento do Direito natural não seria a vontade de Deus, mas a razão, medida última do certo e do errado, do bom e do mau, do verdadeiro e do falso. Essa versão racionalista do Direito natural, inserida no Iluminismo, é que será inspiradora, no futuro, das primeiras declarações.

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33.ed.São Paulo: Saraiva, 2007, p.289.

Ao contrário da concepção organicista, segundo a qual a sociedade é um todo, e o todo está acima das partes, Norberto Bobbio, por considerar o homem como titular de direitos por si mesmo, e não apenas como membro da sociedade, coloca o entendimento da doutrina jusnaturalista como real precursora da teoria individualista. Segundo ele⁴:

Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo [...], que tem valor em si mesmo, depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado⁵.

Convém observar que tais fundamentos acentuam a universalidade dos direitos, não diferenciando o homem segundo sua nacionalidade. Entretanto, a simples afirmação da existência de direitos não bastava para assegurar a sua efetividade. Nas palavras de Bobbio⁶:

Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um pensamento Individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.

De acordo com Bobbio, a segunda fase dos Direitos Fundamentais começa, então, a partir do momento em que estes passam a ser positivados pelos Estados. Ainda que os ideais de democracia e controle dos órgãos políticos, iniciados em Atenas e na República Romana, respectivamente, tenham desaparecido com o surgimento do feudalismo, a afirmação positivada dos Direitos Fundamentais inicia-se ainda na Idade Média⁷.

De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontraram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Salieta-se, aqui, a circunstância de que a democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura do homem livre e dotado de individualidade.⁸

⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro:Campus,1992,p.32.

⁵ Ibid.,p.60.

⁶ Ibid., p.29.

⁷ Ibid., p.38.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2006. p.45.

Os antigos atenienses instituíram um sistema em que a liberdade e a igualdade se realizam através de instituições que garantem a todos os cidadãos participar ativamente, de maneira igual, das questões públicas.

Como bem observa J.J. Gomes Canotilho, obviamente que não podemos nos desvirtuar e passar a conceber a antiguidade como um berço de igualdades, uma vez que a noção de igualdade nessa época não passou do plano filosófico. No entanto, os conceitos que foram surgindo resultaram em embriões de direitos que, com o passar dos séculos, transformaram-se em direitos de ordem fundamental, essenciais para a concepção de uma sociedade e, posteriormente, de um Estado mais responsável pelo bem-estar do indivíduo⁹.

Na Baixa Idade Média, os reis passaram a reivindicar seus poderes, juntamente com o papa. Contra abusos dessa reconcentração do poder, surgiram as primeiras manifestações. Por conseguinte, no ano de 1215, o Rei João da Inglaterra, o João Sem-Terra, assinou a *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae* (Grande Carta das liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei Inglês)¹⁰.

Na verdade o referido documento limitou o poder dos monarcas da Inglaterra, especialmente o do Rei João, que o assinou, impedindo assim o exercício do poder absoluto. Resultou de desentendimentos entre João, o Papa e os barões ingleses acerca das prerrogativas do soberano. Segundo os termos da *Magna Carta*, João deveria renunciar a certos direitos e respeitar determinados procedimentos legais, bem como reconhecer, a partir de então, que a vontade do rei estaria sujeita à lei.

Evidentemente não podemos dizer que a *Magna Carta* se constituía essencialmente em uma declaração de direitos, pois se tratava de uma Carta que tão-somente concedia privilégios aos senhores feudais. Entretanto, sua importância para os Direitos Fundamentais consiste no fato de que foi o primeiro vestígio de

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 1998. p.351.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva,2001. p.64.

limitação do poder soberano do monarca. Pela primeira vez na história medieval, o rei se acha limitado pelas leis que ele próprio edita. Além disso, a *Magna Carta* possuía cláusulas prevendo as liberdades eclesiásticas, apontando para uma futura separação institucional entre Igreja e Estado. Previa também limitações ao poder de tributar, que se achava restrito ao consentimento dos contribuintes (*no taxation without representation*), além de lançar as bases do tribunal do júri e o princípio do paralelismo entre direitos e penas, dentre outros Direitos Fundamentais hoje consagrados.

Diante dos importantes fatos acima elencados, poder-se-ia estabelecer a *Magna Carta* da Inglaterra (1215) como marco dos Direitos Fundamentais, uma vez que ela é motivadora da inserção de Direitos Fundamentais nos textos constitucionais dos modernos Estados ocidentais.

Até mesmo a Inglaterra, sob um novo contexto histórico, passou a enfrentar constantes rebeliões, derivadas de querelas religiosas. Após um período de constantes revoltas contra a dinastia que lá reinava com inabalável apelo à religião católica, a nobreza conseguiu destronar o rei Jaime II, declarando o trono vago. A coroa foi, então, oferecida ao príncipe Guilherme de Orange, que a assumiu após aceitar uma declaração de direitos votada pelo Parlamento. O documento denominado Declaração de Direitos ("*Bill of Rights*"), de 1689, encerra o Regime Absolutista, de monarquia absoluta, no qual todo o poder emanava do rei e em seu nome era exercido, retirando do monarca as prerrogativas de legislar e criar tributos e delimitando o seu poder, retornando-se à idéia de governo representativo através dos poderes atribuídos ao Parlamento, o qual possuía garantias especiais de modo a preservar sua liberdade diante do chefe de Estado, gerando já uma noção de separação de poderes, ainda que não fosse uma declaração de direitos humanos, no entender de Fábio Konder Comparato¹¹:

O Bill of Rights criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma garantia institucional, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função [...] é proteger os Direitos Fundamentais da pessoa humana.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 88-89.

Quase um século depois, as colônias dos Estados Unidos da América, em seu movimento de independência, elaboraram suas Declarações. A Declaração da Virgínia, segundo Fábio Konder Comparato, foi o registro de nascimento dos direitos humanos na História. Isto porque anteviu uma gama de Direitos reiterados posteriormente na Declaração da Independência, a qual é considerada por Comparato como uma declaração à humanidade, que deu início a uma nova legitimidade política: a soberania popular. Foi também o primeiro documento a reconhecer a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independente de sexo, raça, religião, cultura ou posição social¹².

A Declaração de Independência dos Estados Unidos, entretanto, teve um caráter fechado ou, melhor dizendo, preocupou-se tão somente em afirmar a sua independência e estabelecer seu próprio regime político em vez de levar a idéia de liberdade a outros povos. Diante disso, com a positivação dos direitos em Declarações dos Estados, Norberto Bobbio entende que os Direitos Humanos ganham em concretividade, mas perdem em universalidade, pois têm validade no âmbito do Estado que o reconhece¹³.

Além das Declarações já citadas, Norberto Bobbio¹⁴ também faz menção à Declaração de Direitos da Revolução Francesa. Mas aqui, neste ponto, nos alinhamos aos estudos de Fábio Konder Comparato segundo o qual, ao contrário da Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa pretendeu anunciar-se para todos os povos e todos os tempos. Neste sentido, na Assembléia Nacional Francesa sobre a redação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, Duquesnoy, citado por Fábio Konder Comparato, explicou¹⁵:

Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos.

¹² Ibid., p.48.

¹³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁴ Ibid., p.150.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva,2001. p. 128.

Paulo Bonavides afirma que a universalidade se manifestou pela primeira vez através do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Na visão do autor, as declarações anteriores, de ingleses e americanos, ganhavam em concretude, entretanto dirigiam-se ou a um povo específico, ou a uma camada social privilegiada, enquanto a Declaração Francesa tinha por destinatário o gênero humano. Assim, enquanto os norte-americanos mostravam-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica e não estimular igual movimento em outras colônias européias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos¹⁶.

Inicialmente achava-se que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 não tinha caráter normativo, por não possuir sanção do monarca, não passando de uma declaração de princípios. Posteriormente, este pensamento foi sendo abandonado, com o reconhecimento de que a competência decisória por ela exercida era proveniente da vontade da Nação, como Poder Constituinte, e que o rei não passava de poder constituído.

Também marcando posição sobre este assunto, José Afonso da Silva assevera¹⁷:

A Declaração de Virgínia e de outras ex-colônias inglesas na América eram mais concretas, preocupadas mais com a situação particular que afligia aquelas comunidades, enquanto a Declaração francesa de 1789 é mais abstrata, mais “universalizante”, de onde seus três caracteres fundamentais, consoante Jacques Robert: a) intelectualismo, porque a afirmação de direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, baseado no consentimento popular, foi uma operação de ordem puramente intelectual que se desenrolaria no plano unicamente das idéias; é que, para os homens de 1789, a Declaração dos direitos era antes de tudo um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal; b) mundialismo, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar valor universal; c) individualismo, porque só consagra as liberdades dos indivíduos, não menciona a liberdade de associação nem a liberdade de reunião; preocupa-se em defender o indivíduo contra o Estado. É, por isso, o documento marcante do Estado Liberal, e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direitos dos

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 516.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 157-158.

séculos XIX e XX. O texto da Declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escorreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas.

É inegável a importância que alcança a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na posituação dos Direitos Fundamentais. Esta Declaração estava inserida em um contexto de grandes transformações jurídicas e políticas: jurídicas, porque envolviam a discussão da noção de soberania nacional e o princípio da separação de poderes; e jurídicas, devido ao caráter que a lei assume como fonte do direito e a concepção do direito como sistema de normas postas. A Declaração de 1789, em seu artigo 3º, estabelecia: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação”. A soberania, a efetividade da força pela qual as determinações de autoridade são observadas e tornadas de observação incontornável, mesmo por meio de coação, antes residia no rei, simbolizando centro único de normatividade, que é substituído pela nação, conceito mais abstrato e mais maleável, permitindo a manutenção do caráter uno, indivisível, inalienável e imprescritível da soberania – de acordo com o princípio da divisão dos poderes que, por sua vez, origina a concepção do poder judiciário com caracteres próprios e autônomos e com possibilidade de atuação limitada.

Ainda de grande importância histórica na evolução dos Direitos Fundamentais, destacamos a Carta política mexicana de 1917, que foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de Direitos Fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos.

A Alemanha também tem uma grande contribuição na evolução dos Direitos Fundamentais. A Constituição de Weimar, de 1919, exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a Segunda Guerra Mundial. Assim como a Constituição mexicana de 1917, os direitos trabalhistas e previdenciários são elevados ao nível constitucional de Direitos Fundamentais.

Nesse interregno, entre as duas Cartas - Mexicana e Alemã - destacamos a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado, aprovada em 1918 na ex-União Soviética. Essa Declaração, apoiada nos ideais marxistas vividos à época, influenciou de maneira significativa a forma de atuação dos Direitos Fundamentais, pois fundava-se no princípio da igualdade. A realidade vivida em países ditos socialistas era muito distinta da vivida pela democracia burguesa do ocidente. Nas palavras de José Afonso da Silva¹⁸:

As declarações dos séculos XVIII e XIX voltam-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou democracia burguesa. Isso se explica no fato de que a burguesia, que desencadeara a revolução liberal, estava oprimida apenas politicamente, não economicamente. Daí por que as liberdades da burguesia liberal se caracterizam como liberdades-resistência ou como meio de se limitar o poder, que, então, era absoluto. No entanto, o desenvolvimento industrial e a conseqüente formação de uma classe operária logo demonstraram insuficiência daquelas garantias formais, caracterizadoras das chamadas liberdades formais, de sentido negativo, como resistência e limitação ao poder. Pois a opressão não era, em relação a ela, apesar de caráter político formal, mas basicamente econômico. Não vinha apenas do poder político do Estado, mas do poder econômico capitalista. De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe, de condições materiais para exercê-las. Sintetiza bem a questão Juan Ferrando Badiá, quando escreve “A burguesia liberal aparenta conceder a todos a liberdade de imprensa, a liberdade de associação, os direitos políticos, as possibilidades de oposição política: mas de fato tais direitos e liberdades não podem ser exercidos realmente senão pelos capitalistas, que são os que têm os meios econômicos indispensáveis para que tais liberdades sejam reais”.

A evolução da consagração dos Direitos Fundamentais se dá de forma muito intensa neste período. Em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem é que tem início a fase mais importante dos Direitos Fundamentais, pois, além de sua universalidade, ela põe em movimento um processo em cujo final os direitos dos homens deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tinha violado.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem surge sob o contexto de um Estado Social, que aparece em contraposição ao Estado Liberal do século

¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 159.

XVIII, marcado pelo seu teor individualista. O Estado Social, do século XX, ao contrário, representa uma transformação estrutural do Estado Liberal, em busca da superação da contradição entre a igualdade política e as desigualdades sociais. Há a ampliação dos direitos políticos e a implementação de políticas que possibilitassem os direitos sociais, pressupostos da igualdade material.

Para Norberto Bobbio¹⁹ :

A Declaração de 1948 é apenas o início de um longo processo. A afirmação dos direitos humanos trazidos na Declaração é ao mesmo tempo Universal e Positiva: universal, no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, como ocorriam com as declarações anteriores, onde os princípios e direitos se aplicavam apenas aos cidadãos dos Estados que a reconhecessem; e positiva, porque os direitos declarados deveriam ser efetivamente protegidos e não somente proclamados ou idealmente reconhecidos, e protegidos inclusive contra o próprio Estado que o tenha violado.

O Estado Social que surge no século XX como resposta à miséria e exploração de grande parte da população serviu para amortecer o ímpeto da questão social, salvando o capitalismo pela reconciliação entre o capital e o trabalho através de uma ideologia neoliberal. Surgem os direitos coletivos cuja titularidade extrapola a esfera individual e se concentra num grupo ou categoria de pessoas. Com os direitos sociais, garantindo interesses sociais e coletivos há um reforço da cooperação e da solidariedade no seio da sociedade, enaltecendo a importância da organização social.

A evolução dos Direitos Fundamentais, considerando o indivíduo como o fim de qualquer organização social e política, não pretende a aniquilação dos direitos individuais com a ascensão dos direitos sociais. Estes surgem, determinando ao Estado a tarefa de garantir as condições materiais necessárias à própria fruição dos direitos individuais. É somente com a intervenção do Estado que a igualdade pode ser estabelecida no seio de uma sociedade. Conforme diz Hannah Arendt, não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais²⁰.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.30

²⁰ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p.335.

Os Direitos Fundamentais surgidos nesta nova fase, no Estado Social, os direitos de segunda dimensão, tornam-se tão essenciais quanto os Direitos Fundamentais da primeira dimensão, do Estado Liberal, seja por sua universalidade seja por sua eficácia. Com os direitos da segunda dimensão, nasce um pensamento de que tão importante quanto preservar o indivíduo, segundo a definição clássica dos direitos de liberdade, era também despertar a conscientização de proteger a instituição, uma realidade social mais fecunda e aberta à participação e à valorização da personalidade humana.

Após vários acontecimentos marcantes do século XX, notadamente a Segunda Guerra Mundial, a sociedade, com o intuito de evitar que barbaridades como o Holocausto viessem a se repetir, começou a exigir uma maior limitação do Poder Executivo e a alternância de Poder, diminuindo a possibilidade do surgimento de novas ditaduras. Nasce o Estado Democrático de Direito, onde o povo passa a exercer o Poder através de seus representantes eleitos pelo sufrágio.

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário ganha importância até então não registrada, principalmente na função de limitador de abusos dos outros Poderes e na busca de efetividade dos Direitos Fundamentais elencados ou não nos textos constitucionais. Diferente do que ocorreu com a ascensão do Poder Legislativo no Estado Liberal e do Executivo no Estado Social, que se agigantaram para proteger determinada classe social ou grupo em uma situação privilegiada, o crescimento do Poder Judiciário se deu de forma moderada, ocasionando um equilíbrio dos três Poderes.

Aliados a esta série de alterações no sistema, a reboque dos acontecimentos sociais vivenciados pelo mundo no século XX, o processo de descolonização e o impacto tecnológico contribuíram para o surgimento do que viriam a ser os direitos de terceira dimensão, que, na essência, visavam corrigir as disparidades econômicas e, ao mesmo tempo, fomentar o desenvolvimento das nações, com a conseqüente evolução equilibrada dos povos, tendo como princípios basilares a solidariedade e a fraternidade. Os Direitos Fundamentais evoluem e deixam de ter como alvo central o indivíduo ou um grupo de indivíduos, passando,

nos dias atuais, a focar no próprio gênero humano, sendo, portanto, estes novos direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Não podemos atribuir aos Direitos Fundamentais um fundamento absoluto. Ainda que a teoria do Direito Natural seja consistente no que diz respeito ao surgimento do pensamento direcionado à proteção da dignidade humana, não é suficiente para explicar todos os Direitos Fundamentais hoje existentes. Segundo Bobbio, os direitos humanos positivados não derivam do estado da natureza, o qual foi utilizado apenas como argumento para justificar racionalmente determinadas exigências do homem. Para ele, o real surgimento de alguns direitos deriva das lutas e movimentos travados pelos homens cujas razões devem ser buscadas na realidade social da época, e não no estado de natureza, pois este revela a hipótese abstrata de um estado simples, primitivo, onde o homem vive com poucos carecimentos essenciais, oposto ao mundo de onde derivou toda a gama de Direitos Fundamentais que hoje conhecemos²¹.

1.2. Dimensões ou Gerações dos Direitos Fundamentais

Para que possamos padronizar a terminologia utilizada, gostaríamos de esclarecer o significado dos termos dimensões ou gerações dos Direitos Fundamentais. Alguns autores criticam a utilização da expressão “gerações”, preferindo o uso do termo “dimensões”, pois, conforme Ingo Wolfgang Sarlet²²:

O reconhecimento progressivo de novos Direitos Fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra.

Já Paulo Bonavides destaca que “Os Direitos Fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo”²³

Os Direitos Fundamentais clássicos eram satisfeitos por meio de uma mera omissão do Estado. Com o desenvolvimento da sociedade, porém, tal

²¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.32

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998, p.47.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.516-517.

conceito não mais bastou para o cumprimento das exigências supervenientes. Surgiram direitos que passaram a exigir uma atitude positiva por parte do Estado, o que atribui aos titulares de Direitos Fundamentais dois tipos de prerrogativas: liberdade e poder.

O lema da Revolução Francesa: *liberté, égalité e fraternité*, conforme afirma Paulo Bonavides, profetizou a seqüência histórica da gradativa institucionalização dos Direitos Fundamentais, do que decorre sua divisão em três gerações, sucessivamente: direitos de liberdade, da igualdade e da fraternidade²⁴.

Corroborando com o pensamento do autor acima mencionado Anna Cândida da Cunha Ferraz ao dizer que a doutrina aponta a relação entre as gerações de direitos e os princípios lemas da Revolução Francesa: *liberté, égalité e fraternité*, aos quais correspondem os direitos de primeira, segunda e terceira gerações. Segue dizendo que a Constituição de 1988 consagra os direitos humanos fundamentais plastificando este lema²⁵.

Os direitos de primeira geração correspondem aos direitos da liberdade, e foram os primeiros previstos constitucionalmente. Referem-se aos direitos civis e políticos, têm como titular o indivíduo e são direitos de resistência ou oposição ao Poder Público. Pressupõem uma separação entre Estado e Sociedade, em que esta exige daquele apenas uma abstenção, ou seja, uma obrigação negativa visando a não interferência na liberdade dos indivíduos. Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, os direitos consagrados como de primeira geração são direitos subjetivos, pois oponíveis ao Estado. Do Estado se espera, com relação a tais direitos, apenas uma abstenção, um não fazer. Podem ser citados como exemplos de Direitos Fundamentais de primeira geração os direitos à vida, à liberdade e à igualdade, previstos no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Derivados de tais direitos, também podem ser destacados como direitos de

²⁴ *Ibid.*, p.516-517.

²⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O Município e os Direitos Fundamentais: Uma Análise das Competências Constitucionais no Município em Matéria de Direitos Fundamentais.**In: Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO – Centro Universitário FIEO.Osasco: EDIFIEO, Ano 6, n. 2 , 2006, p. 143.

primeira geração na Carta Magna as liberdades de manifestação (art. 5º, IV), de associação (art. 5º, XVII) e o direito de voto (art. 14, caput)²⁶.

Os direitos de segunda geração são os sociais, culturais e econômicos. Derivados do princípio da igualdade, surgiram com o Estado social e são vistos como direitos da coletividade. São direitos que exigem determinadas prestações por parte do Estado. Conforme Paulo Bonavides, no capítulo II, art. 6º, da Constituição Federal, estão reconhecidos os direitos de segunda geração ou dimensão, ou seja, os direitos sociais, que se somam aos primeiros e que nascem abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão que os ampara e estimula²⁷.

No que diz respeito aos direitos sociais, destacamos o que Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende²⁸:

[...] do Estado se espera uma atuação positiva para sua efetivação e a concretização desses direitos. Em outras palavras, o sujeito passivo desses direitos é o Estado e outras entidades públicas e até privadas, inclusive a sociedade. É o Estado o responsável pelo atendimento aos direitos sociais, o que se depreende claramente do texto de 1988: é dever do Estado propiciar a proteção à saúde (art.198), à educação (art.205), ao lazer pelo desporto (art.217), pelo turismo (art.180) etc. O objeto do direito social é, tipicamente, uma contraprestação de um serviço público. Assim, a exemplo, o serviço escolar, quanto o direito à educação; o serviço médico-sanitário-hospitalar, quanto ao direito à saúde etc.

Assentados sobre a fraternidade, surgem os Direitos Fundamentais de terceira geração, os direitos difusos, os quais visam à proteção do ser humano, e não apenas do indivíduo ou do Estado em nome da coletividade. Nas palavras de Sarlet, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos. Segue ainda o autor dizendo que a atribuição da denominação “direitos de solidariedade” ou “fraternidade” aos direitos de terceira geração é consequência da sua implicação universal, por exigirem, para sua efetivação, esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial²⁹.

²⁶ Ibid., p.143.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed.São Paulo:Malheiros, 1997, p.518.

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 3.ed. São Paulo:Saraiva, 1983, p.82.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 1998, p.50.

Em princípio, são identificados cinco direitos como sendo de terceira geração: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Convém destacar que os direitos de terceira geração ainda não estão completamente positivados nas Constituições, sendo em sua maior parte encontrados em Tratados e outros documentos transnacionais, exceção feita ao direito ao meio ambiente, que está positivado na Constituição de 1988, a qual preceitua:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

Finalmente, há ainda alguns autores, dentre eles Paulo Bonavides, que admitem a existência daquela que seria a quarta geração de Direitos Fundamentais³⁰.

Em meio a uma sociedade que caminha rumo a uma globalização econômica, neoliberal, cuja filosofia de poder é negativa e intenta à dissolução do Estado Nacional debilitando os laços de soberania, os direitos de quarta geração surgem junto à globalização política na esfera da normatividade jurídica. São eles os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. Tais direitos formam o ápice da pirâmide dos Direitos Fundamentais. Os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão somente com eles será legítima e possível a globalização política.

1.3. A Constituição de 1988 e os Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais foram proclamados e inseridos de maneira explícita nas constituições há bem pouco tempo, precisamente após a Segunda Grande Guerra Mundial, quando todos os povos entenderam que a preocupação internacional deveria estar voltada para uma proteção aos direitos da pessoa

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 525

humana, após as violências cometidas pelos regimes autoritários e arbitrários, como também pelo perigo de ameaça à tranqüilidade universal decorrente da instabilidade das relações entre os diversos países.

Conforme José Afonso da Silva³¹ :

O reconhecimento dos Direitos Fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários.

Muito longe de ver este reconhecimento dos Direitos Fundamentais se esgotarem, o certo é que futuramente irão surgir direitos novos, que a civilização dos nossos dias desconhece. No Brasil, iniciou-se um processo de redemocratização em 1985, depois de 21 anos de um regime excepcional, iniciado com o golpe militar de 1964, que desembocou na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual não apenas estabelece um regime político democrático, como propicia um grande avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

Logo no preâmbulo da Constituição de 1988, podemos encontrar o compromisso ideológico e doutrinário desses Direitos Fundamentais que serve de pilar básico ao Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

[...] para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Este compromisso perpassa por todo o texto constitucional, algumas vezes de forma explícita, outras de forma implícita, conforme podemos observar logo no seu art. 1º, II, o princípio da cidadania, e no 1º, III, o princípio da dignidade da pessoa humana. Estes princípios versam sobre a impossibilidade de existir Estado Democrático de Direito sem Direitos Fundamentais, como também sobre a

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150-171.

inexistência de Direitos Fundamentais sem democracia, onde devem ser garantidos pelo princípio da liberdade não somente os direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, corolários do princípio da igualdade, imprescindíveis para a efetividade da dignidade da pessoa humana.

O homem passou a ser considerado como verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações de poder. Tudo fica centrado nele, nele principia e a ele se dirige. Em seu art. 3º, pela primeira vez nossa Carta Magna se refere aos objetivos do Estado brasileiro, que se constituem na estruturação de³²:

Uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O constituinte de 1988 consagrou, nos arts. 1º e 3º da Lei Maior, a dignidade do homem como valor primordial, propiciando unidade e coesão ao texto, de molde a servir de diretriz para a interpretação de todas as normas que o constituem. Nos primeiros capítulos da CF/88 foram elencados inúmeros direitos e garantias individuais, e lhes foi outorgado o patamar de cláusulas pétreas, conforme o art. 60, § 4º, inciso IV, priorizando assim os direitos humanos.

De acordo com as observações de Anna Cândida da Cunha Ferrazo núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais está positivado na Constituição de 05 de outubro de 1988 no Título II, art.s 5º a 17. Outros direitos ou desdobramentos dos Direitos Fundamentais vêm consagrados ao longo do texto constitucional, como, a exemplo, os direitos sociais relativos à saúde, à educação e ao meio ambiente, que ocupam capítulos ou seções próprias no Título VII, da Ordem Social, art.s 193 a 232³³.

Podemos também verificar que a Constituição de 1988 reveste-se de inovações ao fazer constar do seu Título II, os Direitos Sociais, os quais, sob a égide das constituições anteriores, encontravam-se espalhados ao longo de seus

³² Constituição da República Federativa do Brasil, art. 3º.

³³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O Município e os Direitos Fundamentais: Uma Análise das Competências Constitucionais no Município em Matéria de Direitos Fundamentais**. In: Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO – Centro Universitário FIEO. Osasco: EDIFIEO, Ano 6, n. 2, 2006, p. 139-176.

textos, demonstrando com isso a intenção do legislador constituinte em vincular esses direitos aos direitos individuais.

A Constituição de 1988 inova quando dispõe em seu art. 5º, § 1º, sobre a aplicabilidade imediata das regras definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Isso significa uma exeqüibilidade instantânea derivada da própria Constituição, com a presunção de norma pronta, acabada, perfeita e auto-suficiente. Ainda no art. 5º, em seu § 2º, temos que³⁴:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte.

Evidencia-se, com isso, a possibilidade da existência de outros direitos e garantias fundamentais inseridos ao longo de todo o texto constitucional, como também o fato de os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais receberem o mesmo tratamento dos Direitos Fundamentais, e passarem a ter aplicabilidade imediata no direito interno. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que inseriu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal, abaixo transcrito, as normas internacionais de direitos humanos só serão recepcionadas como direito constitucional interno, formal, se o decreto legislativo que as referendar for aprovado nas condições indicadas, de acordo com o processo de formação de emendas constitucionais previsto no art. 60 da Constituição. Estabelece o § 3º, art. 5º, da CF/88:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Numa análise de Anna Cândida da Cunha Ferraz a Constituição de 1988 consagra os Direitos Fundamentais plastificando este lema. No Capítulo I vêm arrolados, basicamente, os chamados direitos de primeira geração ou dimensão, que são os direitos de liberdade. No Capítulo II, art. 6º, estão reconhecidos os direitos de segunda geração ou dimensão, ou seja, os direitos sociais. No tocante aos direitos de terceira geração ou dimensão, os chamados direitos de

³⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, § 2º.

solidariedade ou fraternidade, está abrigado, de modo expresso, o direito ao meio ambiente, positivado no art. 225³⁵.

1.4. Coexistência entre os Direitos Fundamentais e o Dever Fundamental de Pagar Tributos

Do Estado Abstencionista, o chamado *État Gendarme*, de meados do século XIX, em que predominava o perfil negativo do Estado, a nítida separação entre sociedade civil e o Poder Público, a garantia das mais amplas liberdades de iniciativa individuais, a extrema limitação das funções estatais, que garantiam aos cidadãos tão somente a ordem e a segurança sociais, sobreveio momento histórico caracterizado por grandes transformações tanto no que diz respeito aos aspectos sociais, quanto aos culturais e econômicos.

Neste novo momento histórico, o Estado liberal acima citado dá lugar ao que os franceses denominam *État Providence* e que os alemães chamam de *Wohlfahrstaat*. Um tentando transformar o aparelho de poder no superintendente da previdência social e tutor dos infelizes e dos que não têm quem os defenda. Outro, mais marcado pelo chamado socialismo catedrático, assumindo-se como um *Sozial Staat*, que procurava executar uma *Sozial Politik*.

Verificamos que o novo período inaugurado na história do Estado trouxe uma conotação de justiça e solidariedade sociais, a exemplo do Bem-Estar Social ou *Welfare State*, implantado nos países europeus e nos EUA. Desta forma, houve a necessidade de uma maior atuação do Estado, até então dominado pelas forças do Liberalismo, em prol das necessidades coletivas, com vistas à promoção do bem comum. A forte conotação prestacional do Estado Social imprimiu a possibilidade de exigir-se a implementação dos Direitos Fundamentais sociais através do Poder Público, e não contra ele.

³⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O Município e os Direitos Fundamentais: Uma Análise das Competências Constitucionais no Município em Matéria de Direitos Fundamentais**. Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO – Centro Universitário FIEO.Osasco: EDIFIEO, Ano 6, n. 2 , 2006, p. 143.

Juntamente com a implementação dos Direitos Fundamentais surgem os Deveres Fundamentais, que José Casalta Nabais afirma constituir uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado e correlativa da dos Direitos Fundamentais, uma categoria que, como correlato da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objetivos do bem comum. Ora, tendo isto presente, é possível falar de um conceito de Deveres Fundamentais, e de um conceito material, algo paralelo ao dos Direitos Fundamentais³⁶.

No mesmo sentido das intensas relações entre os Direitos e os Deveres Fundamentais vai a idéia de que não há direitos sem deveres, nem deveres sem direitos. Não há direitos sem deveres porque não há garantia jurídica ou fáctica dos Direitos Fundamentais sem o cumprimento dos deveres do homem e do cidadão indispensáveis à existência e ao funcionamento da comunidade, sem a qual os Direitos Fundamentais não podem ser assegurados nem exercidos. E não há deveres sem direitos, porque é de todo inconcebível um estado de direito democrático assente num regime unilateral de deveres, já que contra ele se levantariam as mais elementares exigências de justiça e de respeito pelos direitos humanos, como o demonstra à exaustão a específica dimensão histórica dessa fórmula, que simultaneamente teve por objetivo e constituiu a base fundamental da instituição do estado constitucional democrático, e está bem patente na expressão *"no taxation without representation"*, que foi uma das principais bandeiras das revoluções liberais, mormente da americana.

O Estado Democrático de Direito, instaurado na República Federativa do Brasil com o advento da promulgação da Constituição Cidadã de 1988, inaugurou nova fase na vida política, econômica e sobretudo social do país. Como destaca Paulo Bonavides³⁷:

A Constituição é o certificado da cidadania dos povos, o compromisso de seu futuro, o monumento da sua maioridade, a Carta de seus direitos, o compêndio de suas liberdades, a garantia de sua proteção fundamental.

³⁶ NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 64.

³⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial: A Derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.58

Nossa Carta Política de 1988 adotou um discurso de Estado voltado à promoção do bem-estar social, implantando-se um Estado Democrático de Direito, nos termos do que estatui o seu art. 1º. Esta mudança é retratada por Ricardo Lobo Torres, que diz³⁸:

Assiste-se, nesta virada do século XX para o XXI, à passagem do modelo do Estado Social de Direito (ou Estado de Bem-Estar Social, Estado da Sociedade Industrial, Estado Pós-Liberal, etc.) para o Estado Democrático de Direito (ou Estado Subsidiário, Estado da Sociedade de Risco, Estado de Segurança, etc.) com a conseqüente alteração da estrutura da fiscalidade, máxime daquela referente aos ingressos contraprestacionais, ou seja, dos tributos e preços públicos exigidos como contrapartida pela entrega de prestações de serviço público essencial ou concedido.

O que se percebe é que o Texto Fundamental de 1988 trouxe aos cidadãos brasileiros uma série de direitos sociais até então marginalizados. Desta forma, após 1988, teve início um novo período na história do Brasil, marcado pela ênfase aos direitos sociais, no âmbito do Estado Democrático de Direito. A inauguração deste novo período na história do Brasil encontra-se no pórtico da Magna Carta de 1988, que prevê, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Considera também como objetivo fundamental, em seu art. 3º, III, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Após o extenso rol dos direitos e garantias fundamentais insculpidos no art. 5º e seus 78 incisos e 4 parágrafos, segue a dedicação de capítulo específico da Norma Fundamental, intitulado *Dos Direitos Sociais*, em que estão previstos como tais educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

O legislador constituinte de 1988, como se não bastasse a extensa lista de direitos sociais previstos no intróito da Constituição, deu tratamento específico à Ordem Social, elencando a saúde e a educação, dentre outros, como diretrizes caras, de fundamental importância para o gozo efetivo dos Direitos Fundamentais sociais.

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **A Fiscalidade dos Serviços Públicos no Estado da Sociedade de Risco**. In: Tôrres, Heleno Taveira (Coord). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.122.

A implementação de políticas públicas, instrumentalizadas pelos serviços públicos, enseja a efetividade dos Direitos Fundamentais sociais e o exercício do poder de tributar do Estado. De acordo com Souto Maior Borges³⁹:

A dignidade da pessoa humana, com todas as suas implicações axiológicas (justiça, segurança, direito à habitação, à sadia qualidade de vida, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado etc.), está caracterizada por amplíssima conotação (aquilo que a dignidade mesma da pessoa humana normativamente significa) e denotação (as implicações efectuais dessa dignidade da personalidade humana). É impossível prefixar-lhe, i.é, demarcar a priori o seu conteúdo normativo, as suas virtualidades de aplicação, a significação objetiva desse princípio fundamental.

Os vínculos entre a tributação e os direitos humanos não se manifestam ao primeiro e superficial exame exegético. Mas se ocultam nas dobras do ordenamento constitucional brasileiro, ao longo dos princípios e normas que o integram. Para identificá-los, será necessário correlacionar, p. ex., as normas constitucionais que dispõem sobre a seguridade social, instrumentada por contribuições (tributárias) que a custeiam (art.195). O direito à previdência social está constitucionalmente posto a serviço da dignidade de vida de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País. Sem o direito à vida, não há nenhuma dignidade da existência humana. Mostra-se ainda coerente a Constituição Federal quando proíbe a pena de morte (art.5º, XLVII).Direito à vida e pena de morte são incompatíveis. A saúde é direito de todos e dever do Estado (art.196). Idem, quanto aos direitos sociais: educação, saúde, trabalho, lazer etc. (art.6º). A casa é o abrigo inviolável do individuo (art.5º,XI), expressão constitucional mais fortemente protegida contra o confisco tributário (art. 5º, XXII a XXIV, c/c o art. 150, IV). São praticamente inesgotáveis as regras constitucionais preservadoras da dignidade da existência humana e disciplinadoras das implicações entre esse princípio fundamental e o exercício do poder de tributar.

Depreende-se, pois, da leitura do Texto Constitucional de 1988, uma grande preocupação com os temas dos direitos humanos e Direitos Fundamentais sociais, no intuito de garantir aos cidadãos uma qualidade de vida razoável, mediante a implementação de políticas públicas realizadas pelo Estado na busca do bem estar-geral. Nessa linha de pensamento, Ingo Wolfgang Sarlet tece as seguintes considerações⁴⁰:

Já se assentou, neste contexto, que, enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o individuo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (portanto, o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma faceta de

³⁹ BORGES, José Souto Maior. **Direitos Humanos e Tributação**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, n.40, set./out.2001, p.189-190

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.284.

cunho negativo) têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização de igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

Enquanto no Estado Social há uma melhoria significativa nas condições sociais de existência, no Estado Democrático de Direito o conteúdo extrapola o bem-estar social, através da efetivação de uma vida digna ao homem, buscando incentivar a participação pública, que é uma das sólidas marcas nos regimes democráticos.

Desta forma, o modelo de Estado instaurado no Brasil traz, muito além de um rol extenso de Direitos Fundamentais sociais, protetivos da dignidade da pessoa humana, a garantia da participação de todos os cidadãos na vida política e social da nação.

Um ponto que merece ser analisado diz respeito ao dever fundamental de pagar impostos como condição de possibilidade para o implemento ou efetivação de políticas públicas, decorrentes dos direitos elencados na Magna Carta de 1988.

