

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ**  
**INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Victor Renato Silva de Souza**

**Renúncia Fiscal Heterônoma de ICMS na Exportação no Estado do Pará.**

**BELÉM**  
**2012**

**Victor Renato Silva de Souza**

## **Renúncia Fiscal Heterônoma de ICMS na Exportação no Estado do Pará.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará- UFPA como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de Concentração: Federalismo no Ordenamento Jurídico Positivo Brasileiro

**Orientador:** Prof. Dr. Calilo Jorge Kzan Neto

BELÉM  
2012

## RESUMO

O presente trabalho faz análise, sob a égide do federalismo, da renúncia fiscal heterônoma do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) para exportação introduzida pela Lei Federal Complementar n.º 87 de 13 de Setembro de 1996, Lei Kandir, posteriormente posta pela Emenda à Constituição de n.º 42/2003. Aborda aspectos da autonomia federativa dos Estados Membros, detentores da competência tributária de ICMS, e procura esclarecer os conceitos de imunidade e isenção tributária, competência e autonomia para verificar a possibilidade de violação à autonomia dos Estado mediante usurpação de competência tributária, bem como verificar as perdas fiscais decorrentes da referida renúncia fiscal no Estado do Pará.

Palavras-Chave: Renúncia Fiscal Heterônoma. Imunidade Tributária. Isenção Fiscal. Federalismo. Autonomia Federativa. Desigualdades Regionais.

## ABSTRACT

The present dissertation is an analysis by the federalist view of the renounce of the tax called Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) introduced by Federal Law No. 87, September 13, 1996, called Law Kandir, and later by Amendment to the Constitution No 42/2003. Take aspects of federal autonomy. Member States, holders of the taxing authority of ICMS, and demand clarify the concepts of immunity and tax exemption, competence and autonomy to verify the possibility of infringement upon the autonomy of states by usurpation power to tax, as well as verifying tax losses flowing from the tax waiver in the state of Pará.

Key Words: Tax Waiver heteronomy. Tax immunity. Tax Exemption. Federalism. Federal autonomy. Regional Inequalities.

## **LISTA DE SIGLAS**

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

CF/88 – Constituição Federal de 1988

EC – Emenda Constitucional

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo

LCP – Lei Complementar

PIB – Produto Interno Bruto

TCE – Tribunal de Contas do Estado

STF – Supremo Tribunal Federal

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus e sua palavra, que fortalece cada dia meu espírito;

Aos meus pais, Elielson e Eliana, por todo amor, carinho e dedicação;

Ao Professor Dr. Calilo Jorge Kzan Neto, grande apoiador do projeto;

Aos amigos e demais familiares.

*Dedico este trabalho*

*Aos meus pais Elilson Nazareno Cardoso de Souza e Eliana Silva de Souza*

*Ao Prof.Dr. Calilo Jorge Kzan Neto*

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**  
**Biblioteca Central da UFPA**

---

Souza, Victor Renato Silva de, 1987-

Renúncia fiscal heterônoma de ICMS na exportação no Estado do Pará / Victor Renato Silva de Souza ; orientador, Calilo Jorge Kzan Neto. — 2012.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2012.