O casamento entre tributação e direitos humanos, para Fernando Facury Scaff, não é apenas uma divagação teórica, mas um imperativo de Justiça que tem concreta aplicação na realidade. Nas palavras do autor⁴¹:

Todo Estado necessita de recursos para se desenvolver, e a principal via de ingressos desses recursos nos cofres públicos é através do sistema tributário. Como a figura jurídica do Estado não existe por si só, mas para a implementação de objetivos estabelecidos em sua Constituição, a arrecadação desses valores pecuniários não pode estar desvinculada de valores éticos e da afirmação histórica dos direitos humanos, em suas várias dimensões, o que inclui as prestacionais.

⁴¹ SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos**. Fernando Facury Scaff (org). – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

O que devemos levar em conta é que, para existir a garantia de uma boa convivência em sociedade há, sim, que se ter um mínimo de financiamento do Estado (*Staatfinanzierung*) por meio de uma imposição tributária, condição básica para que se alcance o equilíbrio das finanças públicas e para o custeio dos direitos sociais. Vê-se de imediato que a idéia de Estado Social se confunde com a própria necessidade de pagar tributos como meio pelo qual as políticas públicas podem ser concretizadas.

A questão da necessidade da tributação como meio para atingir um fim maior, que é a efetividade dos Direitos Fundamentais, é tratada por Andréas Joachim Krell, quando nos ensina que a prática e a efetividade/eficácia dos Direitos Fundamentais sociais, tendentes à implementação de políticas públicas pelo Estado, instrumentalizadas através dos serviços públicos, dependem de recursos públicos disponíveis. Daí sustentar-se a necessidade de tributar como forma intransponível de financiamento do Estado⁴².

Sabemos que o Estado para implementar políticas públicas adequadas aos cidadãos, necessita de financiamento público, tendo em vista que de outra forma não haveria suporte financeiro suficiente para garantir aos cidadãos padrões razoáveis de saúde, educação, saneamento, dentre outros direitos sociais. O Estado pode obter este financiamento de duas formas: por meio da receita originária, que é aquela resultante de sua atuação, sob o regime de direito privado, na exploração da atividade econômica, e por meio da receita derivada, da qual reside o foco do nosso trabalho, pois o Estado, em virtude de seu poder de autoridade, pode retirar de seus súditos parcelas de suas riquezas para a consecução de seus fins, visando o bem-estar geral, através do tributo.

Nas palavras de José Casalta Nabais, resulta óbvio que o imposto se nos apresenta como um dever fundamental, isto é, um instituto jurídico que tem a sua disciplina traçada ao mais alto nível – ao nível constitucional -, onde integra a “constituição do indivíduo”. O que significa que o imposto não deve ser considerado, como foi tendência durante o século passado, mormente na Alemanha, uma

⁴² KRELL, Andréas Joachim. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000,p.29.

simples relação de poder, em que o estado faz exigências aos seus súditos e estes se sujeitam em consequência dessa relação⁴³.

Em outros termos, o imposto não pode ser encarado nem como um mero poder para o Estado, nem simplesmente como um mero sacrifício para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado. Com efeito, um Estado, para cumprir as suas tarefas, tem de socorrer-se de recursos ou meios a exigir dos seus cidadãos, constituindo justamente os impostos esses meios ou instrumentos de realização das tarefas estaduais. Por isso a tributação não constitui, em si mesma, um objetivo (isto é, um objetivo originário ou primário) do estado, mas sim o meio que possibilita a este cumprir os seus objetivos (originários ou primários), atualmente consubstanciados em tarefas de estado de direito e tarefas de estado social, ou seja, em tarefas do estado de direito social.

Conforme aponta Klaus Tipke⁴⁴:

El Estado, fundado en la propiedad privada de los medios de producción, está obligado a sostener principalmente mediante impuestos las cargas financieras exigidas para el cumplimiento de sus funciones. Sin impuestos y contribuyentes no puede construirse ningún Estado, ni el Estado de Derecho ni, desde luego, el Estado Social. En un Estado de Derecho debe actuarse con justicia en la medida de lo posible. Ésta es la máxima exigencia que debe plantearse a tal ente político. Esta exigencia no puede quedar anulada o desplazada en su contenido esencial por otras aspiraciones. Estes son también el punto de partida de las constituciones que invocan de modo expreso la Justicia o la Justicia tributaria.

O Estado, fundado na propriedade privada dos meios de produção, é obrigado a se sustentar principalmente através de impostos, encargos financeiros necessários ao exercício das suas funções. Sem os impostos e os contribuintes não se pode ser construir nenhum Estado, nem o Estado de direito, nem, naturalmente, o Estado Social. O Estado de Direito deve agir como justiça, na medida do possível. Esta é a mais elevada exigência a ser imposta a uma tal entidade política. Esta exigência não pode ser anulada ou deslocada na sua substância por outras aspirações. Estes são também o ponto de partida para as constituições que invocam expressamente a justiça ou a justiça tributária.

⁴³ NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p.185.

⁴⁴ TIPKE, Klaus. **Moral Tributaria del Estado Y De Los Contribuyentes**. Molina, Pedro M. Herrera (trad.). Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., p. 27.

Não existe nenhum direito que independa de custos. Stephen Holmes e Cass Sustein (2000), citados por Fernando Facury Scaff (2007), demonstram que mesmo os direitos básicos, de primeira dimensão, possuem altos custos que devem ser sustentados por todos. A manutenção do aparelho judiciário e do sistema de segurança pública, dentre outros considerados pela doutrina norte-americana como necessários para a implementação dos *civil rights* possuem um alto preço e precisam ser financiados por meio de um sistema tributário forte e ágil. Logo, não são apenas os direitos de segunda e terceira dimensões que necessitam de verbas públicas para sua implementação, mas também os de primeira dimensão⁴⁵.

O Estado Democrático de Direito brasileiro e seu sistema econômico capitalista utilizam a via impositiva como marco fundamental, *conditio sine qua non* para o implemento de políticas públicas, instrumentalizadas através dos serviços públicos. Na esteira de Liam Murphy e Thomas Nagel, os impostos são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva⁴⁶.

Desta forma, inequívoco o raciocínio que sinaliza ser a imposição tributária requisito indispensável para a concretização do Estado Democrático de Direito, inscrito na Constituição Federal de 1988, mais especificamente pelos Direitos Fundamentais sociais lá insculpidos, que requerem prévio financiamento público para que a efetividade desses direitos reste implementada.

Hodiernamente, reclama-se a efetividade dos Direitos Fundamentais. De outro lado, ocultam-se os Deveres Fundamentais dos cidadãos e a responsabilidade pelos custos que materializam os referidos direitos. Então, a pergunta que fica é acerca de como implementar somente direitos sem os co-respectivos deveres?

José Casalta Nabais destaca que o esquecimento dos Deveres Fundamentais deve-se à conjuntura política, social e cultural que se emoldurou

⁴⁵ SCAFF, Fernando Facury. **Como a Sociedade Financia o Estado para a Implementação dos Direitos Humanos no Brasil**. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.) **Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos**. Fernando Facury Scaff (org). – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 11.

⁴⁶ MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.5.

após a Segunda Guerra Mundial, dada a necessidade de exorcizar o passado dominado pelo Liberalismo, em que se dava primazia aos deveres. Destaca que tal episódio da história ocorre a partir dos anos vinte do século XX, mais precisamente nos finais dos anos quarenta em Itália e na então República Federal da Alemanha, depois nos anos setenta na Grécia, em Portugal e na Espanha e já nos anos oitenta no Brasil⁴⁷.

O próprio José Casalta Nabais compara a relação direito-dever fundamental como⁴⁸:

[...] um direito boomerang, ou seja, eles são, por um lado, direitos e, por outro lado, deveres para o respectivo titular ativo, ou seja, direitos que, de algum modo, acabam por se voltar contra os próprios titulares.

Os Deveres Fundamentais encontram-se consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a saber: o dever de obediência (art.7º), o dever de pagar impostos (art.13) e o dever de suportar a privação da propriedade em caso de expropriação por utilidade pública (art.17).

No Estado Democrático de Direito, segundo José Casalta Nabais, encontram-se basicamente três modalidades de custos *lato sensu* que necessitam de suporte, a saber: os custos atinentes à própria existência e sobrevivência do Estado, materializados pelo dever de defesa da pátria; o dever de votar e, enfim, os custos *stricto sensu* ou custos financeiros públicos, que necessitam de concretização mediante o dever de pagar impostos. E assim manifesta-se José Casalta Nabais, no sentido de que todos os direitos têm custos públicos⁴⁹:

[...] os direitos, todos os direitos, porque não são dávida divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos. Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm, portanto, custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos

⁴⁷ NABAIS, José Casalta. **Por uma Liberdade com Responsabilidade - Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.242.

⁴⁸ NABAIS, José Casalta. **O Dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004, p.53.

⁴⁹ Idem. **Por uma Liberdade com Responsabilidade - Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.258.

tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos de borla, apresentado-se todos eles como bens públicos em sentido estrito.

Não tem, por isso, o menor suporte a idéia, assente numa ficção de pendor libertário ou anarquista, de que a realização e proteção dos assim chamados direitos negativos, polarizados no direito de propriedade e na liberdade contratual, teriam apenas custos privados, sendo assim imunes a custos comunitários.

O autor ainda ressalta que os Deveres Fundamentais se fazem necessários pelas posições jurídicas passivas (caráter passivo) ou pela situação de dependência dos indivíduos perante o Estado, justificando-se, destarte, o dever de pagar impostos como fruto da atuação do Estado, que implementa políticas públicas mediante instrumental que possui chancela constitucional: os serviços públicos. Os custos dos direitos sociais necessitam de financiamento público, notadamente em se tratando de despesas que visam a consecução e a implementação de políticas públicas essenciais à população.

Alfredo Augusto Becker assinala que a lei (direito positivo) é o único instrumento – criado pela atividade artística do homem – que até hoje se mostrou eficaz e capaz de, nas mãos do Estado, promover e manter o bem comum. Assim, o tributo, desde que instituído por lei e constituído de forma hígida, é o instrumental tributário por excelência que objetiva, através de recursos carreados ao Erário, a satisfação dos Direitos Fundamentais Sociais⁵⁰.

Mas pode o Estado valer-se do argumento de implementador das políticas públicas e por esta razão avançar ferozmente sobre o bolso dos contribuintes sem qualquer limitação? É evidente que não. O Estado sofre limitações ao poder de tributar, conforme veremos adiante.

A Constituição brasileira, no Título VI, que trata da Tributação e do Orçamento, no seu Capítulo I, abre a Seção II para tratar das Limitações ao Poder de Tributar. Sua origem estaria na Magna Carta, imposta pelos barões ao Rei João-Sem-Terra em junho de 1215, após a confrontação nos prados de Runnymede em

⁵⁰ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo:Lejus, 2002,p.214

razão da elevação da *scutage* – um imposto pago pelos vassalos feudais para se eximirem do serviço militar e para custear as despesas do exército real⁵¹.

No passado, conforme aponta Roque Carraza, a tributação assumia ares de tirania. O soberano instituíam tributos que os súditos deveriam suportar. Mesmo mais tarde, com o fim do feudalismo, quando a tributação passou a depender da aprovação dos “Conselhos do Reino” ou das “Assembléias Populares”, os súditos não ficaram totalmente amparados contra o arbítrio⁵².

Foi a partir do surgimento dos modernos Estados de Direito que começaram a ser garantidos, de modo mais efetivo, os direitos dos contribuintes e, o “poder de tributar”, conseqüentemente, passou a sofrer uma série de limitações constitucionais. A Constituição Federal assegura vários direitos aos cidadãos e especialmente ao contribuinte. Dentre estes direitos estão os amparados pelos princípios da legalidade, da isonomia, da anterioridade, do não-confisco, etc.

A Constituição Federal veio, então, assegurar aos contribuintes diversas garantias contra a voracidade fiscal do Estado. Dentre elas, vedou-se aos entes federados a exigência ou o aumento de tributo sem lei que o estabeleça, firmando o princípio da reserva legal. Este princípio impede que o Estado ou os seus representantes imponham ao contribuinte o pagamento de tributo, sem que lei votada pelo Congresso haja autorizado a sua cobrança.

O contribuinte ficou garantido também contra a instituição de tratamento desigual em relação aos que estejam em igual situação, proibindo-se qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função exercida. Trata-se, aqui, da famosa admoestação de Rui Barbosa, em sua Oração aos Moços, segundo o qual o tratamento de justiça é aquele que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, para não se incorrer em injustiça qualificada.

O Texto Constitucional proibiu a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os instituiu ou

⁵¹ GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. 3.ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1953, p.252-253

⁵² CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.237-238.

aumentou, ou no mesmo exercício financeiro em que tenha ocorrido a publicação da lei respectiva, ratificando o princípio da anterioridade.

A Constituição Federal dispôs, ainda, que, sem prejuízo de outras garantias, seria vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Assegura, por outro lado, proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e para a coisa julgada, sem prejuízo de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta, ou nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Por derradeiro, impediu a instituição de tributos entre as diversas entidades da federação, que incidisse sobre o patrimônio, a renda ou os serviços, uns dos outros, sobre templos de qualquer culto, a atividade econômica dos partidos políticos, entidades sindicais dos trabalhadores, instituição de educação e assistência social sem fins lucrativos, tudo na forma da lei, bem assim sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

2. FEDERALISMO E AUTONOMIA DOS MUNICÍPIOS

*Sumário: 2.1. Forma Federativa de Estado
2.2. O Federalismo no Brasil 2.3. Autonomia dos Municípios 1.4. A Região Metropolitana de São Paulo.*

2.1. Forma Federativa de Estado

Estado, segundo nos ensina a doutrina tradicional, é uma associação humana (povo), radicada em base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberana)⁵³.

Mais sutil é a lição de Kelsen, ao mostrar que o Estado e seus elementos – povo, território e poder – só podem ser caracterizados juridicamente, uma vez que a coletividade, que é o povo, decorre de critérios que são fixados pela ordem jurídica estatal. Para ele, *Povo* é o conjunto de todos aqueles para os quais vigora uma ordem jurídica; *Território* é o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estatal; *Poder* é a submissão, a aceitação e o efetivo cumprimento das normas estatais. Só existe poder quando tem ele efetividade ou eficácia, quando globalmente os seus comandos são obedecidos. Ainda, segundo a doutrina kelseniana, esta ordem jurídica estatal, que é o Estado, não está subordinada a outra ordem estatal, ao que denominamos soberana⁵⁴.

O termo *federação*, que provém do latim *foedus*, genitivo *foederis*, e significava união, pacto, tratado, aliança ou convenção, era utilizado primitivamente para descrever o ajuste feito por um ou mais chefes de família, comunas, grupos de comunas, que se obrigavam recíproca e igualmente uns em relação aos outros para um ou mais objetos particulares⁵⁵.

⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.49-57

⁵⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito** [tradução de João Batista Machado]. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 319.

⁵⁵ PROUDHON, Pierre-Joseph. **Do Princípio Federativo**. Trad. Francisco Trindade. São Paulo: Nu-Sol-Imaginário, 2001, p.90.

Nas palavras de João Camilo de Oliveira Torres qualquer dicionário traz a informação esperada: associação, reunião de partes antes dispersas, palavra cuja etimologia prende-se ao latim *foedus, foederis*, tratado, aliança. E a história nos recorda vários tipos de federação e de confederação, originários da associação de Estados autônomos em face do inimigo comum, como os cantões suíços e as colônias norte-americanas⁵⁶.

Duas formas básicas do surgimento do Estado Federal podem ser destacadas: segregação e agregação. Para Anna Cândida da Cunha Ferraz, o federalismo foi formado por agregação quando Estados independentes organizados constitucionalmente se unem para formar um novo e único Estado, renunciando a sua soberania para transformar-se em Estados-membros. Já o federalismo por segregação surge do desmembramento de um Estado Unitário⁵⁷.

Na lição de Pierre Duclos (1950), citado na obra “A Democracia Coroada”, de João Camillo de Oliveira Torres (1957), há uma distinção a fazer entre federalismo “contratual” e o federalismo “institucional”. Segue o autor⁵⁸:

[...] le premier procede d'une livre association, d'un acte de volonté propre a chacun des membres de la fédération et non contraint. Le fédéralisme institucional, resulte au contraire, d'une loi ou d'une constitution. A vrai dire le premier mérite Seul le nom fédéralisme. Dans la pureté des principes, em effet, il y a contradiction entre l'institution fédérale, qui postule la pleine liberté individuelle, done le contrat a été l'unanimité, et la fondation para voie legislative qui suppose une souveraineté superieure a celle des membres de la fédération. Les “fédérations” institutionnelles ne justifient leur nombre que si l'acte de fondation a été soumis au consentement des divers éléments de la fédération et accepté par eux le suffrage du citoyen équivant au sonsentement du contractant.

[...] O primeiro procede de uma livre associação, de um ato de vontade própria de cada um dos membros da federação e não é forçada. O Federalismo Institucional resulta, ao contrário, de uma lei ou de uma constituição. Na verdade, o primeiro merece sozinho o nome federalismo. Na pureza dos princípios existe, com efeito, uma contradição entre instituição federal, que postula a liberdade individual plena, onde o contrato é a unanimidade, e a fundação que, pela via legislativa, supõe uma soberania superior a aquela dos

⁵⁶ TORRES, João Camilo de Oliveira. **A Democracia Coroada**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957, p.72.

⁵⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder Constituinte do Estado-membro**. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1979, p.94.

⁵⁸ DUCLOS, Pierre. **L' Evolution des Rapports Politiques depuis 1750**. Paris, 1950, p.223

membros da federação. As "federações" institucionais só justificam seu nome se o ato da fundação for submetido à aprovação dos diversos elementos da federação e aceito por eles, o sufrágio do cidadão equivale ao consentimento do contratante.

Assegurar as vantagens da unidade preservando as diversidades dos entes descentralizados foi, desde o início, o grande propulsor da formação dos Estados federados, cuja criação do modelo deva ser creditado aos norte-americanos. Foi da necessidade de fortalecer as 13 colônias dos Estados Unidos, formadas a partir do assentamento de colonos, que nasceu o sistema federalista.

A história registra que, após a declaração de independência em 1776, as ex-colônias estavam organizadas em uma Confederação, cuja base era a cooperação, mantendo-se a soberania e a liberdade individual. Entretanto, cada ex-colônia isoladamente não tinha força para combater as enormes dificuldades internas e externas posteriores à declaração de independência e o sistema confederativo adotado não trazia a segurança e a estabilidade desejadas.

Dessa forma, de acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, depois de intensos debates, em 1787, influenciadas pelas idéias antiabsolutistas de Locke e de contenção de poder de Montesquieu, as colônias decidem formar uma união indissolúvel, abrindo mão da soberania, mas não da autonomia⁵⁹.

Convém aqui destacar que a defesa do fortalecimento da união entre as colônias sempre visava à coordenação de forças e de recursos para o desenvolvimento comum, sempre ressaltando a autonomia e as peculiaridades locais de cada uma delas.

Das lições de José Afonso da Silva, apreendemos que a Federação consiste na união de coletividades regionais autônomas a que a doutrina chama de Estados federados, Estados-membros ou simplesmente Estados⁶⁰.

⁵⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: PMSP, 1948, p.15.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 103.

Um dos critérios utilizados para se fazer a diferença entre os vários tipos de organização do Estado é se a sua estrutura de poder é centralizada em um governo central ou se é descentralizada. As razões pelas quais os Estados optam por uma ou por outra forma são as mais diversas, porém, normalmente a eficiência administrativa na implementação de políticas públicas é justificativa para a descentralização do poder e da administração.

O conceito universal de federalismo não é uma tarefa das mais fáceis, em virtude da diversidade de realidades experimentadas pelos diversos Estados que se organizam sob este modelo. Apesar disso, algumas características são comuns a todos os Estados que adotam esse sistema: centralização da soberania nas mãos do governo central e a descentralização da autonomia entre os entes federados; autonomia política e financeira das unidades federadas, a repartição de competências e a participação dos entes federados na formação da vontade federal ou nas decisões da União. Há, ainda, autores como, por exemplo, Celso Ribeiro Bastos, que apontam a indissolubilidade do pacto federativo e a existência de uma Constituição rígida como características básicas do Estado Federal⁶¹.

A forma federal de Estado reduz naturalmente a soberania dos Estados-membros, visando à concretização da união. E o faz através da Constituição, sob cláusulas específicas, ou normas centrais, que, no dizer de Raul Machado Horta⁶²:

[...] designam um conjunto de normas constitucionais vinculadas à organização da forma federal de Estado. Sua missão é manter e preservar a homogeneidade na diversidade, das pessoas dotadas de soberania (União) e de autonomia (Estados-membros e Municípios), na figura complexa do Estado Federal.

Podemos verificar que o modelo federal de Estado oferece estratégias distintas por parte das entidades que o formam, visando a superação das dificuldades da convivência comum, necessidades, culturas distintas, segundo cada realidade. São problemas de difícil solução, porque envolvem toda ordem de fatores: históricos, políticos, econômicos, étnicos, religiosos, sociais etc.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **A Federação e o Sistema Tributário**. São Paulo: RT, 1995, p.96-119.

⁶² HORTA, Raul Machado. **Normas Centrais da Constituição Federal**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n.135, ano 34, jul./set.1997,p.175-178.

Sobre a complexidade desse sistema de organização do poder, a opinião de Celso Bastos é de que⁶³:

A Federação é, igualmente, a forma mais sofisticada de se organizar o poder dentro do Estado. Ela implica uma repartição delicada de competências entre o órgão do poder central, denominado “União” e as expressões das organizações regionais, mais freqüentemente conhecidas por “Estados-membros”, embora, por vezes, seja usada, por igual forma o nome de Província.

Para que exista harmonia entre as diferentes esferas de Governo e a Federação cumpra seu papel de catalisador dos potenciais de cada unidade federada, é preciso que os conflitos de interesses sejam solucionados no próprio texto constitucional ou por um Poder Judiciário de caráter nacional, no caso brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal.

Nas palavras de Luiz Fernando Abrucchio⁶⁴:

O contrato federativo define os direitos originários dos pactuantes, mas a garantia de seus princípios depende da criação de instituições e de mecanismos contínuos de negociação e repactuação entre os atores. Neste sentido, o sistema bicameral, o fortalecimento da Corte Constitucional, o uso de instrumentos assimétricos de distribuição do poder representativo para proteger os direitos das minorias, entre outros, são utilizados para manter certo grau de simetria entre os entes territoriais, diferenciados segundo a tradição de cada país federativo.

A determinação desse equilíbrio de forças, como se pode perceber, é algo dinâmico e sua concepção inicial pode e deve ser modificada à medida que as conjunturas se transformam.

O exemplo norte-americano mostra-nos bem essas transformações. Em sua origem, o federalismo americano previa uma separação rígida e estanque entre o governo central e os governos locais. A repartição de competências, batizado de dual, seguia o critério da exclusividade, ou seja, cada ente tinha competências diferentes, embora complementares.

⁶³ BASTOS, Celso Ribeiro. **A Federação e o Sistema Tributário**. São Paulo: RT, 1995, p.6.

⁶⁴ ABRÚCIO, Fernando Luiz. **A Reconstrução das Funções Governamentais no Federalismo Brasileiro**. In: HOFMEISTER, Wilhem; CARNEIRO, José Mario Brasiliense (org). **Federalismo na Alemanha e no Brasil**: Fundação Konrad Adenauer. Série debates n.22, vol..I, abr./2001, p.95-1095.

Ao final da segunda década do século XX, com o intervencionismo estatal e o aumento das atribuições do Estado, que passou a exercer o papel de agente econômico e fornecedor de serviços e assistência, não mais era possível manter a rígida estrutura federalista anterior, uma vez que as esferas de governo deveriam trabalhar em conjunto para a satisfação das necessidades públicas típicas de um sistema de bem-estar social, passando, então, para um sistema denominado federalismo cooperativo.

2.2. O Federalismo no Brasil

No início da colonização, as capitanias hereditárias tinham administração própria e eram dotadas de verdadeiros códigos tributários: os forais das capitanias. Estavam subordinadas diretamente à Coroa portuguesa, com vidas político-jurídicas totalmente distintas uma das outras.

Várias tentativas de unificação foram feitas; a primeira, em 1548, por meio do primeiro governo geral da Bahia, depois pelo duplo governo de 1572 e, por fim, em 1577, quando se deu a unidade. Percebe-se que a descentralização no Brasil era antiga e retrocedia ao início da colonização, que, por sua vez, deu origem às antigas províncias, a fonte histórica do governo no Brasil, segundo nos ensina Ferreira Pinto⁶⁵.

Fato que merece ser destacado é que as reivindicações da forma federativa no Império, ainda que importadas do constitucionalismo americano, além de antigas, tinham suporte na nossa realidade. Luís Viana Filho relata, em sua obra, que Rui Barbosa, monarquista crítico de seu tempo, defendia a idéia de republicanizar a monarquia, para conservá-la, isto é, queria que ela entrasse nos seus moldes constitucionais, deixando com sinceridade o governo ao povo e ao parlamento. Dizia o águia de Haia⁶⁶:

[...] não há monarquia compatível com a liberdade se não for essencialmente republicana. Nem é senão se fazendo cada vez

⁶⁵ PINTO FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. Recife:Companhia Editora de Pernambuco, 1970, p.72.

⁶⁶ VIANA FILHO, Luís. **A vida de Rui Barbosa**. 8.ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro, J. Olympio: Brasília, INL, 1977, p.145.

mais republicano que o império britânico, a mais sólida construção humana de toda a história, tem assentado sua duração e grandeza.

Assunto também de grande relevância e muito discutido, juntamente com o federalismo era, segundo João Camilo de Oliveira Torres, a escravidão. Aos cidadãos, pois, nenhuma das garantias enumeradas na Carta Imperial aplicava-se à triste e silenciosa massa de escravos, verdadeiros *outlaws*, não obstante os costumes cristãos de muitos senhores atenuarem a rudeza da expressão romana: *res se moventes*. Também era interessante observar-se como a Princesa Isabel e os republicanos marchavam juntos para a abolição. Ela estava certa de encontrar aí a salvação da Coroa, enquanto eles acreditavam ser o túmulo da monarquia. Espécie de jogo de ricochete: todos atiravam no mesmo alvo, mas, no fundo, tinham objetivos diferentes. Desse modo, a libertação dos escravos tornou-se rapidamente uma idéia triunfante, vindo a abolição a ser promulgada em 13 de maio de 1888⁶⁷.

O federalismo brasileiro nasceu com a República, por meio do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889⁶⁸. No período anterior à República, o Brasil experimentou o regime monárquico, que trazia consigo um ranço absolutista. Exemplo disso encontramos no dispositivo constitucional que dizia “a pessoa do Imperador é inviolável e sagrada; ele não está sujeito à responsabilidade alguma”

Embora até esse período vivêssemos a experiência unitária, a separação das províncias não era fato histórico desconhecido. Ao contrário, o Brasil sempre teve acentuado nível de descentralização, seja como colônia, seja a partir de então como República.

Uma peculiaridade da adoção do federalismo no Brasil, ao contrário da experiência norte-americana, em que houve a implantação do Estado federalista pela agregação das ex-colônias, foi a transformação de um Estado unitário descentralizado, existente durante o Império, para um Estado federal descentralizado, com a transformação das províncias em Estados-membros, a que a doutrina denomina federalismo por segregação.

⁶⁷ TORRES, João Camilo de Oliveira. **A Democracia Coroada**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957, p.274.

⁶⁸ Art. 1º - Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira a República Federativa.

As Constituições liberais do século XVIII e XIX, apresentadas como meras cartas de organização de poderes e elenco de direitos e garantias individuais, foram substituídas por Constituições que pretendiam regular todos os aspectos relevantes da vida social, bem como impor ao Estado uma maior intervenção no domínio econômico.

As dificuldades para a adoção do federalismo no Brasil foram registradas por Rui Barbosa, em discurso proferido perante o Congresso Constituinte de 1890, ocasião em que chamava a atenção do Parlamento para a importância da adoção dessa forma de estado. O grande receio era a desintegração da pátria, a dissolução da nacionalidade, o separatismo, considerado inerente à forma federativa. Afirmava, então, Rui Barbosa, não ser o Brasil uma federação que partia da diversidade para a unidade "pelo contrário, é da união que partimos. Na união nascemos. Na união se geraram e fecharam os olhos nossos pais. Na união ainda não cessamos de estar"⁶⁹.

Defendia, então, que se o Congresso não demonstrar ser a firme vontade do País "manter inteira, incólume, indivisível, sob um forte governo nacional, a grande pátria brasileira, então a República terá sido a mais dolorosa de todas as decepções para os amigos do País.

Seguindo, ainda, Rui Barbosa, referindo-se aos norte-americanos que serviam como exemplo, pelo modo como exaltavam a compreensão dos respectivos Estados, que depunham a sua soberania, trocando-a, sob a nova constituição, por uma autonomia limitada.

Diferentemente o Brasil, que passava da centralização no Império para a liberdade do regime federal, atacava justamente as concessões do projeto que, oferecendo descentralização mais abrangente que a dos Estados Unidos, incorreria, segundo seus críticos "no vício de não no-la dar ilimitada quanto à

⁶⁹ BARBOSA, Rui. **Organização das Finanças Republicanas**. Discurso proferido na sessão de 16 de novembro de 1890 perante o Congresso Nacional. Pensamento e Ação de Rui Barbosa. Brasília: Senado Federal, Coleção Biblioteca Básica Brasileira, 1999.

imaginação sem margens dos nossos teóricos. Ontem, de federação, não tínhamos nada. Hoje, não há federação que nos baste”.⁷⁰

As províncias do Brasil, como se chamavam os Estados antes da federação, passaram a constituir os Estados Unidos do Brasil, que, no exercício de sua legítima soberania, decretariam oportunamente a sua constituição local, elegendo os seus corpos deliberantes e respectivos governos. De acordo com o Decreto nº 1, de 1889, não seria reconhecido nenhum governo estadual contrário à forma republicana, ainda que por ele considerado “soberano”. Ficava claro que essa “soberania” não tinha a extensão que a expressão implica em política e em direito, mas redundava apenas em autonomia⁷¹.

Conforme Raul Machado Horta, o modelo federal de estado estabelece a convivência entre a unidade e a diversidade de instâncias governamentais. Nesse sentido, diferem completamente dos estados unitários, identificando-se nele algumas características dominantes que qualificam a natureza federal. Dentre essas características, sobressaem as exigências de pluralidade das instâncias de governo, indissolubilidade do vínculo federativo, soberania concentrada na União, autonomia dos Estados-membros, repartição de competências e de tributos, intervenção federal, organização bicameral com uma casa de representação dos entes federados, dualidade do Poder Judiciário entre a União e os Estados etc⁷².

De acordo com João Camilo de Oliveira Torres o tipo puramente institucional de federação, que adotamos em 1889, não representa o modo normal e exato de organização federal. Os liberais postulavam a descentralização política, pela eleição dos presidentes de província e, como isto ocorria nos Estados Unidos, adotaram o conceito de “federação” para recobrir uma idéia bem singular. Quando,

⁷⁰ Ibid., p.86.

⁷¹ SIQUEIRA, Janilson Bezerra de. **Federalismo, Sistema Tributário e Guerra Fiscal no Brasil**. UFP. Direito, 2005.

⁷² HORTA, Raul Machado. **As Novas Tendências do Federalismo e seus Reflexos na Constituição Brasileira de 1988**. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Disponível em: < <http://www.almg.gov.br/RevistaLegis/Revista25/raul25.pdf>>. Acesso em: 08 set.2007.

pois, os homens de 1889 postulavam a “federação”, unicamente desejavam o direito de escolha dos presidentes provinciais⁷³.

Um aspecto que deve ser considerado em relação ao desenvolvimento do sistema federativo brasileiro é o seu caráter cíclico no que se refere à autonomia concedida aos entes federados. O Brasil alternou, ao longo dos mais de cem anos de existência do federalismo, por momentos de forte centralização e de maior autonomia, variando de acordo com as instabilidades políticas por que o país passou. A Constituição de 1998 veio retomar a autonomia dos entes federados, invertendo uma tendência de forte centralização observada durante o período do regime militar (1964 a 1985).

A respeito desse período marcante da história do nosso país, nos atemos às palavras de Paulo Salvador Frontini, que assim nos relata⁷⁴:

Durante vinte e um anos – de 1964 até 1985 – o Brasil viveu sob a regência de uma estrutura constitucional autoritária. Sempre houve resistências, sempre houve contestação e não poucos foram os efeitos, jurídicos ou extrajurídicos, de seu inconformismo. Uma observação fazemos: o regime militar, em um dado momento, perdeu o apoio da maioria silenciosa. A partir daí, começou a resistir e simultaneamente articular a transição para a assunção do poder civil. Ou seja, passou a faltar o respaldo da opinião pública, esta um reflexo do costume brasileiro de legitimar e deslegitimar os ocupantes do poder governamental [...]

[...] É evidente que a História do Brasil, desde pouco antes de sua independência, e sem interrupção até os dias atuais, registra, continuamente, eventos políticos da maior expressão, que determinaram o surgimento de diplomas legais, de natureza constitucional, ou dotados de eficácia hierarquicamente constitucional, de modo a inovar relativamente à situação precedente. São incontáveis os que assim podem ser relacionados, e muito significativos porque alteraram o rumo institucional do Brasil. É sob o efeito dessas mutações institucionais que entendemos dividir a história brasileira enquanto Nação soberana, em períodos bem demarcados, sendo um deles compreendido entre 1964 e 1988.

⁷³ TORRES, João Camilo de Oliveira. **A Democracia Coroada**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957, p.73.

⁷⁴ FRONTINI, Paulo Salvador. **Memória sobre a Recente História Política e Institucional do Brasil**. Fatos políticos e documentos jurídico-institucionais de 1964 a 1988. Uma crônica legislativa do regime militar. In: Revista Mestrado em Direito/ UNIFIEO – Ano 6, n.2 (2006) - .Osasco: EDIFIEO.p.107-122.

Nota-se, entretanto, mesmo com a descentralização conquistada com a Constituição de 1988, a União ainda mantém forte grau de centralização, em parte pelo que Enrique Lewandowski chama de pecado original, qual seja, [...] ter se desenvolvido a partir da descentralização política de um Estado unitário⁷⁵.

Destacamos, também, que a par das oscilações, vistas acima, entre momentos de centralização e de maior autonomia, a forma federativa foi mantida em todas as Constituições brasileiras, a partir da Carta de 1891, embora o modelo de federação tenha evoluído com o tempo. Ao se prever o poder de reforma nessa Carta, instituiu-se cláusula pétrea relativamente à forma republicana e federativa da União, bem como a igualdade da representação dos Estados no Senado.

Durante ainda a vigência dessa Constituição, houve profunda modificação na estrutura federal brasileira. A Emenda Constitucional de 3, de setembro de 1926, acrescentou inúmeras hipóteses para intervenção da União nos Estados-membros, bem como reajustou as competências da União. Com a Constituição de 1937 vimos uma ruptura e o modelo federal foi provisoriamente interrompido.

Desde então, houve perspectivas de descentralização com a Constituição de 1946, depois com os retrocessos decorrentes da Emenda n.º 18, de 1965, na Constituição de 1967 e da Emenda n.º 1, de 1969, quando o processo de centralização antifederativa se consolidou. Chegamos, enfim, à Constituição de 1988, onde o processo de distendeu, mas ainda de forma insuficiente para garantia e convivência “pacífica” das unidades da federação entre si e o poder central.

Caminhando para a conclusão desse tópico, e tendo analisado os mais variados exemplos de federalismo espalhados pelo mundo, podemos constatar, que, de fato, a existência de quatro ordens jurídicas vigindo simultaneamente (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) e compartilhando competências muitas vezes concorrentes impõe uma disciplina constitucional bastante complexa sobre suas matérias. A respeito da inclusão da esfera municipal no sistema federativo brasileiro, Paulo Bonavides acrescenta que

⁷⁵ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos Materiais e Formais de Intervenção Federal no Brasil**. São Paulo. RT, 1994, p.29.

a fórmula adotada para a Constituição de 1988 é uma das que mais acentua o princípio da autonomia municipal, assunto que será tratado a seguir⁷⁶.

2.3. Autonomia dos Municípios

O Município, como unidade político-administrativa, surgiu com a República Romana, interessada em manter a dominação pacífica das cidades conquistadas pela força de seus exércitos. Segundo Hely Lopes Meirelles⁷⁷:

[...] os vencidos ficavam sujeitos, desde a derrota, às imposições do Senado, mas, em troca de sua sujeição e fiel obediência às leis romanas, a República lhes concedia certas prerrogativas, que variavam de simples direitos privados (*jus connubi, jus commercii* etc.) até o privilégio político de eleger seus governantes e dirigir a própria cidade (*jus suffragii*). As comunidades que auferiam essas vantagens eram consideradas Municípios (*municipium*) e se repartiam em duas categorias (*municipia caeritis* e *municipia foederata*), conforme a maior ou menor autonomia de que desfrutavam dentro do Direito vigente (*jus italicum*).

É com Ivo D'Aquino que vamos buscar a significação etimológica do termo "Município". O autor nos explica⁷⁸ que o termo *municipium* (*municipium* no antigo latim) é derivado de *munia*, equivalente de *munera* (funções) e de *capere* (tomar, manter)⁷⁹.

Entretanto, importante é a definição de *municeps* ou de *municipium*, mesmo se tendo a ciência de que as mais diversas referências latinas escreveram em períodos distintos, seguindo as mutações históricas que são naturais a quaisquer conceitos sociais. Quanto ao primeiro termo, tendo por base a construção de Ulpiano, D'Aquino afirma que, na tradição antiga romana, *municeps* era a pessoa nascida da família de uma determinada cidade – preferência à origem do pai e excepcionalmente à da mãe – somado ao exercício de cargos locais. Essa conceituação se desenvolveu para abranger todo homem livre que nascesse numa cidade⁸⁰.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo:Malheiros, 2004, p.347.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.33.

⁷⁸ D'AQUINO cita a obra **Dictionnaire étymologique de la langue latine**, de A. ERNOUT & A. MEILLET.

⁷⁹ D'AQUINO, Ivo. **O Município: sua conceituação histórica e jurídico- constitucional**. Florianópolis: Imprensa Oficial do Estado de Santa Catarina, 1940, p.7.

⁸⁰ CORRALO, Giovanni da Silva. **Município: autonomia na Federação Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2006, p.48.

Quanto ao termo *municipium*, D'Aquino⁸¹, com base em Festo, considera todas as pessoas que, não tendo adquirido cidadania romana, se integraram ao povo, exercendo todas as funções, exceto votar e exercer a magistratura; posteriormente, foi concedida a cidadania (fundanos, formianos, cumanos, lanuvinos). O Município é concebido como fruto da conquista e como instrumento essencial para a manutenção das fronteiras oriundas da expansão romana⁸².

As relações privadas entre os cidadãos romanos eram regidas pelo *jus civile*. Aos povos dominados era concedida a regulação autônoma das suas relações privadas. Em certas ocasiões, os romanos se expandiram através de acordos com outros povos, como os etruscos e os sabinos, numa união que, com exceção desses, por mais que fossem concedidos os direitos romanos, não se concedia o sufrágio. Inquestionável era a posição de superioridade que os romanos possuíam em relação aos demais povos, que normalmente eram chamados de bárbaros⁸³.

A máquina do Império Romano sugava cada vez mais recursos para prover a população e alimentar a máquina bélica, única força capaz de combater os bárbaros e manter a ordem interna. A necessidade cada vez maior de recursos conduziu a ganância fiscal aos Municípios, e fez dos decuriões⁸⁴ os executores dessa política, em detrimento do prestígio da sua função e da própria autonomia local, chegando-se ao extremo de o imperador se apossar dos bens municipais⁸⁵.

O que se percebe é que havia, naquela época, uma heterogeneidade na autonomia do poder local, tanto que em alguns Municípios existia o cargo de *praefectus*, que originou a denominação “prefeitura”, a esses Municípios, em 75

⁸¹ Ibid., p.10.

⁸² FESTO, escritor do século II ou III.

⁸³ Ibid., p. 14.

⁸⁴ A autonomia municipal era representada pelos magistrados, que compunham as cúrias – decuriões, os quais escolhiam os duúmviros ou quatuórviros, pelos questores – fisco, pelos edis – fiscalização e por servidores subalternos, genericamente chamados de “escribas”. Em algumas localidades existiam os censores ou curadores, com funções fiscalizadoras, que eram eleitos de cinco em cinco anos, com exercício funcional por somente um ano e poderes hierárquicos em relação aos duúmviros e quatuórviros.

⁸⁵ D'AQUINO, Ivo. **O Município: Sua Conceituação Histórica e Jurídico-Constitucional**. Florianópolis: Imprensa Oficial do Estado de Santa Catarina, 1940, p.20-25.

d.C., razão pela qual foi editada a *Julia Municipalis*, que uniformizou a organização municipal.

Com a expansão do Cristianismo após a conversão de Constantino a autonomia local foi decaindo. Da mesma forma que muitos bens municipais foram sendo destinados à Igreja, os bispos foram se impondo aos magistrados locais. O desprestígio dos decuriões era tanto, que inexistiam limites para a fuga desse encargo, chegando-se ao extremo da participação nas ordens eclesiásticas, o que originou a edição de uma série de normas obrigando o retorno às suas atividades. Na fase final do Império Romano os decuriões não eram mais pessoas nobres e ricas, mas, sim, pessoas desqualificadas. O golpe final na decadente autonomia municipal foi dado por Leão, o filósofo, através de um edito do século IX, que transportou para o texto legal uma realidade incontestável⁸⁶.

Em resumo, o que merece destaque é que, tanto nas cidades-estados da Grécia quanto em Roma, o conteúdo da liberdade política não surgiu como um atributo natural da pessoa, mas derivada do Estado. Nota-se, entretanto, que apesar disso, os Municípios só vieram a surgir em Roma, em consequência da necessidade de manter um manejo racional das áreas sob o domínio romano. Nas palavras de D'Aquino⁸⁷:

[...] o Município emergia na história e no direito político, não como um surto jusnaturalista, ou uma eclosão dos direitos individuais, ou mesmo uma expressão de personalidade social autônoma, mas como uma refração do Estado. A entidade municipal não se contrapunha à estatal. Nada no Município era primitivo, ou espontâneo; mas derivado e determinado. Nada criou: nem tributos, nem leis, nem princípios. Tudo recebeu talhado, medido e modelado pelo Estado.

Desta forma, impõe-se a necessidade de compreensão do fenômeno municipal tendo em vista a natural associação de vizinhos na busca da solução dos seus problemas e, também, a normatização que incide sobre essa organização social maior.

⁸⁶ Ibid., p.26-30.

⁸⁷ Ibid., p.35.

A organização das coletividades locais em Roma não alterou a ênfase grega dada às cidades antigas pelos Estados de constituição semelhante. Da mesma forma que os gregos, os romanos eram colonizadores, plantando cidades onde seus exércitos conseguiam chegar. Sob eles a *polis* transformou-se em *municipium*. Os cidadãos do *municipium* tinham, como nas atuais federações, lealdade em dobro à sua cidade e a Roma. A princípio havia a conquista através da força, mas a governabilidade era assentada no consentimento. O que se pode inferir de tudo quanto foi posto é que certamente o império romano foi construído originalmente por uma rede de tratados, presumidamente entre os iguais, entre Roma e seus aliados, ou *foederatii*, que incentivou a dualidade.

Embora a realidade da liberdade municipal, pautada em cima de tratados federais e da filosofia contratual, tenha desaparecido no império romano, os ideais da teoria ainda sobreviveram no uso continuado do *foedus*, do *foederis* e dos *foederatii*, expressões latinas medievais que significam união, pacto, enlace, juramento entre indivíduos e grupos.

Passando para a realidade brasileira, verificamos que os Municípios brasileiros tradicionalmente gozaram de relativa autonomia, consolidada com a primeira Constituição da República, de 1891. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, tratou em Título autônomo do Município e inseriu, pela primeira vez em um texto constitucional nacional, referência à autonomia municipal⁸⁸.

Desta forma, a Constituição de 1891, que transformara o Brasil de Estado Unitário em Estado Federado, impôs aos entes federados o respeito à autonomia municipal, bem como a obrigação de que estes se organizassem de modo a assegurá-la.

O que de fato aconteceu é que o constituinte manteve o embrião dessa organização que já vinha de longa data, ainda da época do Brasil colônia, e

⁸⁸ Art. 68 da Constituição Republicana de 1891: “Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios, em tudo quanto respeite o seu particular interesse”.

cuja autonomia aparecia e desaparecia de tempos em tempos. Desde os primórdios da colonização havia, de forma inegável, o respeito à autonomia municipal.

Ainda, referindo-se à autonomia municipal, Luís Delgado relata que o Rei de Portugal chegou a revogar sesmarias concedidas por leis gerais aos titulares das capitâneas hereditárias, sem, no entanto, fazê-lo em relação às vilas e cidades, concedidas pelo capitão ou governador, onde vigorava a lei municipal comum⁸⁹.

Durante o Império, era reconhecido às comunidades o direito de instituir as próprias câmaras de vereadores, as quais detinham o poder de dispor sobre suas posturas policiais, de aplicar suas rendas e desenvolver todas as demais atribuições estabelecidas em lei. Manoel Rodrigues Ferreira relata que as câmaras municipais, isto é, os representantes do povo, tinham o direito de se dirigir diretamente aos reis de Portugal, sem intermediação dos governadores⁹⁰.

Com a queda da Monarquia, de acordo com Canotilho, chegou-se a propugnar em Portugal por uma espécie de federalismo democrático sob perspectiva municipalista, privilegiando-se a autoridade local⁹¹.

Podemos dizer que no Brasil de tempos mais atuais, excetuando o período de 1937 a 1945, quando foram submetidos a regime de intervenção, os Municípios ganharam, a partir de 1946, poder e visibilidade. A Constituição de 1934 contemplou o poder tributário dos Municípios, autonomia que, no entanto, durou pouco. Tempos depois, esses Municípios foram elevados à dignidade de membros da Federação pela Constituição de 1988. A característica fundamental da atual Carta é a ampliação da autonomia municipal no tríplice aspecto político, administrativo e financeiro, conforme estabelecido nos arts. 29-31, 156, 158 e 159, outorgando-lhe, inclusive, o poder de elaborar sua lei orgânica (Carta Própria)⁹².

⁸⁹ DELGADO, Luís. **A Sistemática Inicial do Direito Brasileiro**. Anuário de Mestrado em Direito (Coord. Prof. Dr. Lourival Vilanova). Recife: UFPE, nº 1, 1977, p. 51-63.

⁹⁰ FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A Evolução do Sistema Eleitoral Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Coleção biblioteca Básica Brasileira, 2001, p.94.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p.321.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.44.

Atualmente, a organização constitucional brasileira inclui o Município como membro da federação. A autonomia municipal, portanto, expressa pela descentralização, resulta de delegação constitucional e não mais de outorga do Estado-membro; é manifestada, no nível formal, pela previsão de cobrança de tributos e por obrigatórias transferências intergovernamentais, além do poder de pressão representado pelas crescentes necessidades de descentralização, patrocinada pelo aprofundamento do federalismo cooperativo⁹³.

A autonomia dos Municípios, relativamente aos assuntos de interesse local, pode ser verificada sob vários aspectos: políticos (eleição do governo e legislação por ato próprio); administrativos (organização e execução dos serviços públicos locais) e financeiros (imposição, arrecadação e aplicação dos tributos municipais), de forma que além da expressa inclusão como entidade política federativa, é garantida sua capacidade de auto-regulação, mediante lei orgânica (CF, art.29) e atribuição de competências, viabilizando auto-organização e auto-administração, inclusive com sistema próprio de controle externo atribuído às câmaras municipais (art. 30).

Na forma dos arts.1º e 18º da Constituição Federal de 1988 os Municípios compõem a Federação Brasileira ao lado dos Estados-membros e do Distrito Federal. Esta inclusão do Município como ente federativo foi uma inovação trazida com o novo texto constitucional que dotou, desse modo, a nossa Federação de fisionomia própria e distinta do modelo clássico, que é formado apenas pela União e Estados-membros⁹⁴.

Esta fuga do modelo clássico de federalismo é relatada por Jorge Miranda, que diz⁹⁵:

⁹³ AMARAL FILHO, Antonio Sampaio. **Regiões Metropolitanas**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1998, vol.23, p. 159-168.

⁹⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

⁹⁵ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.311.

Situação particularíssima vem a ser a do Brasil, onde se articulam federalismo em nível de Estados e regionalismo político em nível de Municípios. Segundo a Constituição de 1988, a organização político-administrativa da República compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos (...) Os Municípios são, pois, entidades políticas integrantes da estrutura do Estado, embora não propriamente entidades estatais de segundo grau.

Segundo Paulo Bonavides, a administração autônoma do Município recebe uma proteção constitucional que tornaria inadmissíveis e nulos atos legislativos, não importando de que natureza – ordinária ou constituinte –, praticados na esfera do poder do Estado-membro, com violação, em qualquer sentido e direção, daquilo que essencialmente pertence à autonomia das coletividades comunais⁹⁶.

2.4. A Região Metropolitana de São Paulo

Conforme José Afonso da Silva, Região Metropolitana, constitui-se de um conjunto de Municípios cujas sedes se unem com certa continuidade urbana em torno de um Município-pólo. Para ele as regiões metropolitanas já constam do Direito Constitucional pátrio desde a Constituição de 1967. Havia a previsão que competia à União instituí-las com Municípios que fossem parte de uma mesma comunidade sócio-econômica, com base no art. 164 da Constituição de 1969, que assim dispunha⁹⁷:

Art. 164. A União, mediante lei complementar, poderá, para a realização de serviços comuns, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica.

De acordo com o preceito constitucional acima citado, foi promulgada a Lei Complementar 14/73 instituindo várias regiões metropolitanas no Brasil, incluindo a Região Metropolitana de São Paulo, com o fim de organizar, planejar e prestar os serviços de interesse metropolitanos enumerados no art. 5º da lei. Com a

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.56

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.665.

instituição das regiões metropolitanas, a União não tomou praticamente mais conhecimento desse tema. Os Estados é que ficaram com a responsabilidade de estruturação e funcionamento dessas regiões metropolitanas, criando empresas ou autarquias para dar-lhes efetividade.

A Constituição de 1988 (art. 25, § 3º) atribui aos Estados a competência para, mediante lei complementar estadual, instituir essas regiões, com agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Por ser de competência estadual a criação de regiões metropolitanas, os Municípios integrantes de tais unidades deverão pertencer ao mesmo Estado-membro, não podendo ser vinculados a Estados diferentes, o que podia ocorrer quando o assunto era de competência federal.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho o surgimento dessas regiões metropolitanas decorre da impossibilidade de se resolverem certos problemas próprios às metrópoles, no âmbito restrito e exclusivo de um dos Municípios que a conurbação recobre. É, por exemplo, o que se dá com o abastecimento de água, tratamento de esgotos, combate à poluição, transportes e vias de comunicação etc⁹⁸.

A Região Metropolitana de São Paulo é constituída pelo Município de São Paulo e mais 38 Municípios, que ocupam 8.051 km² do território paulista e se agrupam em torno da capital do Estado, diretamente por ela polarizados.

⁹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 73

Área Total (Km ²)		
RMSP	8.051	
ESP	248.600	3,2%
Nº de Municípios		
RMSP	39	
ESP	645	6,0%

Sua primeira definição legal data de 1967, mediante os decretos estaduais nº 47.863, de 29 de março de 1967, nº 48.162 e nº 48.163, de 3 de julho de 1967, ano em que foi oficialmente estabelecida a divisão do Estado em regiões administrativas.

A divisão do Estado em regiões administrativas e Região Metropolitana visava definir diretrizes para uma política de regionalização da administração estadual com o objetivo de conferir maior racionalidade às suas atividades e decisões básicas.

Os critérios que orientaram essa divisão regional foram: utilidade para racionalização da Administração Pública Estadual; limites físicos das regiões, considerando também a polarização urbana e suas áreas de influência; critérios especiais relativos a áreas que exijam tratamento diferenciado quanto às atividades de planejamento e execução governamentais.

A Região Metropolitana de São Paulo, que por décadas usufruiu de grande desenvolvimento, atraindo grupos econômicos e grande mobilidade de pessoas, passou por transformações na estrutura sócio-ocupacional, ocorridas sob o impacto da globalização; houve mudanças na região, que, ao longo dos anos, foi gradualmente perdendo o seu papel de atração e retenção da força de trabalho e de capitais, em decorrência da abertura do mercado, da terceirização, da necessidade de modernização das empresas, do surgimento de outras áreas com importante concentração de atividades industriais, agrícolas, da elevada

urbanização e capacidade de polarizar o desenvolvimento regional. Contudo, a Região Metropolitana de São Paulo continua sendo o principal núcleo industrial do Brasil⁹⁹.

A Constituição do Estado de São Paulo de 1989 define a política de regionalização nos limites de seu território. Isto foi feito no Título IV (Dos Municípios e Regiões), Capítulo II (Da Organização Regional), onde se encontra uma distinção entre três tipos de organização regional que poderiam ter vigência no Estado de São Paulo. A nós interessa a definição dada pela Constituição Estadual, que estabelece:

Região Metropolitana: agrupamento de Municípios limítrofes que assumam destacada expressão nacional, em razão de elevada densidade demográfica, significativa conurbação de funções urbanas e regionais com alto grau de diversidade, especialização e integração socioeconômica, exigindo planejamento integrado e ação conjunta permanente dos entes públicos atuantes.

Em 2005, a população da Região Metropolitana de São Paulo era de 19.130.455 habitantes, ou 47,9% da população estadual, e a densidade demográfica alcançou 2.376,16 habitantes por km².

População – 2005			
RMSP	19.130.455		
ESP	39.949.487	47,9%	

De 1900 a 1950, a população do Município de São Paulo aumentou a uma taxa média de 4,5% ao ano. Tendo atingido uma taxa de urbanização de 88% em 1950, a partir daí seu crescimento extrapola para os Municípios vizinhos, que passam a crescer a um ritmo ainda mais acelerado, dando início ao processo de periferização da população em direção a locais cada vez mais distantes da Capital¹⁰⁰.

⁹⁹ Consulta ao site w.observatoriodasmetropoles.ufrj.br/como_anda/como_anda_RM_saopaulo.pdf no dia 20/07/07 às 01:28.-

¹⁰⁰ Consulta ao site do Governo do Estado: www.planejamento.sp.gov.br/AssEco/textos/RMSP.pdf, consulta efetuada em 21 de julho de 2007.

Entre 1950 e 1970, Taboão da Serra, Embu e Itapecerica da Serra, Municípios situados no eixo da Rodovia BR-116 em direção ao sul do país, tiveram crescimento populacional de 622%; Diadema e São Bernardo, no eixo da Rodovia Anchieta, 1.010%; e Guarulhos e Arujá, na direção do Rio de Janeiro, 640%. À medida que os aglomerados urbanos dos subúrbios foram adquirindo certo grau de desenvolvimento, atraíram fábricas e população. Até 1980, o componente migratório da metrópole superava o componente vegetativo, com um saldo migratório anual superior a 200 mil pessoas. No decorrer da década de 80, o ritmo de crescimento populacional na RMSP se reduziu à metade do verificado na década anterior. O desaquecimento da economia no período, a redução na taxa de fecundidade, as políticas estaduais de descentralização do desenvolvimento industrial e a busca por redução de custos por parte das empresas explicam essa diminuição¹⁰¹.

A população do território metropolitano se dispersou, reduzindo, significativamente, a participação da população do Município de São Paulo na RMSP e aumentando a dos demais Municípios. O ritmo de crescimento da Capital diminuiu, alcançando 0,91% ao ano, no período de 1991 a 2000, e 0,60%, no período 2000/2005, enquanto na maior parte dos demais Municípios metropolitanos ocorria o inverso.

Em alguns, as taxas foram particularmente expressivas: no período 2000/2005, Vargem Grande Paulista cresceu à taxa de 6,12% ao ano; Santana de Parnaíba, 5,82%; Caieiras, 5,05%; São Lourenço da Serra, 4,88%; Itapecerica da Serra, 4,69%; Itaquaquecetuba, 4,65%; Embu-Guaçu, 4,45%; Arujá e Pirapora do Bom Jesus, 4,40%; e Barueri, 4,21%.

Os Municípios situados ao norte da RMSP também apresentaram elevadas taxas de crescimento populacional no período 2000/2005, bem superiores à média da Região Metropolitana. Caieiras registrou crescimento populacional de 5,05%; Cajamar, 3,76%; Francisco Morato, 3,98%; Franco da Rocha 2,33%; e Mairiporã, 3,84%.

¹⁰¹ ibidem

Da mesma forma, os Municípios situados a leste da RMSP, a região polarizada por Guarulhos teve alto crescimento populacional. A instalação do Aeroporto Internacional de Cumbica, na década de 80, naquele Município, provocou transformações significativas em seu quadro urbano e arredores, com a chegada de grandes investimentos nos setores de transportes aéreos, hoteleiros e imobiliários. Em 2005, era o segundo Município mais populoso do Estado, com 1.230.511 habitantes. Apenas São Caetano do Sul (-0,38%) teve taxa inferior à da Capital, entre 2000 e 2005. Este movimento indica que espaços regionais consolidados e mais antigos, como o Município de São Paulo e alguns Municípios do ABC paulista estão em processo de desaceleração de suas dinâmicas populacionais.

No quadro que mostraremos a seguir temos os Municípios que compõem a Região Metropolitana de São Paulo. Os dados são relativos ao ano de 2005. Nota-se que a soma da receita tributária própria mais receitas advindas das transferências governamentais não alcançam a receita orçamentária. Isto se deve ao fato de que ainda entram no cálculo da receita orçamentária outras receitas, como, por exemplo, as patrimoniais e as financeiras, que não são objeto do nosso estudo.

Podemos observar, nesse quadro, que, excetuando os Municípios de São Paulo e Santana do Parnaíba, os demais 37 Municípios têm a receita de transferências governamentais maior que a arrecadação própria, ou seja, os repasses constitucionais da União e dos Estados são muito mais significativos do que os esforços de cada Município em busca de sua arrecadação própria.

Os dados do quadro abaixo são referentes ao exercício de 2005¹⁰².

<i>Municípios</i>	<i>População</i>	<i>Área (km²)</i>	<i>Receita Orçamentária (Milhões)</i>	<i>Receita Tributária Própria (Milhões)</i>	<i>Transferências Governamentais (Milhões)</i>
Arujá	72.694	96	59.498	16.922	38.877
Barueri	256.824	66	614.293	200.439	401.040
Biritiba Mirim	30.625	318	17.262	1.263	8.644
Caieiras	91.365	97	56.931	16.410	38.437
Cajamar	61.427	132	104.562	22.096	67.154
Carapicuíba	389.118	34	121.984	29.584	57.105
Cotia	175.008	325	219.137	67.158	128.980
Diadema	389.503	31	384.403	96.965	205.585
Embu	250.532	70	120.246	27.611	63.244
Embu-Guaçu	69.847	155	37.274	7.277	28.740
Ferraz de Vasconcelos	171.329	30	70.719	9.572	57.489
Francisco Morato	164.971	49	83.416	7.575	64.835
Franco da Rocha	122.273	133	65.773	11.976	51.927
Guararema	24.374	271	33.724	7.023	26.650
Guarulhos	1.251.179	318	1.142.514	285.973	613.404
Itapeçerica da Serra	157.280	151	117.404	25.022	84.746
Itapevi	196.551	83	127.468	19.121	98.739
Itaquaquecetuba	340.596	83	151.165	27.054	100.472
Jandira	110.045	17	75.257	12.264	56.273
Juquitiba	30.525	522	26.577	6.968	15.977
Mairiporã	72.750	321	64.215	18.125	38.304
Mauá	406.242	62	338.287	68.151	215.183
Mogi das Cruzes	365.993	713	320.475	83.845	165.903
Osasco	705.450	65	572.943	186.764	347.441
Pirapora do Bom Jesus	15.176	108	20.589	2.914	14.951
Poá	108.017	17	84.023	35.552	45.164
Ribeirão Pires	116.677	100	83.587	16.322	49.384

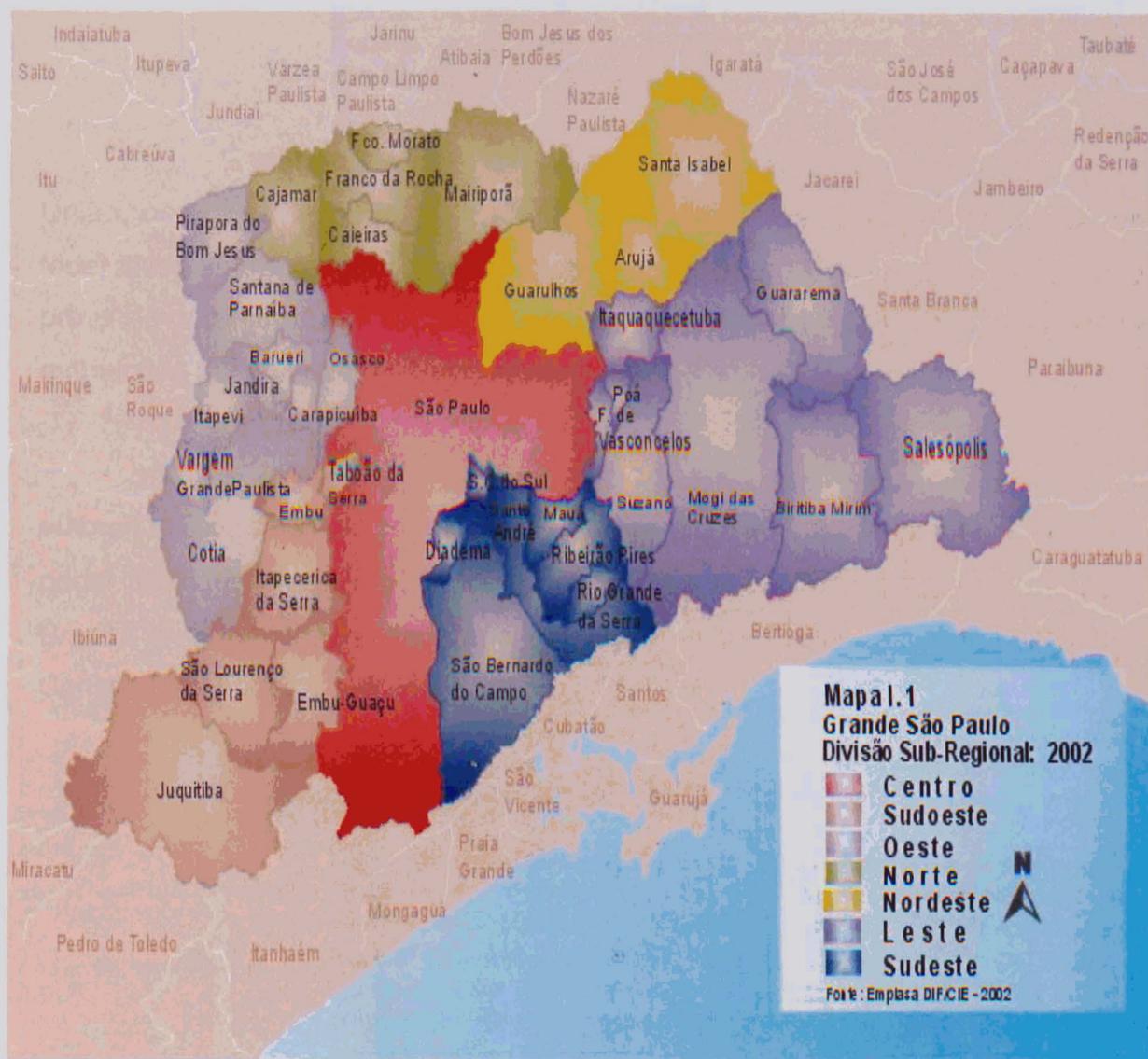
¹⁰² Disponível em: < www.lbge.gov.br/cidadesat > Acesso em 08 set. 2007.

<i>Municípios</i>	<i>População</i>	<i>Área (km²)</i>	<i>Receita Orçamentária (Milhões)</i>	<i>Receita Tributária Própria (Milhões)</i>	<i>Transferências Governamentais (Milhões)</i>
Rio Grande da Serra	42.601	36	17.612	2.794	11.926
Salesópolis	16.235	424	14.255	2.119	11.522
Santa Isabel	47.352	363	39.245	8.951	28.120
Santana do Parnaíba	98.050	180	204.977	110.200	79.793
Santo André	669.552	174	684.515	247.399	338.942
São Bernardo do Campo	788.560	469	1.212.476	389.027	665.349
São Caetano do Sul	134.295	15	454.839	162.542	175.533
São Lourenço da Serra	16.876	187	18.335	7.802	6.598
São Paulo	10.927.990	1523	15.070.862	6.717.340	6.066.695
Suzano	272.542	205	195.641	39.141	158.422
Taboão da Serra	221.176	20	183.299	39.351	132.769
Vargem Grande Paulista	43.217	42	38.881	11.988	25.315

É fundamental que os Municípios desenvolvam mecanismos de arrecadação própria, pois a partir da Constituição Federal de 1988, eles passaram a ter uma série de atribuições. Para que não comecem a acumular déficits estas novas atribuições precisam ser seguidas por novas fontes de arrecadação. Sem dúvida alguma as transferências da União ou dos Estados cumprem um papel fundamental neste sentido. No entanto, os Municípios devem avançar na sua arrecadação, fazendo uso também da competência tributária que lhe foi conferida e cobrando os tributos.

No mapa a seguir veremos o que os urbanistas denominam de conurbação, que, em síntese, significa "cidade entrando dentro de cidade", formando a Região Metropolitana, a qual foi reconhecida pela Constituição, visando a integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Mapa da Região Metropolitana de São Paulo, criada pela Lei Complementar Estadual nº 94, 29 de maio 1974¹⁰³.



¹⁰³ Fonte: Secretaria de Economia e Planejamento / IGC – Secretaria dos Transportes DER, edição 2003.

No Estado Federado não se pode falar em autonomia política ou administrativa sem autonomia financeira. Assim, conforme nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁰⁶ :

A divisão de rendas é a pedra de toque da Federação, pois é a medida da autonomia real dos Estados-membros. Na verdade, essa partilha pode reduzir a nada a autonomia, pondo os Estados a mendigar auxílios da União, sujeitando-os a verdadeiro suborno.

É por intermédio da repartição de competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios – que também são entes federativos autônomos, nos termos dos arts. 1º e 18 da Constituição Federal que se pretende garantir renda suficiente para que os entes federativos possam cumprir as atribuições que lhe são reservadas pela Magna Carta.

À autonomia financeira das entidades federativas corresponde uma outorga de competência impositiva ou tributária a estas. A competência tributária ou poder tributário é a faculdade de editar leis que criem, abstratamente, tributos. No Brasil, a competência tributária encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal¹⁰⁷.

De acordo com Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁰⁸,

[...] a Constituição Brasileira de 1988 repartiu a matéria tributária entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atribuindo a criação, o lançamento e a cobrança de tributos a cada um dos entes federativos. Há, por assim dizer, no corpo do Texto Maior, uma discriminação de competências tributárias exaustiva, integral e completa. Os quatro entes autônomos da Federação foram contemplados de maneira rígida e taxativa. Os limites de toda competência tributária estão muito bem delineados pela Constituição.

Ora, se a Constituição Federal prega a repartição de competência tributária, de forma implacável, como visto acima, evidentemente o faz para atingir

¹⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.62.

¹⁰⁷ GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Repartição de Receitas Tributárias: A Repartição das Fontes de Receita. Receitas Originárias e Derivadas. A Distribuição da Competência Tributária. Federalismo Fiscal**. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 34-66.

¹⁰⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **União, Estado e Município na Nova Constituição: Enfoque Jurídico-Formal**. In: A Nova Constituição Paulista; perspectivas. FUNDAP, 1989, p. 73.

os objetivos do Estado Federal, quais sejam, buscar o bem comum, através da construção de uma sociedade, livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Em um país de dimensões continentais como o Brasil e com o número impressionante de Municípios, que são entes federativos, há que se pensar em um sistema federativo cooperativo para a redução das desigualdades, tanto as sociais quanto as regionais. Para chegar nesse nível de cooperação, Anna Cândida da Cunha Ferraz ensina que¹⁰⁹:

[...] o princípio da solidariedade visa à sobrevivência do Estado Federal e, do ponto de vista do tratamento constitucional das entidades federativas, propõe a assimetria entre elas, diferenciando-as. Esta assimetria visa resolver pontualmente as necessidades dos entes federativos que não são idênticas. Todo Estado Federal é simétrico pela sua essência, porque deve dar um tratamento igual às entidades federadas para se manter como tal. De outro lado, para sua sobrevivência, deverá dar algum tipo de tratamento assimétrico às entidades federativas naqueles aspectos que essencialmente o requeiram.

Para Fernanda Dias Menezes de Almeida se a grande inovação do federalismo está na previsão de dois níveis de poder - um poder central e poderes periféricos - que devem funcionar autônoma e concomitantemente, é manifesta a necessidade de repartição de competências¹¹⁰.

A repartição de competência tributária e a repartição de receitas tributárias são, na verdade, faces de uma mesma moeda, que tem como outro lado a repartição dos encargos públicos. Sem a possibilidade de os entes federativos obterem suas rendas, seja através de suas receita próprias, seja, através da repartição constitucional, não é possível o atendimento das demandas por serviços públicos de qualidade.

Vejamos o caso específico dos Municípios. Anna Cândida da Cunha Ferraz explica que o Município é o espaço territorial e político mais significativo para

¹⁰⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **10 Anos de Constituição. Uma Análise**. XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p.52.

¹⁰⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2007, p.14.

o exercício da cidadania. É no Município (nas cidades) que as pessoas vivem, mantêm relações, desenvolvem suas potencialidades e virtualidades e demandam exercer, com efetividade, seus Direitos Fundamentais. Segue a autora dizendo que é no rol de competências relacionadas no art. 23 da Constituição Federal, que ressalta, de modo mais significativo, o exercício de competências municipais em matéria de Direitos Fundamentais, particularmente com referência aos direitos sociais. Envolve o elenco do art. 23 competências de “fazer”, “cuidar”, “proteger”, “promover” direitos sociais relativos: à saúde, ao saneamento básico, à assistência social, à cultura, à educação e à ciência, à moradia, além de abranger, também, direitos de primeira geração, tais como o combate às causas da pobreza e da marginalização, a proteção das pessoas portadoras de deficiência e da segurança do trânsito¹¹¹.

Diante dessa gama imensa de serviços que deverão ser prestados pelos Municípios para atender as demandas sociais, evidente que há que se ter recursos orçamentários e financeiros para tal finalidade.

Rousseau e Montesquieu, precursores da Revolução Francesa, defendiam que um Estado que desejar construir uma sociedade livre, justa e solidária, na qual seus cidadãos podem exercer seus direitos e prestar suas obrigações, deverá preservar a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Traduzindo isto sob a forma de necessidades da sociedade, o Estado, para o atendimento de tais pleitos, precisa de recursos e os consegue através da cobrança de tributos.

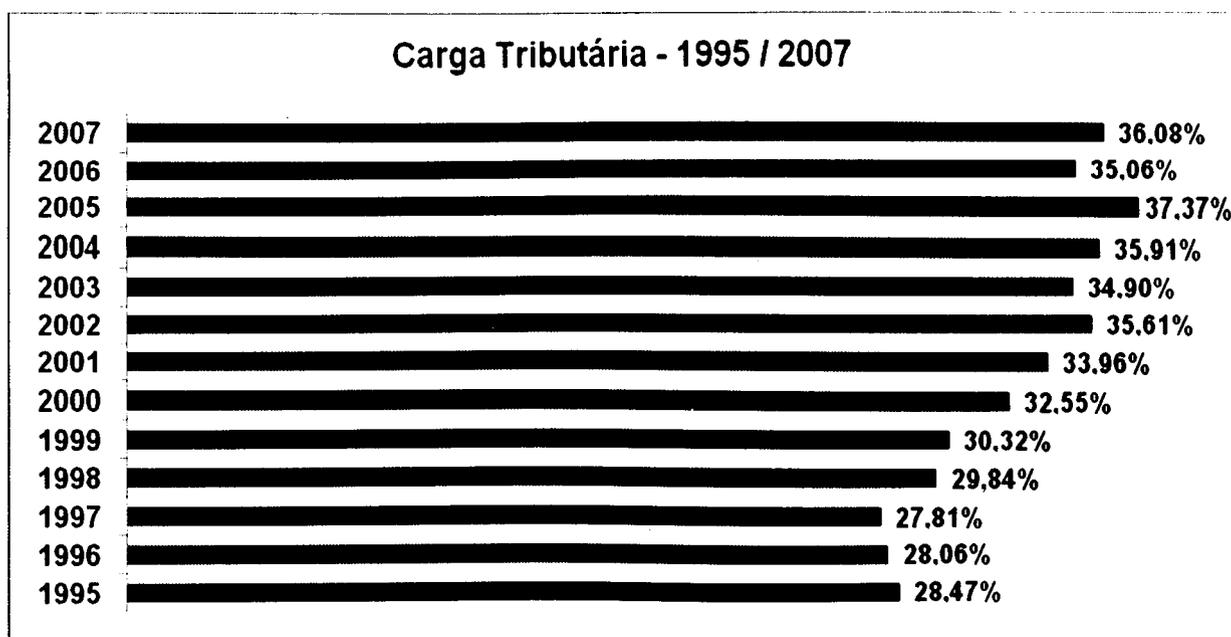
3.2. A Proposta de Reforma Tributária do Governo Federal: Centralização da União x Autonomia Municipal

Pelos quatro cantos deste país chamado Brasil, todos clamam em alto e bom tom por uma Reforma Tributária capaz de resolver todos os problemas existentes. A reclamação vem por parte dos empresários, que alegam ser

¹¹¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. **O Município e os Direitos Fundamentais: Uma Análise das Competências Constitucionais no Município em Matéria de Direitos Fundamentais**. Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO – Centro Universitário FIEO. Osasco: EDIFIEO, Ano 6, n. 2, 2006, p. 140.

impossível trabalhar com esta insaciável “fome” do fisco; por parte dos cidadãos, que não agüentam mais pagar tantos impostos e não ver a contrapartida em benefícios sociais, sendo onerados duplamente, uma vez que pagam para ver a coletividade ser atendida e pagam individualmente por serviços que o Estado deveria colocar à sua disposição e não o faz, como educação, saúde, transporte e segurança. Fechando o ciclo, a reclamação também vem por parte do Estado, que insatisfeito com o montante de recursos que retira dos particulares, não consegue colocar à disposição da população o mínimo de serviços essenciais que a Constituição lhe obriga.

Esta voracidade do fisco brasileiro pode ser vista, no quadro abaixo, com o aumento crescente da carga tributária em relação ao PIB, nos últimos anos.



Fonte: Secretaria da Receita Federal

Devido aos **ajustes de cálculo do produto interno bruto (PIB)** realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), os valores da série de carga tributária divulgada para os anos de 2006 e 2007 não são diretamente comparáveis com aqueles divulgados nos estudos anteriores.

Então, se a necessidade de uma revisão geral no complexo Sistema Tributário Brasileiro é conhecida por todos os segmentos da sociedade, o que precisa ser mudado? Talvez o problema esteja em encontrar o ponto de equilíbrio

dessa equação, ou seja, conciliar a capacidade contributiva dos agentes envolvidos com a capacidade de o Estado ser mais eficiente.

O Brasil é uma federação com um dos mais elevados graus de autonomia fiscal dos governos subnacionais - referimo-nos aos Estados e Municípios - que ainda promove um processo de revisão da forma de atuação do Estado, num quadro que conjuga enormes carências sociais, com uma precária situação fiscal.

Fazendo uma análise do nosso período recente, observamos que as duas últimas grandes alterações no nosso Sistema Tributário Nacional aconteceram nas décadas de 60 e 80. Ricardo Varsano atribuiu a importância da Reforma Tributária da década de 60 ao fato de ter sido criado pela primeira vez no Brasil um sistema com propósito econômico e não simplesmente um conjunto de fonte de arrecadação. As principais mudanças nessa Reforma Tributária foram: substituição de grande parte dos impostos cumulativos por impostos sobre o valor adicionado, alterações no imposto de renda, resultando em um importante aumento de arrecadação, e reorganização da administração tributária¹¹².

Com esta reforma a União ficou com o monopólio dos estímulos econômicos para o desenvolvimento e os governos estaduais sem um instrumento tributário que servisse como instrumento de política. Neste período, o grau de autonomia fiscal das unidades subnacionais foi fortemente restringido para assegurar a não interferência dessas unidades em relação ao processo de crescimento.

Na década de 80, o Brasil experimentou uma grande recessão e, ao mesmo tempo, uma forte crise fiscal, contornada aos poucos com remendos no sistema tributário. Com o advento da Constituição de 1988, novas mudanças na área tributária foram efetuadas, mas com motivações e finalidades diversas daquelas da década de 60. O objetivo desta reforma era o de desconcentração dos recursos tributários. Ampliou-se a base tributária dos Estados paralelamente ao

¹¹² VARSANO, Ricardo. **O Papel da Reforma Tributária no Crescimento do País**. Agosto/2003. Disponível em : < <http://www.federativo.bndes.gov.br/destaques/reftrib.htm>>. Acesso em 02 ago.2007.

aumento dos percentuais do produto da arrecadação de imposto de renda (IR) e do imposto sobre produtos industrializados (IPI) destinados aos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM).

A Constituição de 1988 claramente alargou o papel social do Estado, ocasionando, em consequência, uma deterioração muito forte das contas públicas. Os Estados e Municípios obtiveram uma importante vitória na Assembléia Nacional Constituinte ao conseguir tirar parte substancial da Receita do Imposto de Renda e do IPI, que até então, respondia por 32% do Imposto de Renda e do IPI.

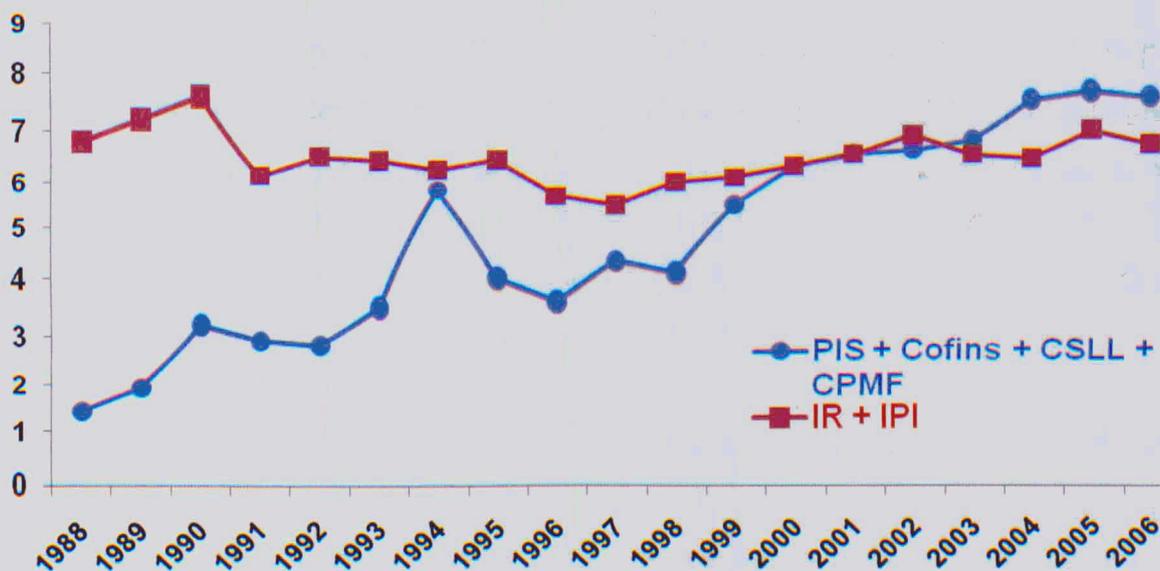
Após o Texto Constitucional de 1988, que, em 5 de outubro próximo completa 20 anos, aumentou-se a participação dos Estados e Municípios de 32% para 47% do Imposto de Renda, e 57% do IPI. Foram também retirados os antigos impostos únicos federais monofásicos e foram colocados, na base do ICMS, telecomunicações, petróleo e seus derivados, energia elétrica, minerais.

Essas mudanças foram implementadas porque o governo da época era frágil, e a Assembléia Nacional Constituinte, muito forte, oriunda de um movimento de derrubada do governo militar, presidida por Ulisses Guimarães, com membros de todo Brasil, queria tirar uma parte grande dos tributos da União.

Na verdade, não houve por parte do constituinte de 1988 uma preocupação em proteger a União, haja vista que Estados e Municípios se apropriaram de uma grande fatia das receitas a ela anteriormente pertencente e não tiveram naquele momento uma transferência de encargos na mesma proporção, o que resultou no aumento do desequilíbrio fiscal na União.

A União, para fazer frente a este desequilíbrio, atuou em duas direções. Em relação às despesas, houve um abandono de vários programas, tanto na área social como na área de infra-estrutura. No que diz respeito à receita, houve o aumento dos tributos não compartilhados com Estados e Municípios e o aumento

das contribuições sociais cumulativas, deixando à mingua os outros entes federativos, como se verifica no quadro a seguir:



Segundo Ricardo Varsano, a Reforma Tributária no contexto brasileiro tem sido um processo longo e contínuo no qual se procura obter¹¹³:

- (1) minimização de distorções no sistema produtivo decorrente da tributação (neutralidade);
- (2) melhoria na distribuição de renda (equidade);
- (3) redução da evasão fiscal e otimização de formas de cobrança (produtividade);
- (4) redução dos custos de transação decorrentes do cumprimento das normas tributárias (simplicidade);
- (5) correção de distorções na distribuição de renda entre as unidades federativas ou estados e as regiões.

O insucesso de tentativas anteriores de implementação de reformas no sistema tributário nacional gerou certo ceticismo por parte de alguns segmentos da sociedade sobre a possibilidade de aprovação de uma proposta que viesse a conciliar tantos interesses distintos.

De acordo com o governo federal, o momento atual é, contudo, mais favorável à tramitação da Reforma Tributária. A diferença mais importante é que o Brasil está hoje passando por um período de crescimento econômico, que tem impacto positivo sobre a arrecadação. Este ambiente reduz as resistências à

¹¹³ VARSANO, Ricardo. O Papel da Reforma Tributária no crescimento do País. Agosto/2003. Disponível em : < <http://www.federativo.bndes.gov.br/destaques/reftrib.htm>>. Acesso em 02 ago.2007

Reforma e permite à União reduzir a carga tributária e compensar eventuais prejuízos dos entes federados sem desequilibrar as contas públicas.

Seguindo esta linha o governo federal submeteu ao Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional (PEC nº 233/08) objetivando a Reforma Tributária, que altera, acrescenta e suprime 22 art.s, 53 parágrafos, 98 incisos, 38 alíneas e 2 itens da Constituição, num total de 213 novas regras. Diante destes números, percebe-se claramente que estamos longe de uma simplificação do Sistema Tributário.

Todas essas mudanças agora propostas, assim como as propostas de governos anteriores, têm um ponto em comum: nenhuma delas enfrenta o grave problema da regressividade no Brasil. O nosso sistema é regressivo e quanto mais regressivo pior, mais deixa o cidadão pobre, não distribui renda.

Essa distorção é percebida quando se vê que 48% da renda de quem ganha até dois salários mínimos vai para pagar tributos diretos e indiretos contra os 26% daqueles que ganham mais que 30 salários mínimos. Quanto mais imposto no consumo, mais regressivo, mais perverso o sistema¹¹⁴.

A Proposta de Emenda Constitucional que foi apresentada nem toca na questão da regressividade do nosso sistema tributário. O Governo Federal prefere continuar tributando os mais pobres, de uma forma injusta e perversa, aprofundando ainda mais os problemas sociais do nosso país, seguindo na contramão da história, onde os países dos maiores blocos econômicos mundiais têm a tributação incidindo fortemente sobre a renda, como é o caso dos Estados Unidos, com 48,4% de sua receita tributária sendo obtida do imposto de renda ou a União Européia, onde este percentual chega a 34%. O Brasil tem apenas 21% de sua receita tributária obtida através do imposto sobre a renda. Esses números nos mostram que quanto menos imposto de renda, mais regressivo o sistema, e por conseqüência maior injustiça social.

¹¹⁴ HAULY, Luiz Carlos. **Os impactos da Reforma Tributária no Estado de São Paulo**. Seminário ocorrido em 29 de maio de 2008, gráfica ALESP, p. 8.

O Brasil tem uma estrutura tributária muito complexa, com muitos tributos incidentes sobre a mesma base. O problema é especialmente relevante no caso dos tributos indiretos sobre bens e serviços, como se vê no quadro abaixo. Enquanto a maior parte dos países tem um ou dois tributos indiretos, o Brasil tem seis, com grande diversidade de legislações, que estão em permanente alteração.

Somente na esfera federal são quatro tributos e três regimes tributários diferentes. O ICMS, de competência estadual, apresenta 27 diferentes legislações, com enorme variedade de alíquotas e critérios de apuração. No caso da tributação do lucro das empresas, há dois tributos distintos: o imposto de renda (IR) e a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL).

Tributos Indiretos sobre Bens e Serviços:

Tributo	Competência	Regime	Base de Incidência
IPI	Federal	Não Cumulativo	Importação e produção de produtos industrializados.
COFINS	Federal	Misto	Importação, produção e comercialização de bens e serviços.
PIS	Federal	Misto	Importação, produção e comercialização de bens e serviços.
CIDE Combustíveis	Federal	Cumulativo ¹¹⁵	Importação e comercialização de petróleo e gás natural e seus derivados
ICMS	Estadual	Não Cumulativo	Circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação
ISS	Municipal	Cumulativo	Prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos na base do ICMS, definidos em lei complementar.

O Imposto Sobre Serviços (ISS), de competência municipal, objeto do nosso trabalho, faz parte do rol dos impostos com incidências cumulativas, nas quais o imposto pago em uma etapa da cadeia produtiva não gera crédito para as etapas seguintes, resultando em uma série de distorções na economia:

¹¹⁵ A tributação da CIDE gera créditos na cadeia de produção de combustíveis, mas não gera créditos para as empresas que consomem os combustíveis, razão pela qual está se considerando a incidência como cumulativa.

- organização ineficiente da estrutura produtiva;
- aumento do custo dos investimentos e das exportações;
- favorecimento às importações.

O Projeto de Reforma Tributária apresentado não se predispõe a discutir meios para o aperfeiçoamento do principal tributo municipal, o ISS. Ao contrário, o que faz o governo federal é, relativamente aos Municípios, confundir ainda mais os contribuintes ao criar o IVA-F, com sobreposição ao ISS. De acordo com o texto apresentado, que segue nesse trabalho como anexo 04, o art. 153, VIII, passará a ser lido da seguinte maneira:

Art. 153, VIII: Compete à União instituir impostos sobre operações com bens e prestações de serviços, ainda que as operações e prestações se iniciem do exterior.

Como se pode notar, o IVA-F englobou a mesma base de tributação do ISS, ocasionando com isso a possibilidade de gerar inúmeros questionamentos jurídicos de bitributação. O termo utilizado “operações com bens” pode ensejar a tributação sobre quaisquer operações com quaisquer bens, inclusive sobre aqueles que hoje são tributados, por exemplo, pelo ITBI, que é de competência municipal, ou pelo ICMS e pelo ITCMD que são de competência estadual. A base do IVA-F ficou ampla e genérica demais.

A Proposta apresentada também pode causar perdas significativas aos Municípios quando estabelece a incidência do Novo-ICMS sobre serviços conexos, adicionados ou conjuntos aos serviços de comunicação e transporte interestadual. De acordo com este novo dispositivo, qualquer mercadoria fornecida ou serviço prestado de forma conexa, adicionada ou conjunta aos serviços de comunicação e transporte interestadual serão tributados pelo Novo-ICMS e, conseqüentemente, não pelo ISS. Em face da imprecisão dos termos, muitos dos serviços que hoje são tributados pelo ISS passarão a ser tributados pelo Novo-ICMS, ocasionado, com isso, a redução da receita tributária dos Municípios.

Outro ponto da PEC nº 233/08 que merece atenção especial é quanto à desconstitucionalização dos critérios de partilha do Novo-ICMS. De acordo com a proposta pretende-se retirar do texto constitucional o Valor Adicionado Fiscal (VAF)

e atribuí-lo apenas à lei complementar. Desta forma as mudanças visando alterar o peso do VAF na partilha do Novo-ICMS, tornar-se-iam mais fáceis.

Também trará prejuízos aos Municípios de São Paulo a nova forma de cobrança do tributo. A PEC prevê que o Novo-ICMS seja cobrado no destino (no Estado consumidor das mercadorias e serviços), mantendo-se uma alíquota marginal de 2% na origem. Como o Estado de São Paulo é exportador líquido de mercadorias e serviços, isso acarretará perda substancial de receita do Estado e, conseqüentemente, da cota destinada aos Municípios.

Por derradeiro, há ainda uma mudança profunda na forma da partilha e distribuição de tributos. Amplia-se a base de tributos sujeitos à partilha federativa: IVA-F (Cide_combustível, PIS, COFINS e SALÁRIO_EDUCAÇÃO), IPI e IR_NOVO (IR + CSLL), mas propõe-se a exclusão antecipada de 50,3 % do montante para o custeio da Seguridade Social (38,8%), FAT/BNDES (6,7%), Educação Básica (2,3%) e Infra-estrutura de Transportes (2,5%). O que se nota é que qualquer alteração nas demandas da União para o custeio da Seguridade Social, FAT/BNDES, Educação Básica e Infra-estrutura de transportes implicará redução da base de partilha federativa, ou seja, será suportada com recursos de Estados e Municípios.

A PEC nº 233/08, segundo o governo federal, encaminhada ao Congresso Nacional tem seis objetivos principais:

- 1) simplificar o sistema tanto no âmbito dos tributos federais quanto do ICMS, eliminando tributos e reduzindo e desburocratizando a legislação tributária;
- 2) acabar com a Guerra Fiscal entre os Estados, com impactos positivos para o investimento e a eficiência econômica;
- 3) implementar medidas de desoneração tributária, principalmente nas incidências mais prejudiciais ao desenvolvimento;
- 4) corrigir as distorções dos tributos sobre bens e serviços que prejudicam o investimento, a competitividade das empresas nacionais e o crescimento;

- 5) aperfeiçoar a política de desenvolvimento regional, medida que isoladamente já é importante, mas que ganha destaque no contexto da reforma tributária como condição para o fim da Guerra Fiscal;
- 6) melhorar a qualidade das relações federativas, ampliando a solidariedade fiscal entre a União e os entes federados, corrigindo distorções e dando início a um processo de aprimoramento do federalismo fiscal no Brasil.

Embora teoricamente as medidas propostas pareçam ser a solução definitiva para o emaranhado tributário que vivemos no País, na prática estas medidas ficam muito aquém de resolver os problemas mais comuns, acarretando, ao contrário, perdas substanciais de receita aos Municípios, que, por sua vez, ficarão privados de realmente efetivar os Direitos Fundamentais aos quais estão vocacionados.

4. A GUERRA FISCAL DOS MUNICÍPIOS NA REGIÃO METROPOLITANA DE SÃO PAULO

Sumário: 4.1. Conceito de Guerra Fiscal 4.2. Efeitos da Guerra Fiscal sobre as Finanças Públicas 4.3. Os Mecanismos da Guerra Fiscal entre os Municípios na Região Metropolitana de São Paulo 4.4. A Jurisprudência Administrativa Sobre a Guerra Fiscal dos Municípios na Região Metropolitana de São Paulo.

4.1. Conceito de Guerra Fiscal

Uma das questões em pauta no atual cenário político brasileiro é a chamada Guerra Fiscal. Trata-se de um jogo de ações e reações travado entre governos estaduais – e adicionalmente entre governos municipais, que será o foco dos nossos estudos – com o intuito de atrair investimentos privados ou de retê-los em seus territórios.

Podemos verificar que este conflito entre os entes federativos, Estados x Estados, Municípios X Municípios não é tão recente como aparenta. O que é recente, de fato, é a exacerbação desse conflito, ocasionado, entre outros fatores, pela autonomia dada aos entes, sem as respectivas normas gerais fixando limites bem determinados à atuação de cada um dentro de sua competência tributária. O problema da Guerra Fiscal em nosso país já era visto desde o período do Brasil colônia. Segundo Wilma Peres Costa¹¹⁶:

[...]o rei só costumava apelar para certas cobranças de tributos de seus súditos em situações de emergência, para fazer frente a epidemias, guerras e tragédias naturais, Muitas vezes, as contribuições que a Colônia deveria repassar à Coroa eram divididas entre as diversas capitânicas. No início, os moradores mostravam-se quase sempre zelosos e dispostos a apoiar o soberano em situação difícil. Depois, num jogo de empurra-empurra entre as capitânicas, cada qual alegava prejuízos e inadimplência. Numa Guerra Fiscal às avessas, uma pedia para ficar isenta de pagamento, solicitando ao rei que cobrasse o que precisava da unidade vizinha. Foi isso que fez, por exemplo, o Rio de Janeiro no século, XVII, quando tentou escapar do pagamento de mais uma

¹¹⁶ COSTA, Wilma Peres. **A parte do Leão**. Revista de História da Biblioteca Nacional. Rio de Janeiro, ano 2, nº 23, ago.2007, p.28-33.

parcela da contribuição para a paz da Holanda e o dote da rainha, obrigando outras câmaras a pagarem mais do que ela.

Nos dias de hoje, este embate promovido pelos Municípios, onde poucos ganham e quase todos perdem, que tem como foco a captação de investimento em troca de benesses tributárias, dada a intensidade com que se desenrola, traz uma série de efeitos e conseqüências econômicas, políticas e sociais de grande importância para o país. Na verdade, os efeitos da chamada “Guerra Fiscal” não se limitam apenas a questões como “qual Município receberá tal empresa”, nem “quantos empregos serão gerados com determinado investimento”. Ao contrário, as conseqüências dessa competição são ainda mais importantes, pois envolvem diretamente o desenvolvimento nacional e o bem-estar da população.

Ao deflagrar a Guerra Fiscal, os entes federados praticam um jogo não cooperativo, cujo objetivo é maximizar a quantidade de recursos a serem investidos em seu território em detrimento das demais unidades. Porém, além da discussão sobre quem ganha e quem perde, mais importante perceber que há outros efeitos danosos à Federação, cujas conseqüências são o agravamento de distorções na eficiência alocativa dos recursos e das próprias desigualdades regionais¹¹⁷.

Considerando que a autonomia dos entes federados é por si só um grande progresso nas instituições políticas do país, é preciso encontrar um mecanismo de controle capaz de equilibrar os interesses de cada ente e os da nação. É natural que exista um conflito federativo no que envolve o desenvolvimento de cada localidade. Entretanto, devem ser encontradas formas de regulação e articulação dos interesses de tal modo a não comprometer o desenvolvimento nacional, sem que as entidades federativas percam parcela representativa de sua autonomia.

Convém, primeiro, chamar a atenção para a expressão “Guerra Fiscal”. Ela já se tornou de uso corrente, pois o fenômeno que designa tem adquirido certo tom corriqueiro. Mas a idéia de guerra, utilizada para descrever relações entre unidades de uma federação, é tudo menos trivial. É uma metáfora muito significativa, que traduz um problema de cunho eminentemente constitucional,

¹¹⁷ CONTI, José Mauricio, organizador; CAMARGO, Guilherme Bueno de. **Federalismo fiscal**. – Barueri, SP: Manole, 2004.

no sentido pleno do termo, ou seja, quanto ao grau de consenso sobre os fundamentos da ordem política.

Analisando a Guerra Fiscal em um contexto federativo, Sérgio Prado e Carlos Eduardo Cavalcanti a conceituam da seguinte maneira¹¹⁸:

[...] como um caso de uma classe geral de fenômenos que emergem quando iniciativas políticas de governos subnacionais adquirem conotações negativas e geram efeitos econômicos perversos em decorrência do caráter insuficiente ou conjunturalmente inoperante do quadro político institucional que regula os conflitos federativos, o qual se revela incapaz de garantir um equilíbrio mínimo entre interesses locais para evitar efeitos macroeconômicos e sociais perversos. No caso em questão, essas iniciativas são o uso de benefícios fiscais com a finalidade de induzir a alocação de investimentos nos territórios locais.

Ricardo Varsano conceitua a Guerra Fiscal¹¹⁹:

[...] como sendo uma situação de conflito na Federação. O ente federado que ganha – quando de fato existe algum ganho – impõe, na maioria dos casos, uma perda a algum ou a alguns dos demais, posto que a guerra raramente é um jogo de soma positiva.

A Guerra Fiscal, portanto, nada mais é do que a generalização de uma competição entre entes da federação pela alocação de investimentos privados por meio da concessão de benefícios e renúncia fiscal, conflito este que se dá em decorrência de estratégias descentralizadas e não-cooperativas dos entes da Federação e pela ausência de coordenação e composição dos interesses por parte do governo central, principalmente em sistemas em que há forte descentralização fiscal, como é o caso do Brasil.

Uma característica marcante desse fenômeno é que, uma vez iniciada essa disputa em busca da alocação de investimentos, todos os entes são compelidos a dela participar a fim de não perderem investimentos, generalizando o conflito e reduzindo sua eficácia para todos.

No primeiro momento, os entes que promovem a Guerra Fiscal obtêm vantagens com a instalação de empresas em seu território. Porém, à medida que os

¹¹⁸ PRADO, Sérgio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo. **A Guerra Fiscal no Brasil. Série Federalismo no Brasil**. São Paulo: Fundap, 2000.

¹¹⁹ VARSANO, Ricardo. **A Guerra Fiscal do ICMS: Quem Ganha e Quem Perde**. Textos para discussão, Rio de Janeiro, IPEA, n.500, jul.1997.

incentivos também são oferecidos por outros entes, a questão tributária deixa de ser relevante na decisão sobre o local de instalação do empreendimento, favorecendo as regiões mais desenvolvidas, que contam com melhor infra-estrutura, oferta de mão-de-obra qualificada e maior proximidade com o mercado consumidor.

A Guerra Fiscal não pode e não deve ser confundida com a simples competição fiscal, pois aquela pressupõe ausência de mecanismos de controle e regulação, desenvolvendo-se à margem da coordenação entre os entes federados.

Na visão de José Roberto Afonso a competição fiscal pela atração de investimentos¹²⁰:

[...] pode ter como instrumentos a tributação, o perfil dos gastos, a regulação econômica, a concessão de incentivos fiscais e a provisão de serviços públicos direcionados para uma empresa selecionada. Outros mecanismos também podem ser usados na competição entre os entes federativos, dentre os quais podemos destacar: a) as renúncias fiscais, em que a diminuição da carga tributária propicia à empresa beneficiada lucratividade melhor ou preços mais competitivos; b) a exportação de tributos, que ocorre quando há financiamento de gastos por tributos recolhidos por não-residentes; c) os investimentos em infra-estrutura, formação de mão-de-obra e segurança, entre outros, que tornam a região mais atrativa a investimentos.

A rigor, não se poderia dizer que a competição fiscal é danosa à Federação, pois é desejável que os entes federados busquem maior eficiência nos serviços prestados com a menor carga tributária possível. No caso brasileiro, especificamente, é desejável que haja desconcentração industrial e desenvolvimento das regiões mais pobres. Entretanto, a competição deve ser regulada para evitar que sua generalização traga efeitos perversos ao país.

Por ser o desenvolvimento regional e a reversão das disparidades assuntos de interesse nacional, é atribuição indelegável do governo central atuar como regulador mediador e conciliador de conflitos, função esta que não foi desempenhada de forma tão eficaz, proporcionando, com isso, o processo desordenado de competição.

¹²⁰ AFONSO, José Roberto. **Competição Fiscal: Uma Visão Geral**. Texto para discussão IPEA, Rio de Janeiro, 887, junho/2002.

A Guerra Fiscal entre os Municípios tem sido travada em duas frentes principais. De um lado, há os Municípios periféricos às grandes cidades, em geral localizados nas regiões metropolitanas, que se empenham em atrair empresas prestadoras de serviços para seu território em troca de alíquotas menores do Imposto sobre Serviços – ISS. Por outro lado, há uma segunda frente de batalha que objetiva a alocação de investimentos produtivos mediante concessão de benefícios não tributários, tais como a doação de terrenos, instalação de infraestrutura, além de benefícios tributários, como isenção de IPTU e amortização de investimentos com a devolução integral ou parcial das parcelas relativas ao incremento gerado pela empresa beneficiada nos montantes do Fundo de Participação – Fundo de Participação dos Municípios – recebidos pelo Município.

Notadamente, na primeira frente, em que os Municípios vizinhos das regiões metropolitanas atraem empresas prestadoras de serviços mediante tributação reduzida do ISS, o que se percebe é que ocorre um prejuízo enorme para as grandes cidades, com perda substancial da respectiva arrecadação e benefício ainda não comprovado para o Município de destino das empresas.

Em realidade, o incremento de arrecadação com a transferência da prestadora de serviços é muito pequeno, assim como os ganhos macroeconômicos também são discutíveis, já que geralmente não há investimento novo nem, tampouco, geração de empregos, pois as empresas apenas mantêm um escritório virtual na nova localidade, ou, ainda quando de fato se instalam, continuam com o mesmo quadro de funcionários, dada a carência de mão-de-obra qualificada nessas localidades, impondo longos deslocamentos aos antigos empregados, sem gerar nenhum emprego extra¹²¹.

Era de se pensar que, com o advento da Emenda Constitucional nº 37, que estabeleceu uma alíquota mínima de 2% para o ISS, até que Lei Complementar regulamentasse a questão, este mecanismo de atração de empresas sofresse um

¹²¹ Escritório Virtual é a denominação dada aos endereços de empresas que têm estabelecimento em Municípios vizinhos às grandes cidades, com o objetivo de se aproveitar dos “benefícios” fiscais oferecidos. Na verdade, como podemos ver nas fotos do anexo I, são endereços de aluguel, uma vez que cada endereço deste abriga de 150 a 200 empresas prestadoras de serviços.

golpe. Assim, aqueles Municípios que antes instituíam alíquotas de 0,20% por exemplo, estariam agora obrigados a exigir de seus jurisdicionados no mínimo 2% sobre as receitas de prestação de serviços, o que diminuiria consideravelmente o poder atrativo dessas empresas.

No entanto, o que se observou é que alguns contornaram o patamar constitucional fazendo incidir a alíquota de 2% apenas sobre uma parcela do faturamento da empresa, acarretando alíquota efetiva muito menor. Outros optaram por prorrogar a validade das antigas alíquotas por alguns anos para os contribuintes já instalados antes da Emenda Constitucional.

O que se nota, portanto, é que a proliferação de empresas virtuais nos Municípios periféricos, onde o endereço da sede é apenas uma caixa postal, é emblemática dessa distorção causada pela Guerra Fiscal entre os Municípios. O Município onde se localiza esta “empresa virtual” não auferir quase nenhuma receita tributária, uma vez que as alíquotas aplicadas até a edição da Emenda Constitucional 37/02, eram próximas de zero, além de não gerar um emprego sequer, mas tão somente lucros para alguns intermediários profissionais que se especializaram em “instalar empresas” nesses locais. Por outro lado, o Município que perde a batalha sofre decréscimo substancial de sua arrecadação. O mais importante, porém, é que, não havendo incremento importante, essa desconcentração de prestadores de serviços para os Municípios periféricos não fez com que estes apresentassem melhoria substancial no bem-estar de seus cidadãos.

4.2. Efeitos da Guerra Fiscal sobre as Finanças Públicas

Analisaremos a seguir alguns dos principais efeitos que a Guerra Fiscal acarreta aos entes federativos, em especial aos Municípios localizados na Região Metropolitana de São Paulo. Em primeiro lugar verificaremos se a Guerra Fiscal tem como efeito imediato a concentração ou desconcentração de empresas. Muitos dos que defendem a Guerra Fiscal encontram na desconcentração industrial uma de suas principais bandeiras. Para eles, a Guerra Fiscal é um poderoso instrumento de que podem se valer os Municípios menos desenvolvidos para atrair empresas para o seu território. Não fosse a concessão de benefícios

fiscais, as empresas certamente optariam por se instalar na capital, onde existem os recursos tecnológicos, de transporte e de mão-de-obra especializada, agravando ainda mais o quadro de desigualdades existente.

O que se deve levar em conta para avaliar se esse argumento favorável à Guerra Fiscal é verdadeiro, é preciso analisar se a carga tributária é ou não um critério determinante para a decisão alocativa de uma empresa e, principalmente, se a deflagração da Guerra Fiscal vem efetivamente trazendo algum efeito de desconcentração no âmbito do nosso estudo.

Em relação ao primeiro critério, ou seja, se os impostos têm de fato relevância na decisão sobre a localização do empreendimento, a resposta é positiva. Evidentemente, a existência de benefícios fiscais influencia a decisão sobre o investimento, uma vez que a redução nas despesas com impostos diminui o prazo para o retorno do investimento. Contudo, deve-se atentar para o fato de que essa influência pode ser relativizada, uma vez que a natureza do empreendimento pode ter especificidades que coloquem a questão tributária como secundária, como, por exemplo, proximidades do mercado consumidor de serviços, qualificação de mão-de-obra e outros. Desta forma, não basta apenas oferecer benefícios fiscais, mas sim, oferecer fatores de produção de qualidade para que o tributo seja um dos critérios de desempate.

Não se pode relegar a um segundo plano o motivo pelo qual com a generalização da Guerra Fiscal, as empresas acabam optando pelas localidades que oferecem as condições mais propícias, ou seja, fatores de produção mais adequados àquela atividade, já que os benefícios fiscais serão obtidos em qualquer hipótese, anulando, conseqüentemente, o efeito da renúncia fiscal como atrativo do investimento.

Sérgio Guimarães Ferreira, analisando os dados relativos à participação de cada ente federativo no PIB nacional, chega à conclusão de que a Guerra Fiscal não contribuiu para reduzir as desigualdades regionais. A análise por ente federativo parece indicar exatamente o oposto. Entes que praticaram

intensamente isenções tributárias na maior parte dos casos foram justamente aqueles em que o processo de desindustrialização relativa foi mais intenso¹²².

O que se percebe é que a generalização da Guerra Fiscal acaba por beneficiar exatamente aqueles entes federativos mais desenvolvidos e que possuem fatores de produção mais adequados ao empreendimento em questão, não havendo, portanto, uma relação direta entre a concessão de benefícios fiscais e a desconcentração industrial do país.

Outro tópico que merece nossa atenção e que pretendemos abordar são os efeitos danosos que a Guerra Fiscal acarreta para as finanças dos entes federativos, no nosso caso específico trataremos dos Municípios, em particular aqueles que compõe a Região Metropolitana de São Paulo. Mostraremos também os efeitos da Guerra Fiscal sobre os direitos dos contribuintes.

Para que se possa fazer uma abordagem correta dos efeitos da Guerra Fiscal sobre as finanças públicas é necessária, antes de tudo, uma diferenciação entre os efeitos sobre o Município vencedor da batalha, aquele que atraiu para o seu território certo número de empresas, frente aos efeitos no agregado de todos os Municípios e também entre os efeitos de curto e longo prazo.

Percebe-se que, um Município, quando objetiva atrair um empreendimento para o seu território, oferecendo à empresa benefícios tributários, normalmente não sofre nenhuma perda de arrecadação. Haverá, entretanto, um incremento de receitas no médio e no longo prazo, pois se o investimento for bem sucedido gerará um efeito macroeconômico positivo com uma conseqüente elevação de renda, além de, uma vez passado o período de carência, iniciar-se o recolhimento dos tributos por parte da empresa beneficiada.

Começando esta nossa análise pelo comprometimento das finanças públicas analisadas de forma agregada, ou seja, pelo conjunto dos Municípios, o

¹²² FERREIRA, Sérgio Guimarães. **Guerra fiscal: competição tributária ou corrida ao fundo do poço?**. Informe-se – Boletim da Secretaria de Assuntos Fiscais do BNDES, Rio de Janeiro, n.4, jan.2000.

efeito da Guerra Fiscal é geralmente pernicioso. Devemos fazer aqui uma distinção entre duas espécies diversas de investimento incentivado. No primeiro caso, é da empresa já instalada no território nacional, ou seja, empresa que transferir sua sede produtiva para um outro Município, atraída pelos incentivos fiscais. Neste caso, há sempre perda de arrecadação, pois a redução de sua carga de impostos é idêntica ao valor que deixará de ingressar nos cofres do setor público como um todo.

O segundo caso é de novo investimento, ou seja, a empresa ainda não instalada no país ou as ampliações de empresas já instaladas. Quando um Município concede benefício fiscal a determinada empresa, se considerarmos que a empresa investiria de qualquer maneira no país, mesmo se não houvesse nenhuma concessão de incentivo, concluímos, pelo conjunto, que houve perda global de arrecadação.

A generalização da guerra traz um efeito ainda mais perverso, pois, como visto, se todos os Municípios oferecem benefícios, estes deixam de ser um atrativo para a decisão locacional e transformam-se apenas em renúncia fiscal, agravando a perda global de arrecadação, uma vez que todos os empreendimentos do país serão contemplados com algum benefício fiscal.

O pior efeito é o que ocorre no longo prazo. As empresas não contempladas com os benefícios ficam em evidente situação de desvantagem competitiva com relação às empresas beneficiadas e passam, com isso, a pressionar o Poder Público para que lhe sejam estendidos os benefícios, sob pena de migrarem para outras localidades que ofereçam incentivos.

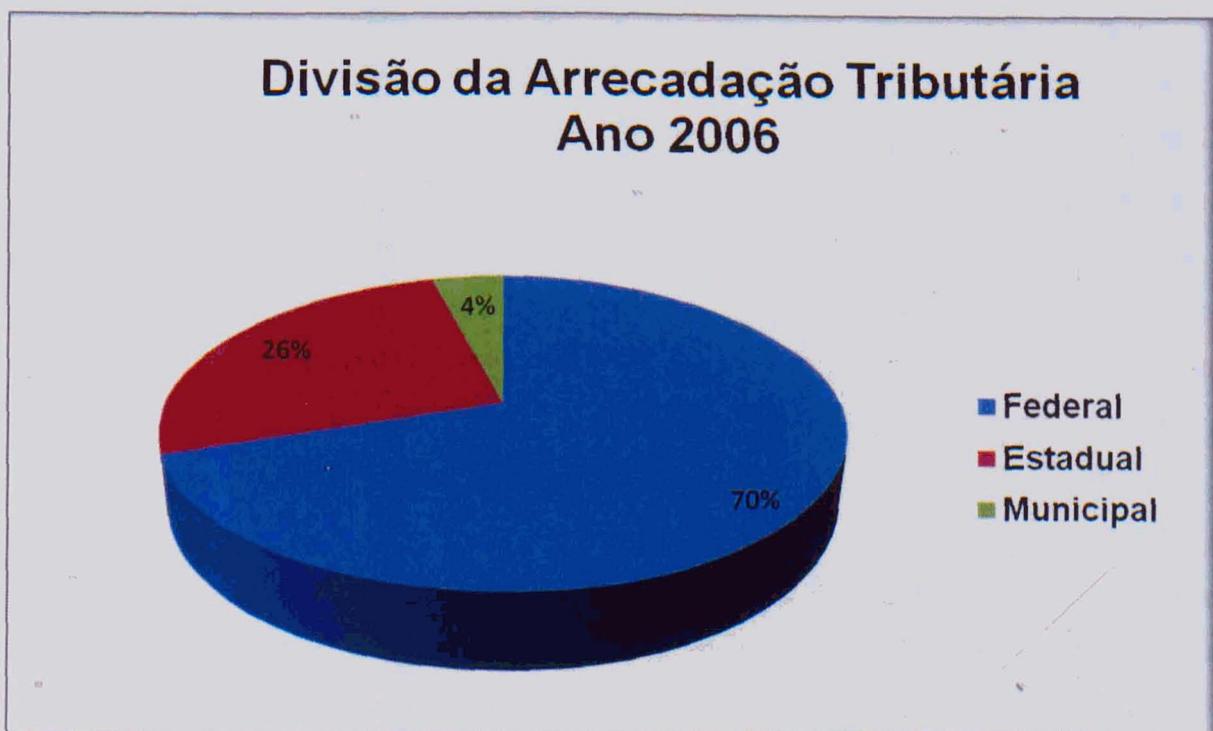
Não é difícil perceber que a generalização desse processo leva inexoravelmente a uma perda global da capacidade de arrecadação de qualquer tributo pelo Município, perda esta que acaba se dividindo entre todos os entes federativos, inclusive aqueles mais agressivos, uma vez que o mecanismo utilizado para a competição torna impossível vencer todas as batalhas, pois não se pode esquecer que, com a generalização da Guerra Fiscal, as empresas voltam a decidir sobre a localização de seus investimentos pelo critério da qualidade dos fatores que lhe propiciem o melhor resultado, de acordo com a conveniência específica de cada empreendimento.

Se o efeito da Guerra Fiscal, tomando o agregado como parâmetro, é negativo para este, para o Município vencedor pode ser vantajoso, trazendo benefícios individuais.

Este é certamente o motivo pelo qual este processo continua em plena marcha no país, mesmo em manifesta contrariedade à lei e com claros prejuízos para a Nação. É que o sistema federativo enseja o uso de estratégias não cooperativas entre os entes federados, que só enxergam vantagens nas atrações de investimentos que podem de, alguma forma, melhorar o bem-estar de sua população e capitalizar dividendos políticos aos respectivos governantes.

Não se pode deixar também de mencionar que o Município é, das esferas federativas, o que tem o menor poder de arrecadação, conforme facilmente visualizado no quadro a seguir:

A arrecadação tributária das três esferas governamentais totalizou R\$ 815,07 bilhões em 2006, sendo R\$ 569,78 bilhões provenientes de tributos federais (69,90% do total), R\$ 211,70 bilhões dos tributos estaduais (25,97% do total) e R\$ 33,59 bilhões dos tributos municipais (4,13% do total).¹²³



¹²³ Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br.htm>>. Acesso em 22 julho 2007

No gráfico acima, podemos observar que, da arrecadação tributária do Brasil, apenas 4% é de competência municipal. Para compensar este baixo poder arrecadatório, foram criados mecanismos de distribuição, os chamados repasses, como, por exemplo, o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) e o sistema de Cota-Parte do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICMS) estadual, cujas regras orientam o direcionamento de fluxos.

Esses repasses, da forma como foram concebidos, são imprescindíveis aos Municípios, pois se eles dependessem apenas de sua própria arrecadação, não teriam nos seus orçamentos recursos suficientes para a realização de suas políticas públicas. Infelizmente, há muitos Municípios que abrem mão de uma Administração Tributária mínima, e vivem literalmente de chapéu na mão, dependendo quase que exclusivamente desses repasses intergovernamentais. Para se ter uma idéia precisa do que estamos falando, dos 39 Municípios que compõem a Região Metropolitana, apenas os Municípios de São Paulo e Santana do Parnaíba têm sua receita tributária maior que a receita proveniente de repasses intergovernamentais.

Ainda quanto aos repasses, há um aspecto relevante a ressaltar: sua seletividade. Para todos os repasses há critérios específicos, que deveriam ter como princípio elementar a redistribuição das transferências intergovernamentais. Partindo do pressuposto de que estas transferências são basilares, a preocupação com sua efetiva ocorrência é fundamental. De acordo com Rodrigues, que realizou um estudo sobre transferências municipais verificara-se alguns entraves, dentre os quais podemos destacar a descoordenação e a escolha inadequada de critérios para as transferências. Segundo a autora, além dessa descoordenação, os critérios que norteiam as transferências federais também são questionáveis¹²⁴.

Em primeiro lugar, determinam que a realocação dos recursos se realize, no caso da grande maioria dos Municípios, apenas com base no número de habitantes que possuem. O Fundo de Participação dos Municípios (FPM), por exemplo, é uma transferência constitucional composto agora de 23,5% da

¹²⁴ RODRIGUES, Juliana Nunes, 2005, "Território e Ação do Estado: Uma abordagem das transferências Intergovernamentais de Recursos como Estratégias de Organização Sócio-Espacial". In: Encontro de Geógrafos da América Latina, USP, São Paulo, 2005.

arrecadação do Imposto de Renda (IR) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). A distribuição dos recursos aos Municípios é feita de acordo com o número de habitantes. São fixadas faixas populacionais, cabendo a cada uma delas um coeficiente individual. O mínimo é de 0,6% para Municípios com até 10,1 mil habitantes, e o máximo é 4%, para os acima de 156 mil. Os critérios atualmente utilizados para o cálculo dos coeficientes de participação dos Municípios estão baseados no Código Tributário Nacional e no Decreto-Lei n.º 1.881/81. Do total de recursos, 10% são destinadas às capitais, 86,4% para os demais e 3,6% para o fundo de reserva a que fazem jus as cidades com população superior a 142,6 mil habitantes, excluídas as capitais. Este parece não ser um critério adequado, já que pouco revela sobre as reais condições sócio-econômicas dessas unidades político-administrativas.

Outro efeito danoso aos Municípios como um todo e principalmente sobre as empresas é a relação dos incentivos fiscais com a livre concorrência. A concessão de benefícios fiscais e outros incentivos financeiros a empresas que se instalam em determinada região criam uma distorção de preços no respectivo mercado. De acordo com Guilherme Bueno de Camargo¹²⁵:

[...] não pode mais haver dúvidas quanto aos efeitos nocivos que a Guerra Fiscal pode causar à livre concorrência. Se uma empresa beneficiária de incentivos fiscais tem suas despesas com tributos reduzidas, obviamente ela terá condições de competitividade muito diferentes daquela que não usufrui do mesmo benefício. Os incentivos obtidos pela empresa podem ser utilizados, por exemplo, para que ela abocanhe uma fatia de mercado de seus concorrentes, já que seus preços poderão ser consideravelmente menores que os de seus concorrentes não contemplados com os mesmos incentivos.

Mesmo que a empresa não utilize os ganhos tributários para fazer *dumping*, os benefícios fiscais estarão incorporados à margem de lucro que ela tem, possibilitando que, em prazo menor, ela possa efetivar investimento tecnológico para aumentar sua produtividade, criando também um diferencial em relação a seus concorrentes por força de um elemento artificial à competição, que é a concessão dos incentivos.

¹²⁵ CONTI, José Mauricio. Organizador. **Federalismo fiscal ;CAMARGO, Guilherme Bueno. A Guerra Fiscal e Seus Efeitos: Autonomia x Descentralização.** Barueri, SP: Manole, 2004.

A Guerra Fiscal acarreta também grandes danos aos Direitos Fundamentais dos contribuintes, tanto pessoas físicas quanto jurídicas. Estas últimas sofrem diretamente porque vêem que o princípio da neutralidade do tributo em face do princípio da livre concorrência não é observado. No campo tributário, a neutralidade dos tributos em face da atividade econômica decorre, em especial, da proibição de tratamento desigual entre contribuintes e da exigência de respeito à sua capacidade contributiva. É óbvio que qualquer medida de natureza tributária interfere na capacidade competitiva dos concorrentes. Assim, o princípio da isonomia será ferido se as relações concorrenciais entre empresas forem afetadas pela tributação, de tal modo que esta favoreça/desfavoreça umas em face de outras. É o que ocorre com um grande número de empresas que procuram Municípios na Região Metropolitana de São Paulo, que se prestam a servir de paraíso fiscal.

Os contribuintes, pessoas físicas, enquanto cidadãos, também sofrem com os efeitos da Guerra Fiscal. O Estado social traz consigo a idéia não só de que o Poder Público deve prestar assistência ao cidadão, mas de que os custos assistenciais devem ser arcados por toda a sociedade. E, como é sabido, os direitos sociais são direitos de custo elevado, razão pela qual a prestação de serviços públicos por parte do Estado demanda grande disponibilidade de receita pública. Logo, a fuga de empresas para Municípios que oferecem a possibilidade de pagamento menor de tributo, ainda que não de acordo com as normas vigentes, acarreta a diminuição de recursos para o ente que sediava as referidas empresas e a conseqüente diminuição da disponibilidade de serviços públicos de qualidade.

4.3. Os Mecanismos da Guerra Fiscal entre os Municípios da Região Metropolitana de São Paulo

A Guerra Fiscal que estava apenas circunscrita aos Estados da federação, hoje, em função principalmente da falta de uma legislação clara a respeito do principal tributo municipal: o ISS (Imposto sobre Serviços) e também da evidente afronta ao texto constitucional, se alastrou pelas esferas municipais do país. Municípios passaram a oferecer aos potenciais investidores incentivos fiscais,

financeiros e de infra-estrutura na tentativa de alterar artificialmente os parâmetros de mercado e influenciar a decisão de investimentos das empresas.

Não podemos de antemão dizer que a concorrência fiscal é necessariamente ruim. Pode ser elemento importante de redução de custos, e de busca de maior eficiência no funcionamento da máquina pública. A concorrência entre os entes federativos, pelos escassos recursos dos investidores, acabaria favorecendo as unidades federativas capazes de oferecer melhores condições para o funcionamento das empresas, o que estimularia a competitividade nacional como um todo, reduzindo custos e ampliando mercados.

Porém, o que se vê não é exatamente isso; as regras não são claras e temos um Poder Judiciário que titubeia nas suas decisões. Devemos ter em mente que a Guerra Fiscal é um desvio da intenção do legislador, e favorece os administradores públicos que burlam a lei e que adotam interpretações tortuosas, até mesmo inescrupulosas, da legislação em vigor.

O foco deste trabalho é a Guerra Fiscal entre Municípios, onde o campo de batalha se encontra no ISS (Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza). Segundo Ives Gandra Martins e Marcos Cintra, há, hoje, Municípios enquadrados em três tipos de situações, que reivindicam para si a arrecadação do ISS. Em primeiro lugar, os Municípios onde ocorre a produção dos serviços prestados; em segundo lugar, aqueles onde os serviços produzidos são disponibilizados ao tomador dos mesmos; o terceiro tipo de Município é o que reivindica a receita do ISS por abrigar em seu território as sedes administrativas das empresas prestadoras dos serviços, ainda que nele não estejam localizados, de fato, nem o estabelecimento produtor nem o estabelecimento consumidor¹²⁶.

Não se pode atacar a posição dos Municípios que, a todo custo, buscam justificativas para a tributação do ISS. Se por um lado um Município disponibiliza toda a infra-estrutura e meios para a produção dos serviços, por outro lado há outros Municípios que pagam por eles. Talvez, como medida de justiça,

¹²⁶ MARTINS, Ives Gandra e CINTRA, Marcos. **Artigo publicado na Revista Fiscosoft: Artigo Municipal 2006/0156**.

pudessem os Municípios compartilhar daquela receita, mas não foi essa a opção escolhida pelo legislador.

Nas palavras de Bernardo Ribeiro de Moraes¹²⁷:

[...] o ISS grava a prestação de serviços, a venda de bem imaterial, realizada em determinado ponto do território municipal. Pode ocorrer que essa atividade onerada seja prestada parcialmente dentro de um território municipal para esgotar-se em outro, originando dúvidas quanto à competência para exigir o ISS entre as diversas entidades tributárias de igual grandeza. Para Moraes, o Decreto-lei nº 406 não considerou relevante o princípio territorial da incidência do ISS. Ao contrário, adotou como regra principal a da incidência do imposto municipal em razão do estabelecimento prestador, deixando como regra excepcional, ou subsidiária, a incidência do ISS em razão do local onde se realiza a prestação de serviços.

A atual legislação que disciplina o Imposto Sobre Serviços, a Lei Complementar 116 de 2003, em seu art. 3º estabelece:

Art. 3º. O Serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local.

Para José Eduardo Soares de Melo doravante, e em princípio, para efeito da competência objetivando o auferimento do ISS, deverá ser considerado o Município do estabelecimento prestador; e como exceção (no caso de inexistência de estabelecimento prestador no Município), o Município do local onde se situar o domicílio do prestador. Em casos excepcionais (serviços provenientes do exterior, ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País; e serviços aludidos no art. 3º da LC 116/03), ignora-se o estabelecimento do prestador (situado no exterior), sendo considerado o estabelecimento do tomador ou intermediário¹²⁸.

O que se pode notar é que os Municípios entraram de vez na Guerra Fiscal, utilizando-se de todos os artifícios possíveis em busca do incremento de suas receitas. Na Região Metropolitana de São Paulo isto ocorre constantemente. O Município de Osasco, por exemplo, não perdeu tempo e também entrou na Guerra Fiscal do Imposto Sobre Serviços. A Secretaria da Fazenda do Município adotou como estratégia, no ano de 2004, exercício seguinte à aprovação da Lei

¹²⁷ MORAES, Bernardo Ribeiro de, **Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, p.483.

¹²⁸ MELO, José Eduardo Soares. **ISS-Aspectos Teóricos e Práticos. Atualizada com a LC 116**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003, p.157.

Complementar 116/03, a colocação de propaganda, como as que são vistas logo a seguir:



O Município de Osasco e a Guerra Fiscal do ISS. Fonte: Trabalho de campo realizado por Celso Giannasi – Abril de 2004.

Ocorre que a Lei Complementar Municipal nº 139, de 24 de novembro de 2005, ao instituir o Código Tributário Municipal, em seu art. 69, estabelece o seguinte:

Art. 69. Considera-se responsável pelo recolhimento do imposto devido a pessoa:

I – jurídica, ainda que imune ou isenta, quando tomadora dos serviços a que se referem os incisos I a XX do art. 65 deste código.

Como, nos termos do art. 146 da Constituição Federal, cabe à Lei Complementar Nacional estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na própria Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes, não caberia ao Município extrapolar em sua legislação em relação aos limites estabelecidos na Lei Complementar 116/03 quanto à responsabilidade dos tomadores de serviços. A retenção do Imposto Sobre Serviços só se daria, segundo a intenção do legislador nacional, nos termos do art. 3º da citada lei, relativamente aos serviços constantes da lista de serviços, especificamente dos incisos I a XXII. Exceto estes serviços, os demais seriam considerados prestados no local do estabelecimento do prestador, ou, na sua falta, no domicílio do prestador. O Município de Osasco fez constar em sua legislação o mesmo conceito da Lei Complementar 116/03, porém, como fica

evidente, orienta os contribuintes, munícipes de Osasco, a fazerem a retenção de todo e qualquer serviço prestado por empresas localizadas fora de seu território, utilizando-se, inclusive, das mesmas alíquotas estabelecidas na Lei Complementar nº 116.

O que não se pode admitir é que, com a Guerra Fiscal, apareça um terceiro Município que não seja onerado pela produção, nem pelos gastos do consumo, e que desvie para si toda a arrecadação. A Guerra Fiscal do ISS introduz a figura desse terceiro Município na relação, que simplesmente absorve a contrapartida tributária da produção e do consumo, sem nada contribuir para tanto.

Todo esse conflito encontra-se nas diferentes interpretações dadas ao termo "estabelecimento prestador" dos serviços abrangidos pela cobrança do ISS, expressão constante do Decreto lei nº 406, de 1968, que deu início à efetiva cobrança desse tributo. Anteriormente, apesar de o tributo constar das Cartas Magnas de 1946 e de 1967, bem como do Código Tributário Nacional, lei nº 5.172/66, a lista de serviços tributados continha apenas 3 itens. Com o Decreto nº 406/68, a lista foi ampliada para 29 serviços, tendo havido uma primeira tentativa de disciplinamento e de definição das normas gerais de funcionamento do ISS.

O Imposto Municipal Sobre Serviços sofreu modificações e ampliação em sua lista de serviços, através do Decreto lei nº 834/69 (que ampliou a lista para 66 itens), da Lei Complementar 56/87 (que ampliou a lista novamente para uma centena de itens), da Emenda 1/69 e da Lei Complementar 100/99 (que incluiu pedágios), passando pela Carta Magna de 1988.

A grande modificação na legislação do ISS se deu com a Lei Complementar 116/03 que, de fato, atualizou a legislação e a regulamentação desse tributo municipal. Esta lei ampliou a lista de serviços para 193 itens e adicionou vinte novos tipos de serviços que, a exemplo da construção civil, passaram a ser tributados no local da prestação dos serviços, ou seja, no local do tomador dos serviços.

A Guerra Fiscal do ISS já havia surgido anteriormente, a partir da interpretação de que o termo "estabelecimento prestador" dos serviços significa

sede, matriz ou escritório central da empresa prestadora de serviços. Neste sentido, vários Municípios passaram a oferecer alíquotas reduzidas, ou redução de base de cálculo, para as empresas que se "instalassem" em seus respectivos territórios, e assim passariam a recolher o ISS mesmo que o "estabelecimento prestador" estivesse em outros Municípios onde os serviços eram efetivamente disponibilizados.

Nesse contexto surgem duas situações. Uma primeira, de flagrante ilegalidade, ocorre no caso de Municípios como Barueri, Santana do Parnaíba e Poá, que mantiveram alíquotas abaixo de 2% mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 37 de 2002, que estabeleceu a seguinte redação para o art. 156 da Constituição Federal:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III – Serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art.155, II, definidos em lei complementar;

(...)

§ 3º. Em relação ao Imposto previsto no inciso III do caput deste art., cabe à lei complementar:

I – Fixar suas alíquotas máximas e mínimas,

II – Excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior;

III – Regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Alíquotas abaixo do piso ferem a Constituição, que no art. 88 das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), proíbe a concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida. Mesmo que o estabelecimento prestador esteja efetivamente localizado no Município, este não pode praticar renúncia fiscal, tributando o estabelecimento a menor do que 2%, seja em termos de sua alíquota nominal, seja em termos de redução de sua base de cálculo, definida como o preço cheio dos serviços prestados.

A segunda situação, também muito freqüentemente encontrada, amparada em uma interpretação equivocada da lei, possibilita que empresas se constituam para todos os efeitos de direito nessas localidades que oferecem estes

paraísos fiscais, mantendo, contudo, nesses Municípios apenas uma sede de fachada, um endereço formal, ou até mesmo, em muitos casos, os chamados endereços virtuais, mas não possuindo no local qualquer estrutura para a configuração de um estabelecimento prestador de serviços.

Não se pode deixar de investigar, analisar e julgar as normas de direito tributário que dispõem sobre os limites do exercício da autonomia privada do contribuinte na busca da realização dos atos ou negócios jurídicos, que importem uma menor carga tributária, ainda que atingindo resultado econômico ou jurídico equivalente ao daqueles atos ou negócios jurídicos que estariam sujeitos a normas tributárias mais gravosas. Deve-se buscar uma fundamentação teórica que permita identificar, no plano da dogmática jurídica, o limite entre a licitude e a ilicitude da conduta do contribuinte, praticada com o objetivo de eliminar ou reduzir a carga tributária, tendo como parâmetro o ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo ilícita a conduta do contribuinte, tendente a evitar a ocorrência do fato jurídico tributário, ou obter a redução ou deferimento do tributo, mediante a adoção de práticas tais como a simulação, o dolo e a fraude fiscal, ou seja, os atos ou negócios defeituosos, normalmente com vício de nulidade e que podem constituir ilícitos civis ou penal-tributário, aplicando nesses casos a lei nº 8.137/1990 (lei que define os crimes contra a ordem tributária), dá-se o nome a essa prática de evasão tributária.

A primeira situação, de alíquota efetiva abaixo de 2%, é indubitavelmente ilegal, e surpreende que nenhuma providência tenha sido adotada pelas autoridades públicas. O fato é que dificuldades jurídicas têm sancionado o comportamento predatório de Municípios que praticam a Guerra Fiscal, em detrimento daqueles que respeitam a legislação em vigor.

Já na segunda situação, a indefinição interpretativa do que seja estabelecimento prestador de serviços explica o comportamento de empresas que verdadeiramente se deslocam para os Municípios de baixa tributação. Mas não deve haver a mesma tolerância com aqueles que fraudam a lei, e criam sedes de fachada para auferirem, em ambos os casos, alíquotas ilegalmente reduzidas.

O Município de São Paulo, fazendo uso de sua competência tributária e desferindo um duro golpe nos Municípios ofertantes dessas benesses ilegais publicou a Lei nº 14.042/05, que passou a exigir que prestadores de serviços que emitam notas fiscais autorizadas por outros Municípios que se cadastrem e comprovem que seu estabelecimento prestador situa-se efetivamente fora de São Paulo. Caso a comprovação não seja satisfatória (exige-se documentação, provas de gastos em telefonia e energia, contratação de mão-de-obra e fotos que demonstrem que a empresa funciona efetivamente no local), o tomador de serviços torna-se responsável pela retenção na fonte do ISS e por seu recolhimento aos cofres paulistanos. Com o argumento de que a autonomia dos Municípios limítrofes estava sendo invadida, houve uma demanda, que será vista em item apartado, ao Judiciário, contestando tal medida no Município de São Paulo.

As empresas que utilizam artifícios duvidosos para pagar menos impostos poderão ser cobradas novamente no Município onde supostamente estejam formalmente instaladas. Também os Municípios passarão a sofrer de grande insegurança quanto ao recolhimento do ISS, pois o método de aferição do local efetivo do estabelecimento é arbitrário, e poderá ser usado de tal forma a captar o máximo possível de ISS para o Município que faz a exigência de cadastramento. Sem dúvida, haverá retaliação por parte de outros Municípios, que passarão a fazer as mesmas exigências, acentuando ainda mais a Guerra Fiscal.

Segundo Ricardo Varsano, a Guerra Fiscal é uma situação de conflito na Federação em que o ente federado que ganha – quando, de fato, existe um ganho – impõe, em geral, uma perda a algum ou alguns dos demais, posto que ela raramente é um jogo de soma positiva¹²⁹.

¹²⁹ VARSANO, Ricardo. **A Guerra fiscal do ICMS: Quem Ganha e Quem Perde?** Texto apresentado no Seminário Internacional Políticas Fiscais Descentralizadas, Brasília, nov. 1996, p.2.

4.4. A Jurisprudência Administrativa sobre a Guerra Fiscal dos Municípios na Região Metropolitana de São Paulo

Visando pôr fim à chamada Guerra Fiscal entre os Municípios da Região Metropolitana de São Paulo, a administração paulistana resolveu enfrentar o problema e fez a investida jurídica necessária contra os Municípios que adaptaram suas leis tributárias apenas parcialmente às exigências da Constituição da República e da Lei Complementar nº 116/2003, “prorrogando” por mais alguns anos a tributação do ISS por alíquotas inferiores a 2%, ou – a exemplo do que fez o Município de Santana do Parnaíba – introduzindo percentuais redutores da base de cálculo do ISS, conforme se depreende da leitura do disposto no art. 14 da Lei nº 2.499, de 19 de dezembro de 2003, que institui o Código Tributário do Município e dá outras providências, *in verbis*¹³⁰:

Art. 14. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço, ao qual se aplica em cada caso, de acordo com a alíquota ou o respectivo valor anual constante da Lista de Serviços de que trata o art. 7º.

(...)

§ 4º. Na prestação dos serviços de que tratam os itens 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 11, 13, 15, 16, 35, 36, 72, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 89, 97, 102, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 116, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 179, 181, 184, 185 e 188, a base de cálculo do imposto será o correspondente a 37% (trinta e sete por cento) do valor bruto do faturamento.

Notadamente, percebe-se que, incidindo a alíquota de 2% (dois por cento) sobre a base de cálculo reduzida de 37% (trinta e sete por cento), o percentual real da alíquota de ISS praticada pelo Município de Santana do Parnaíba é de 0,74%, muito inferior ao mínimo proposto pelo art. 88 do ADCT.

O Município de Santana do Parnaíba foi mais longe na investida buscando atrair várias empresas para o seu território e conseqüentemente, em tese, aumentar sua receita tributária. Foi editada a Lei nº 2.598, de 16 de dezembro de 2004, que dispõe sobre o funcionamento e a atividade dos centros de negócio, dos escritórios virtuais e dos centros de apoios, *in verbis*¹³¹:

¹³⁰ Consulta ao site: <http://www.santanadeparnaiba.sp.gov.br> no dia 30/04/2007 às 16:40 horas

¹³¹ Consulta ao site: <http://www.santanadeparnaiba.sp.gov.br> no dia 30/04/2007 às 17:00 horas

Art. 1º. Fica autorizada a instalação e o funcionamento de Centro de Negócio, Escritórios Virtuais e Centros de Apoio no Município de Santana do Parnaíba.

Parágrafo único. Para a classificação em Centro de Negócio, Escritório Virtual ou Centros de Apoio serão observados os seguintes critérios e definições:

(...)

II. Escritório Virtual: estabelecimento que ofereça 2 (duas) salas executivas e 1 (uma) sala de reunião.

Quando se verifica que no referido Município, em apenas um único endereço, há a inscrição mobiliária de nada mais nada menos do que 736 empresas, constata-se claramente que há, nesta prática danosa a todos, a sonegação fiscal.

O Município de São Paulo efetuou Representações contra Santana do Parnaíba junto ao Tribunal de Contas do Estado, processo esse de número TC - 001.574/0536/04 (referente ao exame das contas do exercício de 2004).

São Paulo e Campina do Monte Alegre

O Município de São Paulo fez Representação contra o Município de Campina do Monte Alegre junto ao Tribunal de Contas do Estado – foi juntada ao TC-3033/026/05 (referente ao exame das contas do exercício de 2005).

O Município citado, com o objetivo de atrair empresas para o seu território, entrando de uma vez por todas na chamada “Guerra Fiscal”, cobrava o ISS à módica alíquota de 0,5% (meio ponto percentual) incidente sobre o faturamento das empresas prestadoras de serviço.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no processo de nº TC-002025/026/04 acolheu as manifestações convergentes dos órgãos técnicos do próprio Tribunal e votou pela emissão de parecer desfavorável às contas desse Município, referentes ao exercício de 2004, por diversos motivos, dentre eles o que se verifica na alínea b, item 1.2 do relatório, e do item 2.6 do voto do relator Cláudio Ferraz de Alvarenga, que subscrevem:

Relatório

1.2. O Relatório de auditoria “in loco” (fls.18/48) apontou as seguintes falhas:

(...)

b) Receitas (fls.20/22). Estipulação, pela legislação municipal, da alíquota do Imposto Sobre Serviços (ISS) em 0,5%, embora a Constituição Federal prescreva alíquota mínima de 2%.

Voto

2.6. Ademais, o Município fixou alíquotas do ISSQN inferior ao permitido pela Constituição, empregada como artifício destinado a desviar para si tributo que não lhe pertence, inserindo-se na predatória “Guerra Fiscal”.

São Paulo e Poá:

O Município de São Paulo fez Representação contra o Município de Poá junto ao Tribunal de Contas do Estado – foi juntada ao TC-4337/026/06 (referente ao exame das contas do exercício de 2005).

Os argumentos usados contra o Município de Poá eram os de que a Prefeitura informava, através de seu *site*, que O Imposto Sobre Serviços é cobrado à alíquota de 0,25% por meio da Lei nº 2.663/98, que asseguraria tal “benefício” até o ano de 2012, afirmando tratar-se de “direito adquirido” corroborado pela “Carta Magna do país”. O art. 1º, § 4º, da Lei municipal assim preceitua:

(Art. 1º). O art. 184 e parágrafos da Lei Municipal n.º 2.614, de 19 de novembro de 1.997, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 184. O Imposto Sobre Serviços tem como fato gerador a prestação, por empresa, conglomerado econômico ou profissional autônomo, de serviço constante da seguinte lista:

(...)

Parágrafo 4º. Fica assegurada às empresas enquadradas nos itens relacionadas na Tabela XVI com alíquota de 0,25%, já instaladas ou que vierem a se instalar no Município, a inalterabilidade de alíquota pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da publicação da Lei que vier a majorá-la.”

De plano, percebe-se que tal argumentação mostra-se, na verdade, desprovida de fundamento, uma vez que, sabidamente, não há direito adquirido a regime jurídico.

O que há, no caso em questão, é uma violação ao art. 88 do ADCT, haja vista que não é permitido aos Municípios cobrarem ISS por alíquotas mínimas inferiores a 2% (dois por cento) ou mesmo instituir qualquer forma de isenções, incentivos e benefícios fiscais que resultem, direta ou indiretamente, na redução de alíquota mínima acima mencionada.

O Município de São Paulo é o maior prejudicado com a intensificação da Guerra Fiscal causada em função do seu principal tributo, o ISS, Imposto Sobre Serviços. Desta forma, foi instituída a Lei Municipal nº 14.042 /05, que obriga as empresas com sede fora da capital, mas que prestam serviço em São Paulo, a se cadastrar na prefeitura paulistana. Caso contrário, a tomadora deverá fazer a retenção do imposto na fonte e recolhê-lo para São Paulo.

A justificativa para a citada lei reside no fato de que a Prefeitura de São Paulo pretendeu impedir que empresas que estão na capital, mas mantêm sede fictícia em outros Municípios onde a alíquota é menor, possam prestar serviços para empresas nela localizadas, mas efetuando em outro Município, com alíquota reduzida, o recolhimento do ISS. Torna-se evidente o objetivo da lei paulistana em evitar que empresas se estabeleçam de forma fictícia em outros Municípios com alíquotas do Imposto Sobre Serviços inferiores aos 5% (cinco por cento) cobrados na capital.

O Município de Poá, alegando que a lei paulistana violava o princípio tributário da territorialidade, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADIN nº 128.573-0/8-00, junto ao TJ-SP, que, por votação unânime, em 25 de abril de 2007, tomou posição favorável à Lei nº 14.042/05, como se vê no relatório do Desembargador Munhoz Soares, que segue juntado como Anexo 2 (fl.166). Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³², quanto à natureza da decisão de inconstitucionalidade, afirma que, para a doutrina clássica, que provém de Marshall, sendo nulo o ato inconstitucional, a decisão que tal reconhece é declaratória. Já para a doutrina Kelseniana, sendo anulável *ex tunc* o ato inconstitucional, a decisão

¹³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.39.

que tal reconhece o desconstitui, o desfaz. Tem caráter desconstitutivo, ou, como alguns preferem, constitutivo-negativo.

Para a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e para a doutrina clássica, o ato inconstitucional é nulo e de nenhum efeito. Em consequência, o reconhecimento da inconstitucionalidade deve operar retroativamente, *ex tunc*, devendo-se desfazer todos os efeitos já produzidos pelo ato inconstitucional desde o momento de sua edição. Porém, com a edição da Lei n.9.868/99, admite-se, em caráter excepcional, por razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social, sejam restringidos os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, ou fixado o momento em que esse reconhecimento passará ou passou a ter efeitos.

5. O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NA GUERRA FISCAL

Sumário: 5.1. O Controle de Constitucionalidade e a Presunção de Constitucionalidade das Leis. 5.2. Os Sistemas de Controle de Constitucionalidade no Brasil. 5.3. O Controle de Leis e Atos Normativos Municipais em face das Constituições Federal e Estadual. 5.3.1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como Controle Concentrado de Constitucionalidade de Leis Municipais. 5.3.2. A Abrangência do Termo Preceito Fundamental como Objeto de Tutela da Arguição de Descumprimento. 5.3.3. Aspectos Gerais para Admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

5.1. O Controle de Constitucionalidade e a Presunção de Constitucionalidade das Leis

A Constituição é tão importante para o equilíbrio jurídico-político de um Estado que deve ser vista como a mais valiosa fonte de validade e fundamento do sistema. Nela, todas as demais normas devem buscar seu fundamento de validade, devendo, então, ser sempre com ela compatível.

A idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos Direitos Fundamentais. A Constituição escrita, portanto, é o mais alto estatuto jurídico de determinada comunidade, caracterizando-se por ser a lei fundamental de uma sociedade. A isso corresponde o conceito de constituição legal, como resultado da elaboração de uma Carta escrita fundamental, colocada no ápice da pirâmide normativa e dotada de coercibilidade. É cediço que a existência da pirâmide normativa é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, uma vez que é nela, por ocupar o ápice desta pirâmide, que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo¹³³.

¹³³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

Para garantir e tornar eficaz o princípio da supremacia constitucional é fundamental que se tenha no ordenamento jurídico o controle de constitucionalidade, que torna possível a verificação da adequação de um ato jurídico em relação à Constituição e, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, envolve:

- a) requisitos formais subjetivos (órgão competente) – referem-se à fase introdutória do processo legislativo, em outras palavras, à questão de iniciativa. Qualquer espécie normativa editada em desrespeito ao processo legislativo, mais especificamente, inobservando àquele que detinha o poder de iniciativa legislativa para determinado assunto, apresentará flagrante vício de inconstitucionalidade;
- b) requisitos objetivos (forma, prazo e rito) – referem-se às duas outras fases do processo legislativo: constitutiva e complementar. Desta forma, toda e qualquer espécie normativa deverá se conformar nos termos de todo o trâmite constitucional previsto nos arts. 60 a 69 da Constituição Federal;
- c) requisitos substanciais (especialmente quanto ao respeito aos direitos e garantias consagrados na Constituição).¹³⁴

Por controle de constitucionalidade entende-se a verificação da adequação de qualquer ato jurídico comissivo ou (omissivo) à Constituição. Consiste, pois, o controle de constitucionalidade em verificar a conformidade ou a desconformidade, a adequação ou a inadequação do ato jurídico ou da omissão do poder público ante a Constituição, com o objetivo de, se desconforme ou inadequado, sanar-se o vício e fazer prevalecer a Norma Fundamental¹³⁵.

Podemos dizer que, quanto à natureza do órgão chamado a conhecer das questões de constitucionalidade, há três sistemas de controle: o político – realizado por órgãos de natureza estritamente política, tais como o próprio Poder Legislativo ou outro órgão especial; o jurisdicional – outorga ao Poder Judiciário a competência de declarar inconstitucional a lei ou atos do poder público incompatíveis com a Constituição; e por fim o misto – onde existem certas categorias de leis que ficam submetidas ao controle político e outras que se submetem ao controle jurisdicional. Exemplo do sistema misto é o que ocorre na

¹³⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.30.

¹³⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, **Conflito entre Poderes**, Revista dos Tribunais, 1994, p.192.

Suíça, conforme José Afonso da Silva, onde as leis federais ficam sob o controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional¹³⁶.

O controle jurisdicional de constitucionalidade, que no Brasil é essencialmente repressivo, combina a inspiração dos dois modelos, americano e austríaco; de um lado, o controle difuso, *in casu, a posteriori*, incidental ou por via de exceção, e o controle concentrado, conforme Anna Cândida da Cunha Ferraz¹³⁷

No nosso ordenamento jurídico constatamos a existência tanto do controle preventivo como do repressivo. O primeiro ocorre em uma fase anterior à publicação da lei, ou, em outros termos, antes mesmo da produção final do ato legislativo. Neste caso, ainda se encontra diante da formação do ato, do estudo e da discussão do projeto de lei, que consiste nas fases: introdução, exame do projeto nas comissões permanentes das casas legislativas, discussão, decisão e revisão. Nota-se que ocorre a aplicação deste controle quando o projeto de lei passa pelo crivo da Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, ou quando o próprio Presidente da República veta o projeto (art. 66, § 1º, CF). Portanto, percebe-se que o controle preventivo é exercido tanto pelo Poder Legislativo, através das Comissões Permanentes, quanto pelo Poder Executivo através do Presidente da República.

O controle preventivo apresenta-se em várias modalidades, conforme o critério adotado para examiná-lo. Assim, é possível distinguir o controle prévio externo e o interno; o controle preventivo político e o jurisdicional; o controle que incide diretamente durante o procedimento de formação dos atos ou comportamentos e o que incide após concluído tal procedimento, mas antes de o ato se aperfeiçoar e produzir os seus efeitos normais; o controle obrigatório e o facultativo e o controle prévio material ou formal; o controle total ou parcial; o puro ou o misto; o colegiado ou o singular¹³⁸

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros 1992. p.50.

¹³⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O Novo Modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Revista de Mestrado em Direito, Osasco, ano 1, n.1, 2001, p. 27.

¹³⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Notas Sobre o Controle Preventivo de Constitucionalidade**. Revista de informação legislativa. Brasília a.36 n.142 abr./jun. 1999, p. 279-296.

O segundo controle, o repressivo, tem aplicação quando o ato já está concluído, ou seja, após a publicação da lei. Também faz parte do controle repressivo o veto de competência do Congresso Nacional, no caso do art. 49, V, CF – quando os atos do Poder Executivo exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Quanto ao sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, nosso ordenamento jurídico combina, quanto ao critério de quem o exerce, dois modelos de controle: o difuso e o concentrado. O modelo difuso apresenta-se, ainda hoje, na Constituição em vigor, como controle de constitucionalidade concreto, subjetivo e incidental, desses qualificativos decorrendo a natureza das decisões proferidas: decisão válida *inter partes*, somente para o caso concreto, com efeitos, em regra, *ex tunc*, porquanto a decisão parte da constatação de que o ato inconstitucional é nulo e não pode produzir efeitos quaisquer¹³⁹.

Prossegue, de uma forma sempre muito didática, Anna Cândida¹⁴⁰:

[...] ante tais características, é certo que o modelo difuso de controle disponibiliza para qualquer pessoa, brasileiro ou não, a defesa de direitos próprios contra atos contrários à Lei Maior; por tal razão, é considerado instrumento adequado à defesa de direitos próprios da pessoa, em primeiro lugar, porque democrático, pois atende ao princípio da legitimação universal ou princípio básico de acesso à justiça por toda e qualquer pessoa titular de direitos; de outro lado, por constituir instrumento direto e eficaz, especialmente se acompanhado de liminar, colocado à disposição de toda e qualquer pessoa e por alcançar todo e qualquer ato eventualmente violador de direitos; por via desse tipo de controle forçoso é concluir que o acesso à justiça fica plenamente resguardado, pelo que o sistema é enaltecido como modelo democrático de controle.

Ressalta-se aqui que, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que inseriu dispositivo no texto da Lei Maior, mais precisamente o inciso LXXVIII, que estabelece: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, com vistas a garantir maior rapidez na tramitação dos processos, o caminho longo e demorado que outrora fazia parte do

¹³⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Anotações Sobre o Controle de Constitucionalidade no Brasil e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO – Centro Universitário FIEO. Ano 4, n. 4 (2001)-. Osasco: EDIFIEO, 2004. p. 21-45.

¹⁴⁰ *Ibid.*, mesma página.

sistema processual brasileiro tende a se tornar mais tênue, a depender, ainda é claro, de medidas, condições e providências que tornem o Poder Judiciário mais eficiente. Exemplo de providência acertadamente inserida pela citada Emenda Constitucional, especificamente no art. 103-A, é a inovação criada com a súmula vinculante. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, esta súmula é um enunciado que deve explicitar o entendimento (a jurisprudência) do Supremo Tribunal Federal sobre questão de matéria constitucional, definindo “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”, ou seja, a sua interpretação, nisto incluído o juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Tal enunciado somente poderá ser editado depois de reiteradas decisões sobre a questão¹⁴¹.

A finalidade da referida súmula é eliminar a multiplicação de demandas que, no controle difuso, são suscitadas por controvérsia acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada norma. Ela, evidentemente, força os tribunais e juízes a seguirem a linha fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o que evitará a interposição de recursos para este. Com esta medida, espera-se aliviar a carga que pesa sobre o referido Tribunal.

O segundo modelo, o concentrado, onde a análise da inconstitucionalidade da lei em tese só é deferida tribunal de cúpula do Poder Judiciário. Esse tipo de controle nasceu de inovação da Constituição austríaca e teve em Kelsen seu principal mentor. Traz, em sua essência, a idéia de que as idéias inconstitucionais permanecem no sistema jurídico até que sejam anuladas. Nesse caso, elas produzem todos os efeitos jurídicos até serem desconstituídas. Como regra desse sistema temos a anulabilidade com efeitos *ex nunc*.

Anna Cândida da Cunha Ferraz fala que o modelo concentrado de controle de constitucionalidade despontou, entre nós, a partir da Constituição de 1934, mas somente teve sua conformação normativa completa com a Emenda Constitucional n.16, de 1965, posta à Constituição brasileira de 1946. Ao longo de constituições sucessivas foi avultando, em extensão e aplicação, até culminar, na Constituição de 1988, com modulação, completa e ampliada, sob vários aspectos:

¹⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.46.

várias modalidades de instrumentos, objeto variado e amplo, efeitos ampliados das decisões, legitimação para a propositura ampliada, mas não universal (vez que restrita a determinados agentes), etc¹⁴².

5.2.Os Sistemas de Controle de Constitucionalidade no Brasil

O controle judicial de constitucionalidade das leis tem-se revelado uma das mais eminentes criações do Direito Constitucional e da Ciência Política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptações desse instituto aos mais diversos sistemas políticos. É interessante observar que o sistema de controle de constitucionalidade sofreu uma incrível expansão na ordem jurídica moderna.¹⁴³

Para que possamos ter uma visualização ampla da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, valemo-nos da lição de Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁴⁴, que distingue este processo em 6 fases, assim descritas:

1ª fase – Inexistência de um controle jurisdicional e adoção preferencial de aspectos do controle político;

2ª fase – Introdução do modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade, na modalidade do controle difuso, inspirado no modelo americano e sua convivência com aspectos do controle político de constitucionalidade;

3ª fase – Combinação embrionária do modelo difuso de controle jurisdicional, de matriz norte-americana, que continua predominante, com o modelo concentrado de controle, de influencia Kelseniana, e a convivência com aspectos do controle político reforçado;

4ª fase – Adoção efetiva de um sistema misto (modelos difuso, de matriz norte-americana e concentrado, de matriz austríaca), ainda com predominância do modelo difuso e a permanência de aspectos do controle político de constitucionalidade;

5ª fase – Reafirmação do sistema jurisdicional misto, porém com acentuada tendência para o predomínio do modelo concentrado e a

¹⁴² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Anotações Sobre o Controle de Constitucionalidade no Brasil e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO – Centro Universitário FIEO. Ano 4, n. 4 (2001)-. Osasco: EDIFIEO, 2004. p. 21-45.

¹⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2ª ed..Saraiva, São Paulo, 2005, p. 33.

¹⁴⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O Novo Modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Revista de Mestrado em Direito, Osasco, ano 1, n.1,2001, p. 13.

redução da aplicação do difuso, e adoção de um modelo político de controle de constitucionalidade reforçado;

6ª fase – Profunda modificação no controle de constitucionalidade no Brasil, com nítida prevalência do modelo jurisdicional de controle concentrado e significativo reducionismo do controle difuso, e manutenção do controle político de constitucionalidade.

A Constituição brasileira de 1824 não reconheceu ao Judiciário o poder de recusar aplicação aos atos do parlamento: consagrava, pois, o controle político. Tal fato ocorria porque nossa Constituição da época se espelhava no modelo constitucional francês, o qual, fruto da Revolução, não poderia permitir que um dos poderes interferisse sobre o outro. Ao Legislativo era reservada a função de guardião da Constituição.

Após a Proclamação da República, há um abandono do modelo que até então era seguido no Brasil. A influência passa a ser do regime norte-americano, que tem em Rui Barbosa um grande defensor. Já a partir da Constituição Provisória de 1890, em seu art. 58, § 1º, a e b, consolida-se o sistema jurisdicional de controle difuso, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas.¹⁴⁵

A Constituição de 1934, mantendo a regra do controle difuso, introduziu inovadoras e significativas mudanças no Direito Constitucional brasileiro. A primeira delas é a regra de que, somente por maioria absoluta do voto de seus membros, os Tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, a fim de evitar a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações do entendimento nos tribunais. A segunda atribui ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva. A última delas, e talvez a mais inovadora, introduziu naquele texto constitucional a ação direta de inconstitucionalidade interventiva. A Carta Magna de 1934, apesar do curto período de vigência, devido às várias transformações políticas daquele momento histórico,

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva, op.cit.,p. 36.

trouxo grande significado desse sistema de constitucionalidade, mediante ação direta, para o Direito brasileiro¹⁴⁶.

A Constituição de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difusô de controle (art.101, III,b e c), preservando-se, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art.96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.¹⁴⁷

A Constituição de 1946 acaba por restaurar a tradição do controle judicial no Direito Brasileiro e introduz, por meio da Emenda Constitucional nº16, de 6 de dezembro de 1965, uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de caráter genérico, que atribuía competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originalmente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal, apresentada pelo Procurador-Geral da República, e estatuiu que a lei poderia estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, em conflito com a Constituição Estadual.

O controle de constitucionalidade na Carta Magna de 1967/69 não foi contemplado com grandes inovações. A representação para fins de intervenção de competência do Procurador-Geral da República foi ampliada com o objetivo de assegurar não somente a observância dos princípios constitucionais sensíveis, mas, sobretudo, prover a execução de lei federal. Apesar de não incorporar a disposição da Emenda Constitucional nº 16/65, quanto à criação de processo de competência

¹⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e do controle de constitucionalidade da lei**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, ano 32, nº 126, abr.-jun., 1995, p. 87-102.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Op.cit., p.41.

originária dos Tribunais de Justiça dos Estados que confrontassem lei ou ato dos Municípios com a Constituição dos Estados, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção no Município.¹⁴⁸

A Constituição de 1988 estabeleceu, para o controle de constitucionalidade, a mesma lógica que tratou do modelo político: representação de interesses – para o âmbito jurídico, transferindo a ênfase do controle difuso, concentrado e ligado a um caso concreto com litigantes, para um controle abstrato, concentrado e exercido através de representação; quanto ao plano político, consagrando e garantindo o pluripartidarismo.

Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma que a Constituição de 1988 inaugura a 5ª fase na evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, implantando, na sua versão originária, complementada pela Emenda Constitucional n.3/93, um modelo bastante completo e complexo de controle de constitucionalidade para defesa do Texto Constitucional Federal¹⁴⁹.

A atual Constituição introduziu no tema mais duas novidades: previu a inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e ampliou a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art.103, incisos de I a IX). Desta forma, hoje, além do Procurador-Geral da República, dispõem de legitimidade ativa para estas ações de inconstitucionalidade o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Não avançaram, contudo, a ponto de permitir a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade, talvez por receio de sobrecarregar a Corte Constitucional¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Ibid., mesma página.

¹⁴⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O Novo Modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Revista de Mestrado em Direito, Osasco, ano 1, n.1, 2001, p. 28.

¹⁵⁰ Gilmar Ferreira Mendes em seu artigo **“Kelsen e o Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”**, propaga que “é de Kelsen a afirmação de que a garantia mais efetiva e radical para

Não deixa de ser aspecto relevante a tendência instrumentalizadora da atual Constituição, cuja realização veio atender aos clamores antigos de que não adianta ter os direitos e a proclamação solene se não há os meios para realizá-los.

A ampla legitimação permitida para o controle abstrato das normas trouxe conseqüências que afetam substancialmente o modelo de controle constitucional até então vigente no país. Por certo a CF/88 reduziu significativamente o controle de constitucionalidade incidente, ao ampliar o número de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade (art.103 da CF/88), permitindo que praticamente todas as controvérsias sejam submetidas, via controle abstrato de normas, ao Supremo Tribunal Federal. Antes de 1988, o controle concentrado “seria algo acidental e episódico dentro do sistema difuso”.¹⁵¹ Essa nova conformação do controle abstrato lhe confere ainda um outro significado – o de instrumento federativo -, posto que permite a aferição de constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de Governador de Estado e a aferição da constitucionalidade das leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República.

Ao lado deste controle abstrato, cuidou o constituinte de instituir um mecanismo que representasse garantia aos direitos subjetivos lesados em decorrência da omissão legislativa (art. 5º, LXXI). Ao mesmo tempo, instituiu o processo de controle abstrato da omissão normativa inconstitucional (art. 103, § 2º), ambos institutos ainda carentes de conformação definitiva.

A Emenda Constitucional nº 3/1993 introduziu no direito pátrio essa novidade, que é a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. A criação desse instituto se deve ao fato de que, às vezes, por longo tempo persistia a dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, não tendo havido o julgamento final de arguição de inconstitucionalidade da mesma perante os tribunais e juízos inferiores. Por conta desta inovação, o Supremo

o controle de constitucionalidade seria a *actio popularis*” (Revista de Informação Legislativa, ano 21, nº 121, jan.-mar./1994, 185-188, p.188)

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira, “Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei”. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, ano 32, nº126, abr.-jun./1995,p.87 a 102.

Tribunal Federal, que antes só podia ser acionado, por via direta, a manifestar-se sobre a inconstitucionalidade de uma lei, pode agora ser provocado para declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Hoje, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, têm legitimidade para propor a ação declaratória de constitucionalidade todos os que a possuem para mover a ação direta de inconstitucionalidade.

A mesma Emenda Constitucional nº 3/2003 também deu nova redação ao § 1º do art. 102 da CF/1998, que dispõe sobre a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho trata-se de uma ação por meio da qual a decisão sobre a inconstitucionalidade ou não de atos federais, estaduais e municipais, impugnados perante juizes e tribunais, pode ser avocada pelo Supremo Tribunal Federal. Quer dizer, será sustado o andamento da ação em que essa inconstitucionalidade está em discussão – e outras que tratem da mesma questão – , até que essa Corte decida a questão. E a orientação, pró ou contra a constitucionalidade, prevalecerá para todas as demandas que a envolverem. Ou seja, a decisão nessa arguição terá eficácia *erga omnes*, de modo que se imporá a todas as ações colhidas pela arguição, e efeito vinculante, ou seja, será obrigatória para o futuro para todos os órgãos judicantes e administrativos¹⁵².

5.3. O Controle de Leis e Atos Normativos Municipais em Face das Constituições Federal e Estadual

A norma inconstitucional, seja ato administrativo ou legislativo, é aquela que contraria normas ou princípios da Constituição. O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas estejam conforme os ditames e princípios constitucionais. Esta conformação atualmente não se satisfaz apenas com a atuação positiva, atingindo também a omissão do legislador ou administrador.

¹⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.41.

O que devemos sempre lembrar é que milita presunção de validade constitucional em favor das leis e atos normativos emanados pelo Poder Público, que, na prática, se viciado, só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional determinado na Constituição Federal. Essa presunção decorre do processo legislativo de onde emanou, mas nem sempre se confirma na prática, pois algumas normas são editadas e passam a ter aplicabilidade mesmo sofrendo do grave vício de serem inconstitucionais. Isso ocorre porque o controle de constitucionalidade não é perfeito.

Todas as normas que tenham sido editadas em desconformidade com as determinações constitucionais, sejam elas relativas à forma de sua criação – portanto, ao processo legislativo (quorum, iniciativa) -, ou ao seu conteúdo (incompatibilidade material), são inconstitucionais. Portanto, a inconstitucionalidade de lei ou ato pode decorrer de uma infração à regra que regula o processo legislativo, portanto de uma falha no processo de sua formação, ou porque o conteúdo da lei ou ato esteja materialmente em desacordo com a Constituição. É a natureza do vício que determina ser a inconstitucionalidade formal ou extrínseca, e/ou material ou intrínseca.

Para que uma norma tenha validade no sistema jurídico é preciso que ela respeite as disposições constitucionais daquele sistema, já que a Constituição é o elo, o fundamento e a base de validade de todo ele. Nesse sistema existe uma hierarquia entre as normas: as inferiores devem estar adequadas às superiores, pois destas últimas retiram seu fundamento de validade.

O que se pretende levantar aqui é a forma, o modo como se dá este controle direto de constitucionalidade de lei e atos normativos municipais, como adequar as normas municipais aos preceitos da nossa Constituição.

Não temos qualquer pretensão, evidentemente, de esgotar este assunto tão polêmico, que é o controle direto de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. Nossa intenção é jogar luzes neste tema, uma vez que não é dada aos Municípios a possibilidade de fazer uso deste importante instrumento jurídico em defesa dos interesses dos seus munícipes.

Embora exista um grande esforço para reduzir a Guerra Fiscal, o que se tem visto na prática é que vários Municípios de grande porte, principalmente as Capitais, têm convivido com a concorrência predatória de Municípios vizinhos, os quais buscam atrair empresas pelo atalho ilegal da renúncia fiscal, fixando alíquotas do ISS abaixo da alíquota mínima estabelecida na Constituição Federal.

Não resta dúvida de que a Emenda Constitucional nº 37/02 teve como principal objetivo combater a Guerra Fiscal entre os Municípios da Federação no que tange ao ISS. Este preceito decorre principalmente do disposto no inciso II do art. 3º abaixo transcrito, ao acrescer o art. 88 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

EC nº 37/02

Art. 3º. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 84, 85, 86,87 e 88:

Art. 88. Enquanto lei complementar não disciplinar o disposto nos incisos I e III do § 3º do art. 156 da Constituição Federal, o imposto a que se refere o inciso III do caput do mesmo artigo:

I – terá alíquota mínima de dois por cento, exceto para os serviços a que se referem os itens 32,33 e 34 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968;

II – não será objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima estabelecida no inciso I.

Destarte, diante da prática reiterada de Municípios, principalmente aqueles que são objeto do nosso estudo, localizados na Região Metropolitana de São Paulo, e que entraram na Guerra Fiscal, estabelecendo em suas legislações alíquotas do Imposto Sobre Serviços abaixo da alíquota mínima ou mesmo concedendo benefícios fiscais, resultando, com isso, uma alíquota abaixo do mínimo constitucional, resta caracterizada manifesta afronta ao espírito da EC nº 37/02 e aos princípios federativo e da igualdade, ao ensejar desigualdade tributária às empresas prestadoras de serviços e colocar em discussão a harmonia da Federação.

Duas questões distintas merecem ser discutidas: a primeira diz respeito ao controle de constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Estadual e a segunda e mais polêmica é o controle de constitucionalidade de lei

municipal em face da Constituição Federal. Com relação ao controle exercido em face da Constituição Estadual, podemos concluir que a autorização dada pelo constituinte originário aos Estados-membros para criarem um subsistema de controle de constitucionalidade dentro do sistema federal, objetivando a defesa das Constituições desses entes federados, implica um grande avanço dentro das inovações trazidas pela Constituição de 1988, pois, como os Estados que compõem a nossa Federação são entidades dotadas de autonomia constitucional e política e são regidos por Constituições próprias, certamente hão de dispor de mecanismos de proteção de suas respectivas Cartas Políticas, detentoras de supremacia ante as demais normas do ordenamento jurídico estadual.

Portanto, havendo qualquer conflito entre a Carta Política Estadual e a legislação infraconstitucional dela decorrente, há de ser solucionado, observando a mesma regra aplicável àquele verificado entre a Constituição Federal e as demais normas insculpidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Léo Ferreira Leony, a Constituição de 1988 consubstanciou a possibilidade de os Estados adotarem instrumentos próprios de aferição da legitimidade de normas locais em face da Constituição Estadual. E o fez ao estabelecer no art. 125, § 2º, que “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”. Estabeleceu, contudo, dois requisitos: que a lei argüida de incompatível contrarie dispositivo inserido nas Constituições dos Estados e que não seja deferida legitimação ativa para a propositura da ação apenas a um órgão¹⁵³.

Dessa forma, na medida em que tal possibilidade foi positivada no texto constitucional vigente, a criação de um controle jurisdicional voltado à defesa em abstrato do direito constitucional estadual objetivo deixou de ser uma hipótese polêmica. No processo de controle abstrato de normas no âmbito local, o parâmetro de aferição da legitimidade de leis e atos normativos estaduais e municipais é, exclusivamente, a Constituição do respectivo Estado-membro. O Supremo Tribunal

¹⁵³ LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Estadual: As Normas de Observância Obrigatória e a Defesa Abstrata da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Federal tem pacificado entendimento de que ao Tribunal de Justiça dos Estados compete processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, ainda que se trate de reprodução de preceito da Constituição Federal.

Questão polêmica e tortuosa enfrentamos na análise do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal que afronte a Constituição Federal. Trata-se de questão antiga, tendo merecido as atenções dos nossos constitucionalistas e do Supremo Tribunal Federal mesmo antes da vigência Constituição de 1988. Já naquela época, alguns Estados, diante do silêncio do constituinte originário, conferiram, por meio de suas Constituições, a seus Tribunais Estaduais, competência para exercerem a fiscalização concentrada das normas municipais que confrontassem com os ditames estabelecidos na Carta Magna. Os Estados entendiam que estavam autorizados a disciplinar a ação direta de inconstitucionalidade tanto perante a Constituição Estadual, quanto perante a Constituição Federal.

Corroborava com esta tese Ada Pellegrini Grinover ao afirmar que¹⁵⁴:

[...] a Constituição de 1967 previa a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual ou federal, em confronto com a Constituição Federal, não cuidando, contudo, da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato estadual perante a Constituição Estadual, nem a de lei ou ato municipal em face da Constituição Federal ou Estadual. Conseqüentemente, poderia o Estado de São Paulo, por meio de sua Constituição, prever, com maior amplitude, a ação direta, alargando seu campo de abrangência, contemplando o controle de constitucionalidade de lei municipal, por via de ação, com a legitimidade ativa do Procurador-Geral do Estado e a competência do Tribunal de Justiça. Grinover argumentava que essas normas constitucionais estaduais tinham caráter material, já que estabeleciam nova modalidade de controle de constitucionalidade por via de ação, e, também, processual, pois disciplinavam matéria relacionada à titularidade da ação e à competência do órgão jurisdicional. Sustentava que a edição de normas de direito material não é reservada à competência da União, tendo os Estados autonomia para editar suas próprias normas. Concluía, então, afirmando que aos Estados não era vedado dispor sobre a verificação de inconstitucionalidade, principalmente para preencher claros da Constituição Federal e em desdobramento aos princípios por esta fixados.

¹⁵⁴ GRINOVER, Alda Pellegrini. **O Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais. O Processo em sua Unidade.** Revista de Processo 90, ano 23, abr./jun., 1998, p.11-21.

Na mesma linha de raciocínio seguia José Afonso da Silva, que ao responder consulta formulada pela Procuradora-Geral do Estado de São Paulo, Dra. Anna Cândida da Cunha Ferraz, sobre a constitucionalidade dos dispositivos da Constituição Paulista, assim se manifestara¹⁵⁵:

[...] previa o controle de leis e atos municipais em face da Constituição Federal. Em seu parecer, José Afonso da Silva, primeiramente, relembrou o Princípio da Supremacia da Constituição, segundo o qual as normas inferiores somente valerão se forem compatíveis com a de grau superior, que é a Constituição. Daí resulta a necessidade de haver compatibilidade vertical das normas no ordenamento jurídico, de tal modo que as que não forem compatíveis com a norma superior estarão eivadas do vício da inconstitucionalidade e não poderão prevalecer. Resolve-se este conflito em favor da norma hierarquicamente superior. A Constituição há de aparelhar sistema próprio de defesa de sua supremacia contra as inconstitucionalidades, originando-se daí técnica especial que consiste no controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público, que, na generalidade dos países, se realiza por via jurisdicional, como no Brasil.

Feitas essas considerações, sustentou que a idéia de supremacia e defesa da Constituição podem ser transpostas para o plano dos Estados-membros. Nesta perspectiva, as Constituições Estaduais possuem supremacia dentro de seu território e, por conseqüência, as normas inferiores com ela incompatíveis são inconstitucionais. Para José Afonso da Silva era lícito aos Estados-membros instituir em suas constituições sistema próprio de defesa constitucional, vale aqui dizer, ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal.

Embora esta tese em defesa da autonomia dos Estados tenha sido defendida por grandes doutrinadores do direito brasileiro, não foi suficiente para convencer o Supremo Tribunal Federal, que, em sede de recurso extraordinário (RE 91.740-3 –RS), firmou entendimento de que, tendo a Constituição disciplinado de forma exaustiva o método concentrado, e por ter ele natureza excepcional, somente é admissível o controle de constitucionalidade *in abstracto* nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, não havendo que se falar, portanto, em omissão da Carta Magna que possa ser preenchida por norma

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Municipal. Ação Direta de Constitucionalidade de Leis Municipais, em Tese**, p.81.

supletiva da Constituição Estadual. Assim sendo, inexistia, para o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal¹⁵⁶.

O que nos parece indubitável é que este assunto não é novo, pois, conforme demonstrado, a polêmica em torno da possibilidade da declaração de inconstitucionalidade em tese de lei municipal em face da Constituição Federal já fora tratado sob a égide da Constituição anterior e é de se concluir que o constituinte de 1988 não desconhecia a controvérsia em torno da matéria. Então, conclui-se que, ao optar pelo silêncio constante na Constituição de 1967, deixou clara a sua vontade de só admitir, quando se cuidar de ilegitimidade de lei ou ato normativo municipal por contrariedade ao Texto Supremo, o controle por via de exceção, que é próprio da atividade jurisdicional, não comportando natureza política.

Como se sabe, o Poder Constituinte estadual decorre do Poder Constituinte originário, cuja obra é a Constituição Federal. Destacam-se as palavras de Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁵⁷:

[...] segundo a qual o Poder Constituinte Decorrente é a subordinação ao Poder Constituinte Originário e à sua obra, a Constituição Federal. Em regra, o caráter subordinado advém da própria Constituição Federal, na medida em que essa impõe limites ao seu exercício, limites de fundo, expressos e implícitos.

Assim sendo, não pode o constituinte estadual extrapolar os limites do que lhe foi delegado pelo constituinte originário. Assim, tem-se inferido que, diante do silêncio da Constituição Federal, o controle das leis e dos atos normativos municipais que contrariem a Lei Maior da Nação só pode dar-se de maneira difusa, pela via de exceção, jamais pela forma concentrada da ação direta.

Zeno Veloso assim assevera¹⁵⁸:

Podemos concluir, então, garantindo que não há no direito brasileiro a possibilidade de se questionar, em ação direta, a

¹⁵⁶ A ementa do acórdão no RE 91.740-RS (relator o Ministro Xavier de Albuquerque) é a seguinte: "Arguição de inconstitucionalidade, em tese, por contrariedade à Constituição Federal, de lei ou ato normativo municipal, mediante representação do Chefe do Ministério Público local ao Tribunal de Justiça do Estado. Sua inadmissibilidade. Recurso extraordinário conhecido, pela letra c, e parcialmente provido para julgar-se o recorrente carecedor da representação".

¹⁵⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Poder Constituinte do Estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.p.60.

¹⁵⁸ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belém: Cejup, 1999, p.387.

inconstitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Federal, perante o Supremo Tribunal Federal. Nem, muito menos, as Constituições Estaduais podem conferir aos Tribunais de Justiça competência para o julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade de leis municipais, em confronto com a Constituição Federal.

À evidência não encontramos lógica alguma em um sistema, dito federativo, que submete os desvios das leis e atos normativos federais e estaduais ao crivo direto do Supremo Tribunal Federal, através de representação do Procurador-Geral da República, e permite que os Municípios fiquem livres desta espécie de censura, razão pela qual muitos deles resolvam aderir à prática nefasta da Guerra Fiscal. Diante dessa constatação, o que nos cabe fazer? Há alguma saída para enfrentar este problema? Estas perguntas não podem e não devem ficar sem respostas.

5.3.1. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como Controle Concentrado de Constitucionalidade de Leis Municipais.

Conforme muito bem destacado por Alberto Macedo, na atualidade, os Municípios, são ejetores de um emaranhado de veículos introdutores de normas, gerando, potencialmente, novos direitos e obrigações para os seus administrados e para aqueles com que se relacionam; novas potencialidades conflituosas aparecem, abarrotando os Tribunais e contribuindo para a já conhecida ineficiência do Poder Judiciário¹⁵⁹.

Neste mister, segue o autor, já era hora de o Ordenamento conferir aos Municípios (e também àqueles que com eles potencialmente constituem relações jurídicas) instrumento processual que os possibilitasse pleitear decisões gerais, eficazes e imediatas, perante a mais alta Corte Judiciária do país.

O Controle Concentrado de Constitucionalidade no direito pátrio vigente se dá através de:

¹⁵⁹ MACEDO, Alberto. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Controle Concentrado de Constitucionalidade de Lei Municipal**. In: O Processo na Constituição. MARTINS, Ives Gandra da Silva e JOBIM, Eduardo (Org.). São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 301 a 319.

- a) ação direta de inconstitucionalidade por ação;
- b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
- c) ação declaratória de constitucionalidade;
- d) ação Interventiva;
- e) arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da C.F.

A Constituição Federal de 1988 criou no sistema de controle de constitucionalidade a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), uma inovação introduzida pelo legislador infraconstitucional, no art. 102, parágrafo único. Com o advento da Emenda Constitucional nº 03/93, ocorreu um acréscimo de parágrafos ao art. 102 da Constituição Federal, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental passou a ser tratada em seu art. 102, parágrafo 1º, da seguinte forma:

Art. 102, § 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

Em razão da expressão “na forma da lei”, o Supremo Tribunal Federal entendeu que esta norma constitucional era de eficácia limitada, dependente, portanto, de norma regulamentadora. Em 03 de dezembro de 1999 foi sancionada a Lei nº 9.882, que dispõe sobre o rito da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Desta forma, é importante frisar que a regulamentação do disposto no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, veio então complementar e aperfeiçoar a sistemática de controle concentrado de constitucionalidade.

Este novo instrumento jurídico tem como objetivo ampliar a fiscalização concentrada de constitucionalidade, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, evidenciando a posição desse Tribunal como guardião da Constituição, cabendo-lhe a responsabilidade pela preservação da ordem constitucional.

A Lei nº 9.882/99, que regulamentou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, veio, em boa hora, contribuir para a superação da lacuna, contemplando expressamente a possibilidade de controle de constitucionalidade do

direito municipal no âmbito desse processo especial, segundo Gilmar Ferreira Mendes¹⁶⁰.

Em decisão mais recente, do ano de 2006, o Ministro JOAQUIM BARBOSA, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 347/SP), em seu voto, declara que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental oferece alternativa de controle concentrado para a aferição de constitucionalidade das leis municipais.

No mesmo sentido, assevera André Ramos Tavares¹⁶¹:

[...] Se é verdade que os sistemas de controle de constitucionalidade não são sistemas completos, deixando sempre a dimensão dos atos estatais e a totalidade dos atos privados à margem de qualquer controle concentrado, também não é menos certo que a tendência é a de englobar a maioria das espécies de atos estatais dentro das formulas de controle, especialmente quando se averiguar a contradição com normas constitucionais essenciais. Daí a inserção de leis e atos normativos de índole municipal, controle que, no particular, acaba assumindo maior relevância ainda quando se lembra ser o controle da constitucionalidade também uma fórmula de preservação do federalismo. Se as leis federais e estaduais podem ser controladas do ponto de vista da violação do sistema federativo de partilha de competências, é inaceitável que as leis municipais estejam fora deste controle concentrado.

Devemos ressaltar que, com o advento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e sua posterior regulamentação através da Lei nº 9.882/99, os efeitos da decisão da questão judicial, sob a égide deste instrumento jurídico, operam-se com efeito vinculante, nos termos do art. 10º, § 3º, abaixo descrito:

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

[...]

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto**. In: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Editora: Atlas, 2001, p.142.

¹⁶¹ TAVARES, André Ramos. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Org.). **Arguição de Preceito Fundamental: análise à luz da lei n. 9.882/99**. São Paulo: Atlas, 2001, p.76.

Na visão de Anna Cândida da Cunha Ferraz, a consequência do efeito vinculante na ADPF, com relação ao modelo difuso de controle de constitucionalidade é evidente e radical. Na verdade, significa um golpe de morte neste modelo. Isto porquanto, de um lado, como já se viu, a Constituição brasileira é uma Constituição analítica, abrange praticamente todas as questões que regem a vida política, econômica e social do País; e de outro, em razão da amplitude de legitimados para propor os diferentes tipos de ação direta. Esses fatos abrem espaço para o uso cada vez mais crescente dos instrumentos de controle concentrado, mais céleres e que resolvem a questão constitucional com maior rapidez e definitivamente. Assim, praticamente tudo passa pelo crivo do controle concentrado de constitucionalidade¹⁶².

Como se nota, a regulamentação do disposto no art.102, § 1º, da Constituição Federal, corrobora com o aperfeiçoamento da sistemática de controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

5.3.2. A Abrangência do Termo “Preceito Fundamental” Como Objeto de Tutela da Arguição de Descumprimento.

O que se percebe é que nem a Constituição Federal, nem tampouco a lei cuidaram de precisar o sentido e o alcance do termo “preceito fundamental”. Da restrita concepção de preceito fundamental como regra ou princípio de maior hierarquia, à ampla equiparação de preceito fundamental a toda e qualquer norma constitucional ou decorrente da Constituição, é certo que não se pode precisar com segurança qual a extensão desse termo, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se manifestar, no processo de construção jurisprudencial, delineando a matéria.

Willis Santiago Guerra Filho sustenta a tese de que o preceito fundamental a que se referiu o constituinte não seria de se considerar, propriamente, no sentido usual, como referindo a norma jurídica, seja esta norma

¹⁶² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O Novo Modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Revista de Mestrado em Direito, Osasco, ano 1, n.1,2001, p. 41.

jurídica ou regra consagrada pela ordem jurídica objetiva. Prossegue ainda o autor dizendo que¹⁶³:

[...] preceito fundamental seria, tal como expresso na dicção normativa (2ª frase do § 1º, art. 102, CF), aquele decorrente da Constituição, dela derivado por um processo de intelecção, resultante em ato do Poder Público que se impugna por considerá-lo violador da ordem constitucional. É assim que, avançando uma hipótese bastante diversa daquelas até o momento aventadas, postulamos ser o preceito fundamental a interpretação que fazem representantes do Poder Público de um conjunto normativo, podendo ali ser incluídas regras, constitucionais ou não, e princípios, explícitos ou implícitos. Por outro lado, o preceito será tido como “fundamental” em razão do vínculo que se pode estabelecer entre ele e a “fórmula política” adotada na Constituição.

Anna Cândida da Cunha Ferraz ao tratar deste tema, de difícil compreensão, nos ensina¹⁶⁴:

[...] cumpre, antes de tudo, buscar o que, presumivelmente, a “vontade de constituição”, na linguagem de Hesse, pretendeu alcançar. Assim, “fundamental” há de ser entendido como a expressão normativa que tenha sede na Constituição, Lei Fundamental do País e que, só por isto, já goza de caráter de essencialidade.

(...) De outra sorte, o termo “preceito”, que não é propriamente termo técnico na linguagem jurídico-constitucional, deve ser entendido por sua generalidade, como qualquer “norma” da Constituição, compreendendo tanto princípios quanto regras decorrentes ou vertidas no texto da Lei Maior.

Conclui a eminente constitucionalista:

[...] visto deste modo, parece evidente *prima facie*, que o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, já no seu nascedouro pela formulação constitucional originária, abarca, inegavelmente, a finalidade de proteção de Direitos Fundamentais; aliás, este instrumento parece ter sido idealizado exatamente como modo de controle voltado para suprir qualquer lacuna existente no sistema de controle do país, de molde a torná-lo apto a proteger, em todas as suas faces, os direitos humanos, meta central das constituições modernas.

¹⁶³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Sobre a Natureza dos Preceitos Fundamentais Decorrentes de Ordem Constitucional e sua Tutela por meio da Arguição de seu Descumprimento**. In: Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil. Rio de Janeiro: Editora:Forense, 2003, p.260.

¹⁶⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais**. Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO –Centro Universitário FIEO, Ano 4, n.4 (2001)-. Osasco: EDIFIEO, 2004.p.38-39.

Apesar de conservar a fluidez própria dos conceitos indeterminados, e haja dificuldade em delimitar em abstrato o seu conteúdo, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais. Além dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, os preceitos fundamentais também englobam os fundamentos e objetivos fundamentais da República. Estão, também, agasalhados sob o manto dos “preceitos fundamentais” os princípios fundamentais (forma federativa do Estado, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, independência e harmonia entre os Poderes), os direitos e garantias individuais (art. 5º, da Constituição Federal), bem assim as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da Constituição Federal). E, por fim, os princípios constitucionais ditos sensíveis (art. 34, VII), que são aqueles que, por sua relevância, dão ensejo à intervenção federal.

O que se tem como certo e já está pacificado na doutrina é que a competência para a identificação dos preceitos fundamentais é do Supremo Tribunal Federal, guardião e intérprete da Constituição, cabendo-lhe identificá-los diante de cada caso levado ao seu conhecimento. No entendimento de André Ramos Tavares todos os preceitos fundamentais baseiam-se numa idéia central, encartada na Constituição Federal. Os preceitos fundamentais diferenciam-se dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude da imediatidade dos valores que se encampam e da relevância desses mesmos valores para o desenvolvimento ulterior de todo o Direito¹⁶⁵.

Por fim, pode-se afirmar que preceitos fundamentais da Constituição não seriam qualquer dispositivo constitucional, mas somente aqueles preceitos, regras ou princípios, explícitos ou implícitos, que caracterizam a essência de um conjunto normativo-constitucional.

¹⁶⁵ TAVARES, André Ramos. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto**. In: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Editora: Atlas, 2001, p.53.

5.3.3. Aspectos Gerais para Admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O conflito entre um preceito fundamental constitucional e um ato do Poder Público enseja a propositura da arguição. É o que estabelece o art. 1º da Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processamento e julgamento da ADPF, em seu art. 1º, da seguinte forma:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

O ato do Poder Público a que se refere o art. 1º da Lei nº 9.882/99 diz respeito à lei e aos atos, normativos ou não, de todas as esferas federativas. A única ressalva a ser feita é que os atos sejam estatais, ou seja, não estão aqui compreendidos os atos praticados por particulares. Desta forma, abre-se a possibilidade de questionamento de inconstitucionalidade até mesmo dos decretos regulamentares, que historicamente escapavam do controle concentrado pela via de ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade. Nesta linha, seguindo as afirmações de Clèmerson Merlin Clève¹⁶⁶:

[...] o regulamento pode ofender a Constituição não apenas na hipótese de edição normativa autônoma, mas também quando o exercente da atribuição regulamentar atue inobservando os princípios da reserva legal, da supremacia da lei e, mesmo, o da separação de poderes. É incompreensível que o maior grupo de normas existentes num Estado caracterizado como social e interventor fique a salvo do contraste vantajoso operado por via de fiscalização abstrata.

Um aspecto que merece ser discutido é quanto a outro requisito de admissibilidade, estatuído com o inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99, ao estabelecer que, além da lesão ou ameaça de lesão a preceito considerado fundamental, há a necessidade de existência de relevância quanto ao fundamento da controvérsia constitucional.

O que se percebe é que a Lei que regulamentou a ADPF, em parte devido à presença de muitos termos vagos no seu texto, criou uma espécie de “filtro” em relação às Arguições que serão efetivamente apreciadas pelo Supremo

¹⁶⁶ Clève, Clèmerson Merlin. **Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2000, p.212.

Tribunal Federal. Sem dúvida, o Pretório Excelso disporá de uma certa discricionariedade no juízo de admissibilidade, principalmente em relação ao critério de relevância do fundamento da controvérsia constitucional.

Com o advento da Lei 9.8882/99, segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, modifica-se também a função do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado. Até então, o STF, como cúpula do Poder Judiciário, decidia a questão da constitucionalidade das leis e atos jurídicos, essencialmente por critérios jurídicos, obrigado a fazer prevalecer o Texto Constitucional, sem ultrapassar sua função de poder constituído, ainda que não negasse sua posição de Poder Político. Com o advento deste dispositivo legal citado, abre-se espaço para o Supremo Tribunal Federal decidir uma questão de constitucionalidade por razões de ordem política, de conveniência política, colocando-se, mesmo, ao par do constituinte originário já que, ao decidir, poderá lhe emprestar vontade e determinação não expressas no texto constitucional ¹⁶⁷.

É certo e inquestionável que um dos pilares do Estado de Direito é a supremacia da Constituição. A Carta Magna é norma fundamental e, por isso, é que nela se busca fundamento de validade das normas existentes no ordenamento jurídico, posicionando-se no ponto mais alto da pirâmide de Kelsen. Logo, contrariar preceito constitucional é sempre relevante. Então, diante destes fatos, se contrariar preceito fundamental é relevante, contrariar preceito constitucional fundamental é tão ou mais relevante que contrariar preceito constitucional que não seja fundamental. Espera-se que o Supremo Tribunal Federal, fazendo uso de suas competências, confira à questão da relevância utilidade prática para a efetiva proteção dos preceitos fundamentais.

Outra questão que causa polemica na doutrina diz respeito ao caráter principal ou subsidiário da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. De acordo com o § 1º, do art. 4º, da Lei nº 9.882/99:

§ 1º Não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz para sanar a lesividade.

¹⁶⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **O Novo Modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Revista de Mestrado em Direito, Osasco, ano 1, n.1, 2001, p. 40.

À primeira vista, pode-se concluir que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental se aplicaria apenas a um campo residual, a uma situação especial ou excepcional, após terem sido esgotadas todas as vias normais de controle jurisdicional de constitucionalidade. De acordo com Luís Roberto Barroso¹⁶⁸:

[...] a primeira posição em relação a esse tema, desenvolvida em sede doutrinária, rejeita o caráter subsidiário ou residual que a lei pretendeu reservar a ADPF. O argumento central é o de que o art. 102, § 1º, da Constituição somente autorizou a lei a dar forma, ou seja, a disciplinar o processo da arguição, e não a restringir o seu conteúdo. Assim, não se deve interpretar a norma constitucional com subordinação à vontade do legislador. Nessa linha, sustenta-se a autonomia da ADPF em relação às ações objetivas e subjetivas existentes no sistema, sendo ela cabível sempre que se verificar violação de preceito constitucional de natureza fundamental por Ato do Poder Público (e, no caso incidental, estiverem presentes os demais requisitos). Mais que a admissão de eventual duplicidade ou pluralidade de vias, reivindica-se preferência para a arguição, quando cabível, com exclusão das demais ações.

De qualquer forma, em que pesem existirem outros meios, há que avaliar a eficácia dos mesmos. Em outras palavras, ainda que existentes, a arguição poderá ser conhecida, caso entenda o Guardião da Constituição que o outro meio existente não é suficientemente eficaz para impedir lesão ou ameaça de lesão ao preceito fundamental.

Nas palavras de André Ramos Tavares¹⁶⁹:

[...] verificar-se-á que a arguição é cabível sempre e, absolutamente sempre, que se observar a violação de preceito constitucional de natureza fundamental. (...) Não obstante admitir-se a possibilidade de que mais de uma ação preste-se ao mesmo objetivo, a verdade é que, com a introdução da arguição, para ela desviam-se todos os descumprimentos de preceitos fundamentais da Constituição. (...) As hipóteses de cabimento da arguição, no que se refere à exigência de violação da Carta Constitucional, não podem depender de lei. Já vem traçada pela própria Constituição.

Fica evidente, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode e não deve ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de arguição

¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.251.

¹⁶⁹ TAVARES, André Ramos. **Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei**, In Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99. André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001, p. 42.

de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. Não parece razoável que a Constituição tenha criado um instituto subsidiário ou de menor importância para uma missão tão relevante: a proteção aos Direitos Fundamentais.

Por fim, ao tratar dos aspectos gerais para admissibilidade da ADPF, lembramos que, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.882/99, são legitimados ativos para propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental os mesmos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sendo que estes estão previstos no art. 103 da Constituição Federal. Desta forma, podem propor a ADPF: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa das Assembleias Legislativas, os Governadores de Estado, o Governador do Distrito Federal, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidade de classe de âmbito nacional.

Muito embora a ADPF seja instrumento hábil para o controle de constitucionalidade de atos municipais, cumpre destacar que nem os Prefeitos e nem as mesas das Câmaras Municipais foram legitimados para a propositura desta ação. Neste caso, para tal demanda, o Partido Político ao qual pertença o Prefeito do Município prejudicado poderia encabeçar tal proposta.

Em decisão recente, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF nº 91/RO, proposta pelo Prefeito do Município de Ouro Preto do Oeste/RO, de relatoria do Ministro Celso de Mello, entendeu que o Prefeito daquela cidade não tinha legitimidade ativa *ad causam* e, conseqüentemente, não conheceu da ADPF e determinou o seu arquivamento.¹⁷⁰

¹⁶⁷ **ADPF nº 91/RO.** O Prefeito do Município de Ouro Preto do Oeste/RO ajuíza a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, objetivando a invalidação, por nulidade absoluta, da Lei Municipal nº 980, de 12 de dezembro de 2003 (fls. 02/11).

A ADPF, atualmente disponível após a regulamentação do art. 103 da Constituição de 1988, parece ser o instrumento mais contundente para coibir a atuação inconstitucional do Município que pratica alíquota inferior a 2% (dois por cento) ou que conceda benefício ou incentivo fiscal ou financeiro que favoreça contribuintes com uma carga tributária de ISS inferior aos 2% preceituados pelo art. 88, I e II, do ADCT da Constituição Federal.

Deve-se ressaltar, para fins de fundamentação da ADPF, que a norma contida no art. 88 do ADCT visa a evitar a Guerra Fiscal e a preservar o federalismo fiscal brasileiro. A Guerra Fiscal predatória entre os Municípios corrói a base econômica da tributação de serviços –ISS - e a própria arrecadação dos entes locais (capacidade e autonomia financeiras), pois movida por motivos políticos casuísticos. Desta forma, a norma violada (art. 88 do ADCT) é preceito fundamental, pois instrumentaliza, em sede constitucional, a cláusula pétrea da forma federativa de estado, insculpida no inciso I, do parágrafo 4º do art.60 da Constituição Federal.

Impõe-se examinar, no presente caso, questão preliminar pertinente à legitimidade ativa “ad causam” do autor, em face do que se contém no art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, que assim dispõe:

“Art. 2º - Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:
I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Vê-se, da referida norma legal, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser utilizada por aqueles cuja legitimação encontre suporte no rol taxativo inscrito no art. 103 da Constituição da República, que define os órgãos, pessoas e instituições investidos de qualidade para agir em sede de fiscalização normativa abstrata.

É por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, tendo em consideração o que prescreve o art. 2º, I, da Lei nº 9.882/99, não tem conhecido de argüições de descumprimento de preceito fundamental, quando ajuizadas, como sucede na espécie, por quem não dispõe de legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADPF 11/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – ADPF 19/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - ADPF 20/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - ADPF 23/RJ, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - ADPF 25/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE - ADPF 27/RJ, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - ADPF 28/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE - ADPF 29/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – ADPF 30/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - ADPF 31/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - ADPF 38/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES - ADPF 48/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO).

6. CONCLUSÃO

A origem dos Direitos Fundamentais precede à idéia de que estes direitos seriam derivados da constitucionalização. Observa-se, através da análise da evolução do pensamento humano, que os Direitos Fundamentais positivados atualmente nas Constituições são produtos de diversas transformações ocorridas no decorrer da História. Segundo Norberto Bobbio a afirmação positivada dos Direitos Fundamentais tem início ainda na Idade Média.

É com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, após a barbárie dos regimes totalitários derrotados em 1945, que se dá a mais importante fase dos Direitos Fundamentais, pois, além de sua universalidade, ela põe em movimento um processo em cujo final os direitos dos homens deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, mas efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tinha violado.

Entre nós, com o advento da Constituição Federal de 1988, que preconiza a existência de um Estado Democrático de Direito, no qual se prevêem a realização de direitos e garantias fundamentais, como, por exemplo, os direitos sociais à educação e à saúde, as políticas públicas, instrumentalizadas pelos serviços públicos, confundem-se com a própria idéia de Estado. Afinal, é da essência do modelo de Estado inscrito na Constituição Federal de 1988 a prestação de políticas públicas, no claro intuito de constituir uma sociedade livre e solidária, com vistas a reduzir as desigualdades sociais.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social incorporou à ordem jurídica uma série de direitos até então desconhecidos, que sofreram modificações em grau, intensidade e sentido. Este novo modelo de Estado, com nítido caráter prestacional e interventivo houve por concretizar uma série de políticas públicas, objetivando, destarte, a realização dos direitos sociais, atuando pró-sociedade, com o objetivo de diminuir as desigualdades e proporcionar um ambiente de justiça e solidariedade sociais.

O Estado, para cumprir as suas tarefas, tem de socorrer-se de recursos ou meios a exigir dos seus cidadãos, constituindo justamente os impostos esses meios ou instrumentos de realização das tarefas a ele pertinentes. Por isso a tributação não constitui, em si mesma, um objetivo do Estado, mas, sim, o meio que possibilita a este cumprir os seus objetivos (originários ou primários), atualmente consubstanciados em tarefas de Estado de Direito e tarefas de Estado Social, ou seja, em tarefas do Estado de Direito Social.

Para que o Estado possa, de fato, ser um garantidor do cumprimento e efetivação dos Direitos Fundamentais, através de políticas públicas, é preciso que disponha de recursos para realizar esta função. Nesta linha de raciocínio, um ponto que merece ser analisado diz respeito ao dever fundamental de pagar impostos como condição de possibilidade para o implemento ou efetivação de políticas públicas, decorrentes dos direitos elencados na Magna Carta de 1988.

Com a Constituição Federal de 1988, além do forte viés social adotado pelo constituinte originário, assistimos também ao ressurgimento do municipalismo. Nesse momento o Município passou a ser mais um elemento integrante da Federação brasileira, com autonomia assegurada constitucionalmente e diversas competências políticos-administrativas.

Não nos esqueçamos, todavia, de que, apesar do vasto campo de atuação aberto aos Municípios, sua atuação deve ser coordenada com a dos demais entes federativos. Neste sentido, é imposto aos Municípios atuar dentro dos limites fixados pela Constituição Federal e pela Constituição do seu respectivo Estado. É por essa razão que os Municípios também estão sujeitos aos procedimentos constitucionais criados para manutenção da unidade e harmonia do ordenamento jurídico, em especial ao controle de constitucionalidade.

Aos Municípios, guindados a entes federativos com o advento da Carta Política de 1988, foram atribuídas competências, ou seja, lhes foram atribuídos poderes. Mas para que estes entes possam fazer uso pleno de sua competência é imprescindível a existência de recursos financeiros suficientes. A Constituição Federal estabelece no seu art.156 os impostos de competência dos Municípios, que são: IPTU, ITBI-IV e o ISS-QN, além das transferências

intergovernamentais recebidas em razão do art. 158, que trata da repartição das receitas tributárias.

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS-QN), principal fonte de receita própria dos Municípios, passou a ser visto com maior atenção a partir da Lei Complementar nº 116, de 2003, que dentre outras medidas alargou a lista de serviços até então existente. Aliada a esta mudança legislativa e também ao crescimento do setor de serviços, alguns Municípios adotaram uma série de medidas visando incrementar a arrecadação tributária. O Município de São Paulo, por exemplo, credita parte do sucesso do incremento da arrecadação à adoção da nota fiscal eletrônica, em 2006 e à lei que obriga o cadastro de empresas que, embora sediadas em Municípios vizinhos, prestam serviços na capital paulista.

Porém, essa busca do aperfeiçoamento das técnicas de fiscalização e esforços visando a alteração da legislação tributária não é uma regra, ao contrário, constitui-se em uma exceção. Mais fácil a um imenso número de pequenos e médios Municípios é continuar fazendo o que sempre fizeram, viver sempre à espera dos repasses constitucionais, e, ao mesmo tempo, ao menos àqueles Municípios que se localizam próximos às capitais, tentar atrair para seus territórios empresas que aceitam participar desta prática nefasta a todos, que é a chamada Guerra Fiscal.

A Guerra Fiscal, portanto, nada mais é do que a generalização de uma competição entre entes da federação pela alocação de investimentos privados por meio da concessão de benefícios e renúncia fiscal, conflito este que se dá em decorrência de estratégias descentralizadas e não-cooperativas dos entes da Federação e pela ausência de coordenação e composição dos interesses por parte do governo central, principalmente em sistemas em que há forte descentralização fiscal, como é o caso do Brasil.

Este trabalho procurou focar os estudos nos 39 Municípios que compõem a Região Metropolitana de São Paulo. O que se vê, na prática, em relação à legislação tributária, é o desrespeito às normas constitucionais, uma vez que, apesar de a Emenda Constitucional nº 37, de 12 de junho de 2002,

acrescentar o art. 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que fixa alíquota mínima de 2% (dois por cento) para o ISS, enquanto Lei Complementar não regular o dispositivo, alguns Municípios continuam praticando alíquotas muito abaixo do mínimo permitido, assim como concedendo isenções, incentivos e benefícios fiscais, que acabam, direta ou indiretamente, reduzindo a alíquota mínima.

Para coibir esta prática de desrespeito às normas constitucionais existe o controle de constitucionalidade, entendido como a verificação da adequação de qualquer ato jurídico comissivo ou (omissivo) à Constituição. Este controle presta-se a verificar a conformidade ou a desconformidade, a adequação ou a inadequação do ato jurídico ou da omissão do Poder Público em face da Constituição, com o objetivo de, se desconforme ou inadequado, sanar-se o vício e fazer prevalecer a Norma Fundamental.

A Constituição de 1988 trouxe alterações significativas no sistema de controle de constitucionalidade do modelo então vigente, reduzindo o significado do controle de constitucionalidade difuso e dando maior ênfase ao controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que as questões constitucionais passam a ser discutidas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A norma municipal, no âmbito do controle concentrado, está sujeita ao controle de constitucionalidade por via de ação direta, nos Tribunais de Justiça estaduais, aferida em face da Constituição Estadual, conforme art. 125, § 2º, da Constituição Federal.

Se for argüida a inconstitucionalidade de norma municipal em face de dispositivo da Constituição Estadual, este controle será exercido pelo Tribunal de Justiça, mediante representação dos legitimados especificados na Constituição Estadual. Mas, se esta argüição se der em face de dispositivo constitucional estadual de reprodução obrigatória da Constituição Federal, entende o Supremo Tribunal Federal que desta decisão caberá recurso para a Corte Suprema.

O que fica evidente é que não cabe aos Tribunais de Justiça dos Estados apreciar a inconstitucionalidade de normas municipais em face da Constituição Federal, da mesma forma que ao Supremo Tribunal Federal não foi outorgada tal competência. Em suma, não existe no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade de norma municipal em face da Constituição Federal.

A Lei Federal nº 9.882/99 regulamentou o procedimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Essa medida, atualmente disponível na Constituição Federal, parece ser o instrumento mais contundente ao alcance dos Municípios para coibir a atuação inconstitucional de outros Municípios que praticam alíquota do ISS-QN, inferior a 2% (dois por cento), ou que concedam benefício ou incentivo fiscal ou financeiro, contrariando o disposto no art.88, I e II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABRÚCIO, Fernando Luiz. **A Reconstrução das Funções Governamentais no Federalismo Brasileiro**. In: HOFMEISTER, Wilhem; CARNEIRO, José Mario Brasiliense (org). *Federalismo na Alemanha e no Brasil: Fundação Konrad Adenauer. Série debates n.22, vol. I abr. /2001.*

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

AMARAL FILHO, Antonio Sampaio. **Regiões Metropolitanas**. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1998, vol.23.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BARBOSA, Rui. **Organização das Finanças Republicanas**. Discurso proferido na sessão de 16 de novembro de 1890 perante o Congresso Nacional. Pensamento e Ação de Rui Barbosa. Brasília: Senado Federal, Coleção Biblioteca Básica Brasileira, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª.Ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **A Federação e o Sistema Tributário**. São Paulo: RT, 1995.

BATISTA JR., Paulo Nogueira. **Fiscalização Tributária no Brasil: uma Perspectiva Macroeconômica**. São Paulo: IPEA – Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2001.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3.ed. São Paulo:Lejus, 2002,p.214

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOGO, Luciano Alaor. **Elisão Tributária: Licidade e Abuso do Direito**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Do país Constitucional ao País Neocolonial: A Derrubada da Constituição e a Recolonização Pelo Golpe de Estado Institucional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12.Ed.São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed.São Paulo:Malheiros, 1997, p.516-517.

BORGES, José Souto Maior. **Direitos Humanos e Tributação**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, n.40, set. /out.2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ª ed. Porto Alegre, 1992.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CHAGAS, Magno Guedes. **Federalismo no Brasil: O Poder Constituinte Decorrente Na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais. 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva,2001

CONTI, José Mauricio, org.; CAMARGO, Guilherme Bueno de. **Federalismo Fiscal**. Barueri, São Paulo: Manole, 2004.

CORRALO, Giovani da Silva. Município: **Autonomia na Federação Brasileira**. Curitiba: Juruá, 2006.

COSTA, Wilma Peres. **A Parte do Leão**. Revista de História da Biblioteca Nacional. Rio de Janeiro, ano 2, nº 23, ago.2007.

DELGADO, Luís. **A Sistemática Inicial do Direito Brasileiro**. Anuário de Mestrado em Direito (Coord. Prof. Dr. Lourival Vilanova). Recife: UFPE, nº 1, 1977.

DUCLOS, Pierre. **L' Evolution dès Rapports Politiques depuis 1750**. Paris, 1950.

D'AQUINO, Ivo. **O Município: Sua Conceituação Histórica e Jurídico-Constitucional**. Florianópolis: Imprensa Oficial do Estado de Santa Catarina, 1940.

FAVETTI, Rafael Thomaz. **Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha Ferraz. **Anotações Sobre o Controle de Constitucionalidade no Brasil e a Proteção Dos Direitos Fundamentais**. Revista Mestrado em Direito, Ano 4, n. 4. Osasco: EDIFIEO, 2004.

_____. **Notas Sobre o Controle Preventivo de Constitucionalidade**. Revista de Informação Legislativa a. 36 n.142. Brasília, 1999.

_____. **Poder constituinte do Estado-membro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____. **União, Estado e Município na Nova Constituição: Enfoque Jurídico-Formal**. In: A Nova Constituição Paulista, Perspectivas. FUNDAP, 1989.

_____. **O Município e os Direitos Fundamentais: Uma Análise das Competências Constitucionais no Município em Matéria de Direitos Fundamentais**. Revista Mestrado em Direito/UNIFIEO – Centro Universitário FIEO. Osasco: EDIFIEO, Ano 6, n. 2 , 2006.

_____. **10 Anos de Constituição. Uma Análise. XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____. **O Novo Modelo de Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Revista de Mestrado em Direito/UNIFIEO - Centro Universitário FIEO. Osasco, ano 1, n.1,2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira**. 3.ed. São Paulo:Saraiva, 1983.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A Evolução do Sistema Eleitoral Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Coleção biblioteca Básica Brasileira, 2001.

FERREIRA, Sérgio Guimarães. **Guerra Fiscal: Competição Tributária ou Corrida ao Fundo do Poço?**. Informe-se – Boletim da Secretaria de Assuntos Fiscais do BNDES, Rio de Janeiro, n.4, jan.2000.

FISCHER, Octavio Campos (org.). **Tributos e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.

FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. **Aspectos Processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FRONTINI, Paulo Salvador. **Memória Sobre a Recente História Política e Institucional do Brasil. Fatos Políticos e Documentos Jurídico-Institucionais**

de 1964 a 1988. **Uma Crônica Legislativa do Regime Militar.** In: Revista Mestrado em Direito/ UNIFIEO – Ano 6, n.2 (2006) -Osasco: EDIFIEO.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado.** 3.ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1953.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário.** São Paulo: Dialética, 2004.

GRINOVER, Alda Pellegrini. **O Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais. O processo em sua unidade.** Revista de Processo 90, ano 23, abr. /jun., 1998.

GUASQUE, Luiz Fabião. **O Controle de Inconstitucionalidade das Leis.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 4ª ed. São Paulo: RCS editora, 2005.

_____. **Sobre a Natureza dos Preceitos Fundamentais Decorrentes de Ordem Constitucional e sua Tutela por meio da Arguição de seu Descumprimento.** In: Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil. Rio de Janeiro: Editora: Forense, 2003.

GUTIERREZ, Miguel Delgado. **Repartição de Receitas Tributária: A Repartição das Fontes de Receita. Receitas Originárias e Derivadas. A Distribuição da Competência Tributária.** In: CONTI, José Mauricio (org). Federalismo Fiscal. Barueri, SP: Manole, 2004.

HAULY, Luiz Carlos. **Os impactos da Reforma Tributária no Estado de São Paulo.** Seminário ocorrido em 29 de maio de 2008, gráfica ALESP, p. 8.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Normas Centrais da Constituição Federal.** Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n.135, ano 34, jul. /set.1997.

_____. **A Autonomia do Estado-membro no Direito Constitucional Brasileiro.** Belo Horizonte: Estabelecimento Gráfico Santa Maria, 1964.

_____. **As Novas Tendências do Federalismo e seus Reflexos na Constituição Brasileira de 1988.** Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Disponível em: < <http://www.almg.gov.br/RevistaLegis/Revista25/raul25.pdf>>. Acesso em: 08 set.2007.

IVO, Gabriel. **Constituição Estadual: Competência para Elaboração da Constituição do Estado-membro.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito** [tradução de João Batista Machado]. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andréas Joachim. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de Constitucionalidade Estadual: As Normas de Observância Obrigatória e a Defesa Abstrata da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEWANDOWSSKI, Enrique Ricardo. **Pressupostos Materiais e Formais de Intervenção Federal no Brasil**. São Paulo. RT, 1994.

MACEDO, Alberto. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Controle Concentrado de Constitucionalidade de Lei Municipal**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito (org.). **Coisa Julgada Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária**. São Paulo: Dialética, 2006.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Interesse Público e Direitos do Contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Kelsen e o Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. *Revista de Informação Legislativa*, ano 21, nº 121, jan.-mar./1994.

_____. **Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei**. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, ano 32, nº 126, abr. -jun. /1995.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto**. In: *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Editora: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**. São Paulo: PMSP, 1948.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Doutrina e Prática do Imposto Sobre Serviços**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O Mito da Propriedade**. trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- NABAIS, Casalta Nabais. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos.**Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. **Por uma Liberdade com Responsabilidade - Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- PINTO FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional.** 2.ed. Recife:Companhia Editora de Pernambuco, 1970.
- POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998
- PRADO, Sérgio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo G. **A Guerra Fiscal no Brasil.** São Paulo: Fundap: Fapesp; Brasília: Ipea, 2000.
- PRADO, Sérgio; CAVALCANTI, Carlos Eduardo G. **Guerra Fiscal no Brasil: Três Estudos de Caso: Minas Gerais, Rio de Janeiro e Paraná.** São Paulo: FUNDAP, 1999.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **Do Princípio Federativo.** trad. Francisco Trindade. São Paulo: Nu-Sol-Imaginário, 2001.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário.** 10º volume. São Paulo: Dialética, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**Porto Alegre: Livraria. do Advogado, 2006.
- SARMENTO Daniel; GALDINO Flávio (orgs.) **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SCAFF, Fernando Facury (org.). **Constitucionalismo, Tributação e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- _____. MAUÈS, Antonio G. Moreira. **Justiça Constitucional e Tributação.** São Paulo: Dialética, 2005.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SIQUEIRA, Janilson Bezerra de. **Federalismo, Sistema Tributário e Guerra Fiscal no Brasil.** UFP. Direito, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto.** In: **Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99.** São Paulo: Editora: Atlas, 2001.

_____. **Argüição de Descumprimento de Preceito Constitucional Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei,** In **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99.** André Ramos Tavares e Walter Cláudius Rothenburg, organizadores. São Paulo: Atlas, 2001

TIPKE, Klaus. **Moral Tributária Del Estado Y De Los Contribuyentes.** Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2002.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **A Democracia Coroadada.** Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Fiscalidade dos Serviços Públicos no Estado da Sociedade de Risco.** In: Tôrres, Heleno Taveira (Coord). **Serviços públicos e direito tributário.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VARSAÑO, Ricardo. **A Guerra Fiscal do ICMS: Quem Ganha e Quem Perde.** Textos para discussão, Rio de Janeiro, IPEA, n.500, jul.1997.

_____. **A Guerra Fiscal do ICMS: Quem Ganha e Quem Perde.** Texto apresentado no Seminário Internacional Políticas Fiscais Descentralizadas, Brasília, nov. 1996.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.** Belém: Cejup, 1999.

VIANA FILHO, Luís. **A Vida de Rui Barbosa.** 8.ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro, J. Olympio: Brasília, INL, 1977.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006.

ANEXO 1

Trata-se de ação direta apresentada pelo Prefeito Municipal de Cotia, buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 14.042, de agosto de 2005, do Município de São Paulo, que introduziu modificações na Lei nº 13.071/2003, relativa ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 129.717-0/3, da Comarca de São Paulo, em que é requerente o PREFEITO DO MUNICÍPIO DE COTIA, sendo requerendos o PREFEITO e o PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Sessão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, rejeitar a matéria preliminar e julgar improcedente a ação.

A peça vestibular ataca principalmente o art. 2º da indigitada lei, na parte em que criou o cadastro dos prestadores de serviço. Segundo o autor, a Lei violaria o art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Negada a liminar pleiteada, foram prestadas informações pela Câmara Municipal, que alegou preliminar da inépcia da peça inicial, por falta interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, entende ser improcedente a alegação de inconstitucionalidade.

A Prefeitura de São Paulo suscitou preliminar de legitimidade de parte e defendeu a constitucionalidade do diploma atacado.

O Senhor Procurador Geral de Estado deixou de se manifestar sobre a questão, sustentando que se cuida de matéria de interesse exclusivamente local.

O douto Procurador-Geral de Justiça opinou pela rejeição da matéria preliminar, admissão da Fazenda Pública do Estado de São Paulo na condição de "*amicus curiae*", e, no mérito, pela improcedência da ação.

Pelo despacho de fls 204 a Prefeitura do Município de São Paulo, através da Fazenda Pública do Município de São Paulo foi admitida na condição de “*amicus curiae*”.

É o relatório:

A matéria preliminar e o mérito do pedido formulado pelo Prefeito de Cotia im procedem, como bem analisado no excelente parecer do Exmo Sr. Procurador Geral de Justiça, cujos fundamentos, que ficam integrando o presente, são os seguintes

“É certo que o requerente, apesar de pretender a inconstitucionalidade total da Lei nº 14.042/05, centraliza seus argumentos na alegada mácula apenas de parte do art. 2º (a criação do cadastro dos prestadores de serviço), sem expor a fundamentação para os demais artigos.

Mas é preciso analisar a petição inicial tal como formulada pelo interessado e, ainda que ausente motivação sobre outros temas ventilados na lei em exame é possível depreender a pretensão do requerente sem prejuízo ao andamento da demanda, em atenção até mesmo da importância do tema aqui tratado e ao entendimento consagrado de que, na ação direta de inconstitucionalidade, a causa de pedir é aberta, podendo o tribunal analisar e declarar a inconstitucionalidade de uma lei sob fundamento diverso daquele exposto na petição inicial.

Mas não é o caso de inconstitucionalidade.

Por outro turno, não vislumbro impossibilidade jurídica da demanda, ainda que o requerente tenha adotado como fundamento da sua pretensão o art. 144 da Constituição Paulista, já que a violação ou não da autonomia municipal, prevista em tal dispositivo, é matéria de mérito, exigindo a análise no momento apropriado.

Quanto à legitimidade do requerente, convém anotar que o requerente é alcaide de um dos Municípios da grande São Paulo e que integra a Região Metropolitana, sendo evidente que a legislação reclamada pode interferir na sua arrecadação. Daí a legitimidade e mais que isso, o interesse processual que lhe

assegura o direito de demandar, não me parecendo que está a defender interesses privados.

No mais, não me oponho ao pleito, com a admissão da Fazenda Pública na condição de “*amicus curiae*”.

No mérito o pedido é improcedente

A Lei nº 14.042/05 introduziu modificações na Lei nº 13.701/03, pretendendo o requerente atacar a integralidade do texto, ainda que enfatize apenas a necessidade do cadastro dos prestadores de serviço. Referida lei foi produzida dentro da esfera de competência do Município de São Paulo.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes afirma que a Constituição Federal prevê a chamada *competência suplementar* dos Municípios consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo. Interesse local (Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil Interpretada, São Paulo, Atlas, 2002, p.743).

Conforme foi proposto na Constituição Federal, o ISSQN –Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, é tributo pertencente aos Municípios. Assim dispõe o texto fundamental:

Art. 156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

III- serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155,II, definidos em lei complementar.

(...)

§ 3º - Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar:

I- fixar as suas alíquotas máximas e mínimas

II- excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior

III- regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Longe de esgotar o tema, coube ao legislador federal a competência para editar lei complementar e traçar as diretrizes gerais para a cobrança da exação. Alguns desses itens foram expressamente previstos na Constituição, conforme acima apontados.

Todavia, esse mecanismo jamais inibe os Municípios de legislar de modo suplementar e naquilo que constitui o interesse local (CF, art. 30, I e II). Para Roque Carrazza 'nenhuma entreduída pode esboçar-se no sentido de que assuntos de interesse local não significam assuntos de interesse privativo, mas assuntos de interesse simplesmente local. Os interesses dos Municípios são os que atendem, de modo imediato, às necessidades locais, ainda que com alguma repercussão sobre as necessidades gerais do Estado ou do País (Roque Antonio Carrazza, Curso de Direito Constitucional Tributário, São Paulo, Malheiros, 2000, p.128-129).

Para o referido autor, a lei complementar a que alude o art. 156, III, *in fine*, da C.F. só pode dispor sobre conflitos de competência entre o ISS e outros tributos federais, estaduais, municipais e distritais e regular as limitações constitucionais ao exercício da competência para, por via de imposto, tributar as prestações de serviços de qualquer natureza. Sua atuação deve concentrar-se exclusivamente naquela região fugidia que se situa entre os serviços tributáveis pelo Município e outros fatos tributáveis pelas demais pessoas políticas (Roque Antonio Carrazza, Curso de Direito Constitucional Tributário, ob cit. p.652).

Está evidente que o Prefeito de Cotia, aqui requerente, volta-se contra aqueles dispositivos da Lei 14.042/05 no intuito de assegurar suas receitas tributárias, especialmente a que se constitui pela fonte do Imposto sobre Serviços (e não, repita-se, propriamente para defender interesses privados).

Embora tente fundamentar sua pretensão em suposta violação das regras previstas pelo art. 144 da Carta Paulista, não há ofensa à autonomia daquele Município. Simplesmente, o Município de São Paulo criou mecanismos mais rigorosos para evitar a evasão fiscal, que como sabemos se constitui num dos mais graves problemas dos entes políticos da federação. Aliás, foram muitas as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal

Federal por estados que se sentiram prejudicados pelas legislações tributárias de outros, o que ficou conhecido por 'Guerra Fiscal' (Cf Adin 1.179-1, Rel. Min. Carlos Velloso; Adin 2.349-6, Rel. Min. Ilmar Galvão). Ademais, convém frisar que os art.s 1º e 2º da legislação em exame estão em sintonia com dispositivos da Lei Complementar Federal nº 116/03 (A LC 116/03 'Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências').

Com efeito, prevêm os art.s 5º e 6º dessa espécie normativa.

Art. 5º - Contribuinte é o prestador de serviço

Art. 6º - Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§ 1º- Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acessórios legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

§ 2º - Sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, são responsáveis:

I – o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

II – a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa.

Se o responsável pelo crédito tributário é o prestador de serviço, aliás, como previu o art. 5º da Lei nº 13.701/03 do Município de São Paulo, não se entende porque seria inconstitucional o art. 1º da Lei paulistana, com a observação de que os mesmos respondem supletivamente pelo pagamento do tributo e demais consectários legais em relação aos tomadores do serviço.

Ademais, o art. 1º da espécie normativa em exame não permite confronto direto com a Constituição Estadual, uma vez que para o deslinde da sua conformidade constitucional é necessário cotejá-lo com a Lei Complementar nº 116/03, o que atenta contra o art. 125, § 2º, da Constituição da República. O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao dispositivo seguinte.

Talvez, o que tenha causado maior repulsa ao requerente foi o conteúdo do art. 2º da legislação em exame, ao exigir que o prestador de serviço nas atividades relacionadas, que emitir nota fiscal de outro Município está obrigado a cadastrar-se na Secretaria Municipal de Finanças.

Todavia, a exigência não impede a aplicação da regra prevista pelo art. 3º da Lei nº 13.701/03 de São Paulo, uma vez que foi ali previsto como realizado o serviço no local do estabelecimento prestador, ou na sua falta, no local do domicílio do prestador. Idêntica regra foi prevista pelo art. 3º, da legislação federal:

Lei Complementar 116/03:

Art. 3º - O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local.

Exceto em caso de fraude, o tributo será devido no local do estabelecimento prestador ou, se o caso, no local do seu domicílio, como dispõe a lei. Mas, se a instalação da empresa em outro Município apenas se prestou para escapar das alíquotas do lugar onde habitualmente o serviço é prestado, a regra do art. 2º, aqui impugnada, a isso coíbe.

Aliás, mais uma vez, valendo-se do que contém a lei federal, Lei Complementar nº 116/03, o seu art. 4º dispõe:

Art. 4 – Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, a que se configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Ou seja, se o prestador de serviço estabelecer-se em determinado Município em razão da menor alíquota, sem que lá seja prestada qualquer atividade, porque habitualmente os serviços são realizados nos limites da cidade que sofre a evasão fiscal, o caso é de aplicar-se a legislação do ente que for vítima da fraude (A esse respeito, porém, Roque Antonio Carrazza afirma ‘ Nem mesmo

a lei complementar nacional pode alterar a seguinte diretriz da Lei das Leis ' o ISS é sempre devido no Município onde o serviço for efetivamente prestado, ainda que seu prestador esteja domiciliado ou sediado em outro Município' – In. Ob. Cit. p. 655).

Os demais dispositivos constantes dos arts 3º e 4º não padecem de qualquer inconstitucionalidade, pois são frutos da competência municipal. A cobrança da dívida e a remissão tributária nada mais representam do que o exercício de medidas fiscais ordinárias.

Face aos argumentos acima expendidos, concluo. A) os art.s 1º e 2º da Lei 14.042/05 não permitem confronto direto com a Constituição Estadual, pois a matéria neles contida foi regulada e está autorizada pela Lei Complementar Federal nº 116/03, b) o Município de São Paulo pode legislar de forma suplementar em relação à competência da União e dos Estados, bem como no que diz respeito ao seu interesse local, c) os art.s 3º e 4º não são inconstitucionais, pois representam o exercício constitucional da competência tributária do Município.

Nestes termos, opino pela improcedência do pedido

Pelo exposto, julgam improcedente a ação.

ANEXO 2

O Município de Poá, alegando que a lei paulistana violava o princípio tributário da territorialidade, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADIN Nº 128.573-0/8-00, junto ao TJ-SP, que por votação unânime, em 25 de abril de 2007, tomou posição favorável à Lei 14.042/05.

“PRELIMINARES – Legitimidade *ad causam* do Município-reqte – Município (Poá), integrante da Grande São Paulo – Possibilidade de interferência, em suas receitas, em razão da lei acoimada de inconstitucionalidade, atingir sua arrecadação – Disposições contábeis, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Municipalidade autora eventualmente atingidas – Interesse processual presente – Cogitação – Rejeição.

CARÊNCIA – Presença de adequação da pretensão – Natureza jurídico-processual da ADIN, cujo pórtico se alarga sob muitos aspectos, todos abrangentes do pedido – Miscigenação ao mérito propriamente dito, em ordem à autonomia municipal – Rejeição.

ADIN – Inconstitucionalidade alegada pelo Prefeito do Município de Poá, quanto aos arts. 1º, 2º, 3º, 4º, da Lei nº 14.042, de 30/8/05, do Município de São Paulo, que introduziu modificações na Lei nº 13.071, de 24/12/03, quanto ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) – Inadmissibilidade – Competência suplementar conferida ao Município de São Paulo para regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais – Prova de que as matérias contidas nos arts. 1º e 2º da invocada lei, foram autorizados pela Lei Complementar Federal nº 116/03 e, ainda, que os arts. 3º e 4º não padecem de nenhuma inconstitucionalidade, à conta de que representam o mero exercício da competência tributária do Município – Ação julgada improcedente.

É o relatório.

III. A legitimidade *ad causam* do Prefeito-reqte está presente, pois o Município que representa, integra a região da Grande São Paulo, subsistindo a evidência de que a Lei acoimada de inconstitucionalidade poderá interferir em suas receitas, atingindo a arrecadação municipal sob sua responsabilidade. Daí sua legitimidade e respectivo interesse processual em ter apresentado esta postulação pública, acompanhado do seu assistente SEPROSP.

Admitindo o Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática do Estado de São Paulo (SEPROSP), como assistente do Município reqte, examina-se, inicialmente, a arguição preliminar e o mérito formulados na inicial, abrangendo a Lei 14.042/05 e conseqüente regulamentação pelo Decreto 46.598/05 (arts. 1º ao 4º), em que, após demonstrada sua legitimidade *ad causam*, assinalou que o diploma legal em foco emanado pela da Municipalidade Paulistana, inseriria no sistema legal uma legislação extrapolante dos seus limites territoriais, como tais regulamentados pela Carta Magna (art.30), chegando até à criação de cadastro próprio dos prestadores de serviços, além de co-respectiva fiscalização, em ordem às disposições contábeis, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do autor, violando a Carta Bandeirante (art. 144 3 150).

IV. Malgrado os termos da Constituição Paulista (art.144), todo o teor dispositivo da pretensão ajuizada, buscando a declaração de inconstitucionalidade da legislação em apreço (nº 14.042/05), desde logo, se conclui ser possível depreender dela que o fato inescusável de que o pórtico da ADIN é, sob todos os aspectos, aberto, analisando-se, desde logo, a integralidade do pedido, abrangendo matéria de mérito, pois a espécie cuida de autonomia municipal.

Suplantada a preliminar, analisa-se o mérito, em que a Lei 14.042/05, transcrita na inicial, introduz modificações em outra lei (nº 13.701/03), resultando atingido, em plenitude, a integridade do seu texto, ainda que abranja até o cadastro dos prestadores de serviços.

V. Inicialmente cumpre registrar que a Carta Magna (art.156,III,§3º,I,II e III) dispõe sobre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN,

conferindo aos Municípios o direito de legislar, de forma suplementar e de interesse local (CF, art.30,I e II).

Tal direito, assim nominado como de competência suplementar do Município, disposto constitucionalmente, é, no dizer de ALEXANDRE DE MORAES, "... consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local" (in " Constituição do Brasil Interpretada e Legisl. Const.", 5ª ed. Atlas, 2005, item 30.2, p. 765).

VI. A corroborar tal intelecção, impõe-se transcrever a lição citada pelo douto *parquet*: "a lei complementar a que alude o art. 156, III, *in fine*, da CF só pode dispor sobre conflitos de competência entre o ISS e outros tributos federais, estaduais, municipais e distritais e regular as limitações constitucionais ao exercício da competência para, por via de imposto, tributar as prestações de serviços de qualquer natureza. Sua atuação deve concentrar-se exclusivamente naquela região fugidia que se situa entre os serviços tributáveis pelo Município e outros fatos tributáveis pelas demais pessoas políticas" (Roque Antonio Carrazza, Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros, 2000 p.652) (f.292 – item 21). Logo, resta indubitosa a competência do Município de São Paulo em legislar sobre o questionado tributo.

Outro aspecto a ser ressaltado, é o verdadeiro intuito do *petitum* que, apesar de reclamar sobre sua inconstitucionalidade da Lei nº 14.042/05, visa, tão somente, assegurar suas receitas que, *in casu*, a fonte é o ISSQN.

VII. A propósito, consignou a douda Procuradoria Geral de Justiça que "Embora tente fundamentar sua pretensão em suposta violação das regras previstas pelos arts. 144 e 150, da CE, na verdade nenhum controle externo foi criado pela legislação impugnada. Simplesmente, o Município de São Paulo criou mecanismos mais rigorosos para evitar a evasão fiscal, que como sabemos se constitui num dos mais graves problemas dos entes políticos da federação. Aliás,

foram muitas as ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal por Estados que se sentiram prejudicados pelas legislações tributárias de outros, o que ficou conhecido por ' Guerra Fiscal' (Cf. Adin 1.179-1, Rel. Min. Carlos Velloso; Adin 2.349-6, Rel. Min. Ilmar Galvão). Também não vislumbro qualquer desobediência ao art. 144, da Carta Bandeirante. Os arts. 1º e 2º da legislação em exame estão em sintonia com dispositivos da Lei Complementar Federal nº 116/03. (A LC 116/03 ' Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências')" (fls.292/293 – item 23) (gn).

O V. parecer ministerial acrescentou, ainda, que, "Se o responsável pelo crédito tributário é o prestador de serviço, aliás, como previu o art. 5º, da Lei 13.701/03, do Município de São Paulo, não se entende porque seria inconstitucional o art. 1º da Lei 14.042/05. Essa regra acabou sendo mantida pela nova legislação paulistana, com a observação de que os mesmos respondem supletivamente pelo pagamento do tributo e demais consectários legais em relação aos tomadores do serviço. Ademais, o art. 1º da espécie normativa em exame não permite confronto direto com a Constituição Estadual, uma vez que para o deslinde da sua conformidade constitucional é necessário cotejá-lo com a Lei Complementar 116/03, o que atenta contra o art. 125, § 2º, da Constituição da República. O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao dispositivo seguinte. Talvez, o que tenha causado maior repulsa ao requerente foi o conteúdo do art. 2º da legislação em exame, ao exigir que o prestador de serviço nas atividades relacionadas, que emitir nota fiscal de outro Município, está obrigado a cadastrar-se na Secretaria Municipal de Finanças. Todavia, a exigência não impede a aplicação da regra prevista pelo art. 3º, da Lei 13.701/03, de São Paulo, uma vez que ali foi previsto como realizado o serviço no local do estabelecimento prestador, ou, na sua falta, no local do domicílio do prestador. Idêntica regra foi prevista pelo art. 3º, da legislação federal" (fls.294/295 – itens 25/28).

VIII. Assim, conclui-se que as matérias tratadas nos arts. 1º e 2º da lei acoimada de inconstitucional (14.042/05), estão autorizadas pela Lei Complementar Federal nº 116/03; logo, eles não padecem de nenhum vício insanável e, ainda, de que os arts. 3º e 4º, da citada norma, sequer merecem maiores comentários; aliás,

não se compreende o motivo por que foram incluídos na inicial (f.02) à conta de que os teores neles contidos são da competência municipal, portanto, integrados à lei acoimada de *inconstitucionalidade* pela Municipalidade-reqte.

Infere-se, por fim, como supra aludido (item VI – *in fine*), que o Município de São Paulo pode legislar de forma suplementar, *principaliter*, quanto ao interesse local e, na espécie, ele apenas criou mecanismos mais rigorosos para evitar a *evasão fiscal* que, em realidade, se constitui, no momento, num dos mais graves problemas dos entes políticos da federação, não se limitando aos territórios inter-municipais, como também inter-estaduais.

IX. Destarte, integrado a este o V. parecer do parquet (fs. 283/297), por sua justeza e adequação à espécie, julga-se improcedente a presente ação direta, declarada a constitucionalidade dos arts. 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei nº 14.042, de 30/08/05, do Município de São Paulo, procedendo-se, *oportuno tempore*, as comunicações que a praxe regimental desta E. Corte recomenda.”

ANEXO 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



Anexo 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



Anexo 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



Anexo 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



Anexo 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



ANEXO 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.





Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.

ANEXO 3

ANEXO 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



ANEXO 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



ANEXO 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



ANEXO 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



ANEXO 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



ANEXO 3

Imóveis localizados nos Municípios circunvizinhos à Cidade de São Paulo, nos quais as empresas prestadoras de serviços alegavam possuir sede ou estabelecimento.



ANEXO 4

PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 233/08

Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências.

Art. 1º A Constituição passa a vigorar com os seguintes artigos alterados e acrescidos:

“Art.34.”

V -

c) reter parcela do produto da arrecadação do imposto previsto no art. 155-A, devida a outra unidade da Federação;

.....” (NR)

“Art.36.”

V - no caso do art. 34, V, “c”, de solicitação do Poder Executivo de qualquer Estado ou do Distrito Federal.

.....” (NR)

“Art.61.”

§ 3º A iniciativa da lei complementar de que trata o art. 155-A cabe exclusivamente:

I - a um terço dos membros do Senado Federal, desde que haja representantes de todas as Regiões do país;

II - a um terço dos Governadores de Estado e Distrito Federal ou das Assembléias Legislativas, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, desde que estejam representadas, em ambos os casos, todas as Regiões do País;

III - ao Presidente da República.” (NR)

“Art.62.”

§ 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, VIII, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada.

.....” (NR)

“Art.105.”

III.....”

d) contrariar a lei complementar ou a regulamentação relativas ao imposto a que se refere o art. 155-A, negar-lhes vigência ou lhes der interpretação divergente da que lhes tenha atribuído outro tribunal.

.....” (NR)

“Art.114.”

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I e II, e seus

acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

.....” (NR)

“Art.146.

III.....

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso dos impostos previstos nos arts. 153, IV e VIII, 155-A, 156, III, e das contribuições previstas no art. 195, I;

.....” (NR)

“Art.150.....

§ 1º A vedação do inciso III, “b”, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV, V e VIII; e 154 II; e a vedação do inciso III, “c”, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.

.....

§ 6º 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, ressalvado o disposto no art. 155-A, § 4o, I.

.....” (NR)

“Art.151.

Parágrafo único. A vedação do inciso III não se aplica aos tratados internacionais aprovados na forma do art. 49, I.” (NR)

“Art.153.

VIII - operações com bens e prestações de serviços, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior.....

§2º

III - poderá ter adicionais de alíquota por setor de atividade econômica.

.....

§ 6º O imposto previsto no inciso VIII:

I - será não-cumulativo, nos termos da lei;

II - relativamente a operações e prestações sujeitas a alíquota zero, isenção, não-incidência e imunidade, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, salvo determinação em contrário na lei;

III - incidirá nas importações, a qualquer título;

IV - não incidirá nas exportações, garantida a manutenção e o aproveitamento do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

V - integrará sua própria base de cálculo.

§ 7º Relativamente ao imposto previsto no inciso VIII, considera-se prestação de serviço toda e qualquer operação que não constitua circulação ou transmissão de bens." (NR)

Seção IV-A

DO IMPOSTO DE COMPETÊNCIA CONJUNTA DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

Art. 155-A. Compete conjuntamente aos Estados e ao Distrito Federal, mediante instituição por lei complementar, o imposto sobre operações relativas à 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.

§ 1º O imposto previsto neste artigo:

I - será não-cumulativo, nos termos da lei complementar;

II - relativamente a operações e prestações sujeitas a alíquota zero, isenção, não-incidência e imunidade, não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes, salvo determinação em contrário na lei complementar;

III - incidirá também sobre:

a) as importações de bem, mercadoria ou serviço, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a finalidade, cabendo o imposto ao Estado de destino da mercadoria, bem ou serviço, nos termos da lei complementar;

b) o valor total da operação ou prestação, quando as mercadorias forem fornecidas ou os serviços forem prestados de forma conexa, adicionada ou conjunta, com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

IV - não incidirá sobre:

a) as exportações de mercadorias ou serviços, garantida a manutenção e o aproveitamento do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

b) o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5º;

c) as prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.

§ 2º As alíquotas do imposto serão definidas da seguinte forma:

I - resolução do Senado Federal, de iniciativa de um terço dos Senadores ou de um terço dos Governadores, aprovada por três quintos de seus membros, estabelecerá as alíquotas do imposto, definindo também a alíquota padrão aplicável a todas as hipóteses não sujeitas a outra alíquota;

II - resolução do Senado Federal, aprovada pela maioria de seus membros, definirá o enquadramento de mercadorias e serviços nas alíquotas diferentes da alíquota padrão, exclusivamente mediante aprovação ou rejeição das proposições do órgão de que trata o § 7º;

III - o órgão de que trata o § 7º poderá reduzir e restabelecer a alíquota aplicável a determinada mercadoria ou serviço, observadas as alíquotas do inciso I; IV - as alíquotas das mercadorias e serviços poderão ser diferenciadas em função de quantidade e de tipo de consumo;

V - a lei complementar definirá as mercadorias e serviços que poderão ter sua alíquota aumentada ou reduzida por lei estadual, bem como os limites e condições para essas alterações, não se aplicando nesse caso o disposto nos incisos I a III.

§ 3º Relativamente a operações e prestações interestaduais, nos termos de lei complementar:

I - o imposto pertencerá ao Estado de destino da mercadoria ou serviço, salvo em relação à parcela de que trata o inciso II;

II - a parcela do imposto equivalente à incidência de dois por cento sobre o valor da base de cálculo do imposto pertencerá ao Estado de origem da mercadoria ou serviço, salvo nos casos de:

a) operações e prestações sujeitas a uma incidência inferior à prevista neste inciso, hipótese na qual o imposto pertencerá integralmente ao Estado de origem;

b) operações com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, hipótese na qual o imposto pertencerá integralmente ao Estado de destino;

III - poderá ser estabelecida a exigência integral do imposto pelo Estado de origem, hipótese na qual:

a) o Estado de origem ficará obrigado a transferir o montante equivalente ao valor do imposto de que trata o inciso I ao Estado de destino, por meio de uma câmara de compensação entre as unidades federadas;

b) poderá ser estabelecida a destinação de um percentual da arrecadação total do imposto do Estado à câmara de compensação para liquidar as obrigações do Estado relativas a operações e prestações interestaduais.

§ 4º As isenções ou quaisquer incentivos ou benefícios fiscais vinculados ao imposto serão definidos:

I - pelo órgão de que trata o § 7º, desde que uniformes em todo território nacional;

II - na lei complementar, para atendimento ao disposto no art. 146, III, "d", e para hipóteses relacionadas a regimes aduaneiros não compreendidos no regime geral.

§ 5º O imposto terá regulamentação única, sendo vedada a adoção de norma estadual, ressalvadas as hipóteses previstas neste artigo.

§ 6º Cabe à lei complementar:

- I - definir fatos geradores e contribuintes;
- II - definir a base de cálculo, de modo que o próprio imposto a integre;
- III - fixar, inclusive para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações e prestações;
- IV - disciplinar o regime de compensação do imposto;
- V - assegurar o aproveitamento do crédito do imposto;
- VI - dispor sobre substituição tributária;
- VII - dispor sobre regimes especiais ou simplificados de tributação, inclusive para atendimento ao disposto no art. 146, III, "d";
- VIII - disciplinar o processo administrativo fiscal;
- IX - dispor sobre as competências e o funcionamento do órgão de que trata o § 7º, definindo o regime de aprovação das matérias;
- X - dispor sobre as sanções aplicáveis aos Estados e ao Distrito Federal e seus agentes, por descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto, especialmente do disposto nos §§ 3º a 5º;
- XI - dispor sobre o processo administrativo de apuração do descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto pelos Estados e Distrito Federal e seus agentes, bem como definir órgão que deverá processar e efetuar o julgamento administrativo.

§ 7º Compete a órgão colegiado, presidido por representante da União, sem direito a voto, e integrado por representante de cada Estado e do Distrito Federal:

- I - editar a regulamentação de que trata o § 5º;
- II - autorizar a transação e a concessão de anistia, remissão e moratória, observado o disposto no art. 150, § 6º;
- III - estabelecer critérios para a concessão de parcelamento de débitos fiscais;
- IV - fixar as formas e os prazos de recolhimento do imposto;
- V - estabelecer critérios e procedimentos de controle e fiscalização extraterritorial;
- VI - exercer outras atribuições definidas em lei complementar.

§ 8º O descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto sujeitará, na forma e gradação previstas na lei complementar, a:

- I - no caso dos Estados e do Distrito Federal, multas, retenção dos recursos oriundos das transferências constitucionais e seqüestro de receitas;
- II - no caso dos agentes públicos dos Estados e do Distrito Federal, multas, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível." (NR)

Seção VI
DA REPARTIÇÃO E DESTINAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem.” (NR)

“Art.158.....

Parágrafo único.....

I - três quartos, nos termos de lei complementar;

.....” (NR)

“Art. 159. A União destinará:

I - do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os incisos III, IV e VIII do art. 153:

a) trinta e oito inteiros e oito décimos por cento, ao financiamento da seguridade social;

b) seis inteiros e sete décimos por cento, nos termos do art. 239;

c) o percentual definido em lei complementar para:

1. o pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo, o financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás, e o financiamento de programas de infra-estrutura de transportes;

2. o financiamento da educação básica, nos termos do art. 212, §§ 5º e 6º;

II - do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os incisos III, IV, VII e VIII, do art. 153 e dos impostos instituídos nos termos do inciso I do art. 154:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento, ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) ao Fundo de Participação dos Municípios:

1. vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento;

2. um por cento, a ser entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;

c) quatro inteiros e oito décimos por cento ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, segundo diretrizes da Política Nacional de Desenvolvimento Regional, para aplicação em áreas menos desenvolvidas do País, assegurada a destinação de, no mínimo, noventa e cinco por cento desses recursos para aplicação nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

d) um inteiro e oito décimos por cento ao Fundo de Equalização de Receitas, para entrega aos Estados e ao Distrito Federal.

§ 1º Para efeito de cálculo das destinações estabelecidas neste art., excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157 e 158, I.

§ 2º Para efeito de cálculo das destinações a que se refere o inciso II do *caput* deste artigo, excluir-se-ão da arrecadação dos impostos as destinações de que trata o inciso I do *caput* deste artigo.

§ 3º Do montante de recursos de que trata o inciso II, “d”, que cabe a cada Estado, setenta e cinco por cento serão entregues diretamente ao próprio Estado e vinte e cinco por cento aos respectivos Municípios, observados os critérios a que se refere o art. 158, parágrafo único.

§ 4º A União entregará vinte e nove por cento da destinação de que trata o inciso I, “c”, 1, do *caput* deste artigo, a Estados, Distrito Federal e Municípios, para aplicação em infraestrutura de transportes, distribuindo-se, na forma da lei, setenta e cinco por cento aos Estados e Distrito Federal e vinte e cinco por cento aos Municípios.” (NR)

“Art.160.

§ 1º A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:

I - ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;

II - ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.

§ 2º A vedação prevista neste artigo não impede a União de efetuar a retenção de transferência na hipótese de que trata o art. 155-A, § 8º, I.” (NR)

“Art.161.

I - estabelecer os critérios de repartição das receitas para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I;

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, II, “a”, “b” e “d”, especialmente sobre seus critérios de rateio, objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios;

.....
IV - estabelecer normas para a aplicação e distribuição dos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, os quais observarão a seguinte destinação:

a) no mínimo sessenta por cento do total dos recursos para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

b) aplicação em programas voltados ao desenvolvimento econômico e social das áreas menos desenvolvidas do País;

c) transferências a fundos de desenvolvimento dos Estados e do Distrito Federal, para aplicação em investimentos em infra-estrutura e incentivos ao setor produtivo, além de outras finalidades estabelecidas na lei complementar.

§ 1º O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos a que alude o inciso II.

§ 2º Na aplicação dos recursos de que trata o inciso IV do *caput* deste artigo, será observado tratamento diferenciado e favorecido ao semi-árido da Região Nordeste.

§ 3º No caso das Regiões que contem com organismos regionais, a que se refere o art. 43, § 1º, II, os recursos destinados nos termos do inciso IV, “a” e “b”, do *caput* deste artigo serão aplicados segundo as diretrizes estabelecidas pelos respectivos organismos regionais.

§ 4º Os recursos recebidos pelos Estados e pelo Distrito Federal nos termos do inciso IV, “c”, do *caput* não serão considerados na apuração da base de cálculo das vinculações constitucionais.” (NR)

“Art.167.

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I e II, §§ 8º e 12, e da destinação de que trata o § 13, I, do mesmo artigo, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

.....

§ 4º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155, 155-A e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.” (NR)

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da destinação estabelecida no art. 159, I, “a”, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

.....

§ 11. É vedada a concessão de remissão ou anistia das contribuições sociais de que tratam os incisos I e II deste artigo, para débitos em montante superior ao fixado em lei complementar.

§ 12. Nos termos de lei, a agroindústria, o produtor rural pessoa física ou jurídica, o consórcio simplificado de produtores rurais, a cooperativa de produção rural e a associação desportiva podem ficar sujeitos a contribuição sobre a receita, o faturamento ou o resultado de seus negócios, em substituição à contribuição de que trata o inciso I do *caput*, hipótese na qual não se aplica o disposto no art. 149, § 2º, I.

§ 13. Lei poderá estabelecer a substituição parcial da contribuição incidente na forma do inciso I do *caput* deste artigo por um aumento da alíquota do imposto a que se refere o art. 153, VIII, hipótese na qual:

I - percentual do produto da arrecadação do imposto a que se refere o art. 153, VIII, será destinado ao financiamento da previdência social;

II - os recursos destinados nos termos do inciso I não se sujeitarão ao disposto no art. 159.”

(NR)

“Art.198.

§2º

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 155 e 155-A e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, II, “a” e “d”, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, II, “b”, 1, e “d”, e § 3º” (NR)

“Art.212.

§ 1º Para efeito do cálculo previsto neste artigo:

I - a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada receita do governo que a transferir;

II - são deduzidas da arrecadação dos impostos da União a que se refere o inciso I do art. 159 as destinações de que trata o referido inciso.

.....
§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a destinação de que trata o art. 159, I, “c”, 2.

§ 6º As cotas estaduais e municipais da destinação a que se refere o § 5º serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino.” (NR)

“Art. 239. A arrecadação decorrente da contribuição das pessoas jurídicas de direito público, de que trata a Lei Complementar no 8, de 3 de dezembro de 1970, e a destinação estabelecida no art. 159, I, “b”, financiarão, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

.....” (NR)

Art. 2º Os artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a seguir enumerados passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art.60.....

II - os Fundos referidos no inciso I do *caput* deste artigo serão constituídos por vinte por cento dos recursos a que se referem os incisos I e III do art. 155; o art. 155-A; os incisos II, III e IV do *caput* do art. 158; e as alíneas “a”, “b”, 1, e “d”, do inciso II do *caput* do art. 159, todos da Constituição, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição;

.....
 §5º
 I - no caso do imposto e das transferências constantes do art. 155-A; do inciso IV do *caput* do art. 158; e das alíneas “a”, “b”, 1, e “d”, dos incisos II do *caput* do art. 159 da Constituição:

.....
 II - no caso dos impostos e transferências constantes dos incisos I e III do *caput* do art. 155; e dos incisos II e III do *caput* do art. 158 da Constituição:

.....” (NR)
 “Art.76.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não alterará a base de cálculo das destinações a que se referem os arts. 153 § 5º; 157; 158 I e II; e 159, I, “c”, 2, e II, da Constituição.

§ 2º Para efeito do cálculo das deduções de que trata o art. 212, § 1º, II, da Constituição, considerar-se-ão, durante a vigência deste artigo, oitenta por cento da destinação a que se refere o art. 159, I, “c”, 2, da Constituição.” (NR)

Art. 3º O imposto de que trata o art. 155, II, da Constituição vigorará até 31 de dezembro do sétimo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda e observará as regras estabelecidas na Constituição anteriores à presente Emenda, bem como o seguinte:

I - a alíquota do imposto nas operações e prestações interestaduais e nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, serão, respectivamente, em cada um dos seguintes anos subsequentes ao da promulgação desta Emenda:

- a) onze por cento e seis inteiros e cinco décimos por cento, no segundo ano;
- b) dez por cento e seis por cento, no terceiro ano;
- c) oito por cento e cinco por cento, no quarto ano;
- d) seis por cento e quatro por cento, no quinto ano;
- e) quatro por cento e três por cento, no sexto ano;
- f) dois por cento e dois por cento, no sétimo ano;

II - lei complementar poderá disciplinar, relativamente às operações e prestações interestaduais, observada adequação das alíquotas previstas no inciso I, a aplicação das regras previstas no § 3º do art. 155-A da Constituição;

III - quanto ao direito à apropriação do crédito fiscal relativo a mercadorias destinadas ao ativo permanente, observado o disposto na Lei Complementar no 87, de 13 de setembro de 1996, dar-se-á, a partir de 1º de janeiro de cada um dos seguintes anos subseqüentes ao da promulgação desta Emenda:

- a) em quarenta e quatro meses, do segundo ano;
- b) em quarenta meses, do terceiro ano;
- c) em trinta e dois meses, do quarto ano;
- d) em vinte e quatro meses, do quinto ano;
- e) em dezesseis meses, do sexto ano;
- f) em oito meses, do sétimo ano.

Parágrafo único. Em relação aos créditos fiscais de que trata o inciso III do *caput* deste artigo, relativos a mercadorias adquiridas em exercícios anteriores, a cada mudança de prazo, a apropriação do crédito passará a ser efetuada à razão do novo prazo estabelecido, na forma a ser disciplinada na lei complementar.

Art. 4º As vedações do art. 150, III, “b” e “c”, da Constituição não se aplicam ao imposto a que se refere o seu art. 155-A, até o prazo de dois anos contados do início da sua exigência.

Parágrafo único. Durante o prazo de que trata o *caput*, a norma que implique majoração do imposto somente produzirá efeitos depois de decorridos trinta dias de sua publicação.

Art. 5º Lei complementar definirá fonte e montante adicional de recursos a serem destinados ao Fundo de Equalização de Receitas de que trata o art. 159, II, “d”, da Constituição.

§ 1º Do início de sua vigência até o oitavo ano subseqüente ao da promulgação desta Emenda, o Fundo de Equalização de Receitas deverá ter seus recursos distribuídos de forma decrescente por critérios vinculados às exportações e de forma crescente para compensar a eventual redução de arrecadação dos Estados e do Distrito Federal em decorrência de alterações introduzidas por esta Emenda em relação ao imposto a que se refere o art. 155, II, da Constituição e à substituição deste pelo imposto de que trata o seu art. 155-A.

§ 2º Em relação ao imposto de que trata o art. 155-A da Constituição, não serão consideradas reduções de arrecadação aquelas que sejam passíveis de recomposição, pelo próprio Estado ou Distrito Federal, mediante uso da faculdade prevista no art. 155-A, § 2º, V, da Constituição.

§ 3º No período de que trata o § 1º, os Estados e o Distrito Federal que apresentarem redução da arrecadação do imposto de que trata o art. 155, II, da Constituição em decorrência de alterações introduzidas por esta Emenda não receberão transferências do Fundo de Equalização de Receitas em valor inferior ao que receberam no primeiro ano subsequente ao da promulgação desta Emenda, considerando os valores recebidos nos termos do art. 159, II, da Constituição e do art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como de eventuais auxílios financeiros prestados pela União para fomento às exportações.

§ 4º Do nono ao décimo quinto ano subsequente ao da promulgação desta Emenda, os Estados e o Distrito Federal não receberão transferências do Fundo de Equalização de Receitas em montante inferior ao recebido no oitavo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda.

§ 5º Não terão direito aos recursos do Fundo de Equalização de Receitas o Distrito Federal e os Estados que não implementarem as medidas decorrentes do cumprimento no disposto o art. 37, XXII, da Constituição, concernentes à emissão eletrônica de documentos fiscais, à escrituração fiscal e contábil, por via de sistema público de escrituração digital, nos prazos definidos na lei complementar de que trata o *caput* deste artigo.

§ 6º O Poder Executivo da União encaminhará projeto da lei complementar de que trata este artigo no prazo até de cento e oitenta dias da promulgação desta Emenda.

§ 7º Até que entre em vigor a lei complementar de que trata este artigo, os recursos do Fundo de Equalização de Receitas serão distribuídos aos Estados e ao Distrito Federal proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, sendo que a nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do total.

Art. 6º Até a fixação por lei complementar dos percentuais de destinação a que se refere o art. 159, I, c, da Constituição, são fixados os seguintes percentuais:

I - dois inteiros e cinco décimos por cento, em relação ao item 1;

II - dois inteiros e três décimos por cento, em relação ao item 2.

§ 1º A soma dos percentuais a que se refere o *caput* deste artigo, quando fixados pela lei complementar, não poderá ultrapassar quatro inteiros e oito décimos por cento.

§ 2º O percentual de que trata o inciso II do *caput* deste artigo deverá ser revisto, caso se verifique que restou inferior ao da razão entre a arrecadação da contribuição social do salário-educação, no último exercício de sua vigência, e o somatório das arrecadações dos impostos de que trata o art. 153, III e IV, da Constituição, das contribuições sociais para o financiamento da seguridade social (Cofins), para o Programa de Integração Social (PIS) e sobre o lucro líquido (CSLL), da contribuição de que trata o art. 177, § 4º, da Constituição, e da própria contribuição social do salário-educação, hipótese em que deverá ser reajustado,

por lei complementar, com vistas a observar o percentual verificado no último exercício de vigência da contribuição social do salário educação.

Art. 7º O percentual da destinação de recursos ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, a que se refere o art. 159, II, "c", da Constituição, será aumentado gradativamente até atingir o percentual estabelecido pela presente Emenda, nos seguintes termos, em cada um dos anos subseqüentes ao da promulgação desta Emenda:

I - quatro inteiros e dois décimos por cento, no segundo ano;

II - quatro inteiros e três décimos por cento, no terceiro ano;

III - quatro inteiros e quatro décimos por cento, no quarto ano;

IV - quatro inteiros e cinco décimos por cento, no quinto ano;

V - quatro inteiros e seis décimos por cento, no sexto ano;

VI - quatro inteiros e sete décimos por cento, no sétimo ano;

VII - quatro inteiros e oito décimos por cento, no oitavo ano.

§ 1º Até que seja editada a lei complementar que regulamenta o disposto no art. 161, IV, da Constituição, os recursos a que se refere o *caput* serão aplicados nas seguintes condições:

I - setenta e dois inteiros e nove décimos por cento em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, por meio de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, nos termos da Lei no 7.827, de 27 de setembro de 1989;

II - dezesseis inteiros e dois décimos por cento por meio do Fundo de Desenvolvimento do Nordeste, nos termos da Medida Provisória no 2.156-5, de 24 de agosto de 2001;

III - dez inteiros e nove décimos por cento por meio do Fundo de Desenvolvimento da Amazônia, nos termos da Medida Provisória no 2.157-5, de 24 de agosto de 2001.

§ 2º O percentual mínimo de que trata o art. 161, IV, "a", da Constituição será reduzido gradativamente até atingir o valor estabelecido na presente Emenda, nos seguintes termos, em cada um dos anos subseqüentes ao da promulgação desta Emenda:

I - oitenta por cento, no segundo ano;

II - setenta e seis por cento, no terceiro ano;

III - setenta e dois por cento, no quarto ano;

IV - sessenta e oito por cento, no quinto ano;

V - sessenta e quatro por cento, no sexto ano;

VI - sessenta e dois por cento, no sétimo ano;

VII - sessenta por cento, no oitavo ano.

§ 3º A destinação mínima às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste dos recursos de que trata o art. 159, II, "c", da Constituição será reduzida gradativamente até atingir o valor

estabelecido na presente Emenda, nos seguintes termos, em cada um dos anos subseqüentes ao da promulgação desta Emenda:

I - noventa e nove por cento, no segundo ano;

II - noventa e oito por cento, no terceiro ano;

III - noventa e sete por cento, no quarto ano;

IV - noventa e seis por cento, no quinto ano;

V - noventa e cinco por cento, no sexto ano.

§ 4º A referência à Região Nordeste nos dispositivos que tratam do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional inclui as áreas abrangidas pela regulamentação do art. 159, I, "c", da Constituição, na redação anterior à presente Emenda.

Art. 8º A contribuição para o salário-educação, de que trata o art. 212, § 5º, da Constituição, será extinta em 1º de janeiro do segundo ano subseqüente ao da promulgação desta Emenda.

Art. 9º Lei complementar poderá estabelecer limites e mecanismos de ajuste da carga tributária relativa aos impostos de que tratam os arts. 153, III e VIII, e 155-A, da Constituição relativamente aos exercícios em que forem implementadas as alterações introduzidas por esta Emenda.

Art. 10. As unidades da Federação que vierem a instituir benefícios ou incentivos fiscais em desacordo com o previsto no art. 155, § 2º, XII, "g", da Constituição não terão direito, enquanto vigorar o benefício ou incentivo, à transferência de recursos:

I - do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

II - do Fundo de Equalização de Receitas; e

III - do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional para os fundos de desenvolvimento dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do art. 161, IV, "c", da Constituição.

Art. 11. Lei definirá reduções gradativas da alíquota da contribuição social de que trata o art. 195, I, da Constituição, a serem efetuadas do segundo ao sétimo ano subseqüente ao da promulgação desta Emenda.

Parágrafo único. O Poder Executivo da União encaminhará projeto da lei de que trata este artigo no prazo de noventa dias da promulgação desta Emenda.

Art. 12. As alterações introduzidas por esta Emenda produzirão efeitos:

I - a partir de 1º de janeiro do segundo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda, em relação às alterações dos arts. 146, 153, 157, 159, 167, 195, 198, 212 e 239 da Constituição e arts. 60 e 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II - a partir de 1º de janeiro do oitavo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda, em relação à introdução do art. 155-A da Constituição.

§ 1º As remissões no texto da Constituição ao seu art. 159 que foram alteradas por esta Emenda mantêm seus efeitos até o prazo de que trata o inciso I do *caput* deste artigo.

§ 2º As remissões no texto da Constituição ao seu art. 155, II, que foram alteradas por esta Emenda mantêm seus efeitos enquanto perdurar a exigência do imposto de que trata o referido dispositivo.

Art. 13. Ficam revogados os seguintes dispositivos constitucionais:

I - a partir de 1º de janeiro do segundo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda:

- a) o § 3º do art. 155;
- b) os incisos I e II do art. 157;
- c) o § 4º do art. 177;
- d) as alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e o inciso IV do art. 195;
- e) o § 4º do art. 239;
- f) o art. 91 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II - a partir de 1º de janeiro do oitavo ano subsequente ao da promulgação desta Emenda:

- a) o inciso II e os §§ 2º, 4º e 5º do art. 155;
- b) o § 1º do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 14. Esta Emenda entra em vigor na data de sua publicação.

336283

Tombo	260928
Valor	—
Proc	FIEO
Data	16 / 04 / 09
Encad	



260928