1. Direito tributário. 2. Impostos - Isenção. 3. Federalismo. I. Título.

*CDDir – 341.39*

---

## Conteúdo

INTRODUÇÃO.....	21
PARTE I – PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS .....	25
CAPÍTULO 1. CONHECIMENTO, LINGUAGEM E DIREITO .....	25
1.1 CIÊNCIA E LINGUAGEM.....	25
1.2 CIÊNCIA DO DIREITO E DIREITO POSITIVO.....	26
1.2.1 Objeto da Ciência Jurídica .....	29
1.3 OPÇÃO METODOLÓGICA .....	29
1.3.2 Do Corte Metodológico .....	30
CAPÍTULO 2 SISTEMA E DIREITO.....	32
2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SISTEMA .....	32
2.3 SISTEMA E CIÊNCIA DO DIREITO.....	34
CAPÍTULO 3 NORMA JURÍDICA.....	38
3.1 ENUNCIADOS, PROPOSIÇÕES, DISPOSIÇÃO E NORMA JURÍDICA.....	38
3.1.1 Norma Jurídica e Disposição Jurídica .....	38
3.2.1 Diferença entre Disposição e Normas .....	39
3.2.2 Normas Não Expressas .....	41
CAPÍTULO 4. NOÇÃO DE VALIDADE .....	42
4.1 VALIDADE ENQUANTO CONCEITO LÓGICO .....	42
4.2 Validade da Norma Jurídica em Bobbio .....	43
4.3 NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL COMO CRITÉRIO ÚLTIMO DE VALIDADE.....	44
CAPÍTULO 5. FORMA FEDERATIVA DE ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	46
5.1 FORMA FEDERATIVA DE ESTADO E FEDERALISMO .....	46
5.1.1 Evolução Histórica.....	46
5.2 CONCEITO DE FEDERALISMO .....	47
5.2.1 Diferença entre Confederação e Federação .....	49
5.2.2 Características do Federalismo .....	49
5.2.3 Concepções de Federalismo .....	50
5.2.4 Da repartição de competências como tema central da organização federal .....	52
5.3 FEDERALISMO NO BRASIL.....	53

5.3.2 A Questão Regional e o Federalismo No Brasil.....	56
CAPÍTULO 6. AUTONOMIA FEDERATIVA .....	60
6.1 CONCEITO DE AUTONOMIA .....	60
6.1.1 Origem Etimológica .....	60
6.1.2 Autonomia no Direito Público .....	61
6.2. TRÍPLICE CAPACIDADE DOS ESTADOS-MEMBROS: AUTO-ORGANIZAÇÃO, AUTOGOVERNO E AUTOADMINISTRAÇÃO .....	63
6.2.1 Auto-Organização.....	64
6.2.1.1 Auto-Organização e Princípios Constitucionais Sensíveis .....	64
6.2.1.2 Auto-Organização e Princípios Constitucionais estabelecidos.....	65
6.2.2 AUTO-GOVERNO.....	67
6.2.3 AUTO-ADMINISTRAÇÃO .....	67
6.2.4 CAPACIDADE LEGISLATIVA.....	68
6.3 AUTONOMIA NO FEDERALISMO .....	68
6.3.1 Da Distinção entre Soberania e Autonomia Federativa .....	68
6.3.2 Características da Autonomia no Federalismo.....	71
CAPÍTULO 7 - COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA, ISENÇÃO E IMUNIDADE TRIBUTÁRIA .....	74
7.1 NOÇÕES BREVES DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. LIMITAÇÕES E CARACTERÍSTICAS.....	74
7.1.1 Limitações da CompetênciaTributária .....	75
7.1.2 Características da CompetênciaTributária .....	76
7.2 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA .....	77
7.3 DA ISENÇÃO .....	82
7.4 DISTINÇÕES ENTRE IMUNIDADE E ISENÇÃO.....	83
CAPÍTULO 8. PODER CONSTITUINTE DERIVADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 . LIMITES MATERIAIS E IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ....	85
8.1 PODER CONSTITUINTE E IMPULSO CONSTITUINTE .....	85
8.2 PODER CONSTITUINTE E PROCEDIMENTO .....	86
8.4 PODER CONSTITUINTE DERIVADO. ABRANGÊNCIA E LIMITAÇÕES .....	87
8.4.1. Breve Noção de Poder Constituinte. Origem e Natureza Jurídica.....	87
8.4.2 Características do Poder Constituinte .....	89
8.4.3 Poder Constituinte Derivado .....	89
8.4.3.1 Poder Constituinte Derivado e Mutação Constitucional.....	91
8.4.4 Poder Constituinte Derivado no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	92
8.2.4.1 Limitações Circunstanciais.....	94
8.2.4.2 Limitações Formais .....	95
8.2.4.3 Limitações Materiais.....	95
PARTE III – RENÚNCIA FISCAL HETERONOMA DE ICMS EFEITOS NO ESTADO DO PARÁ.....	98

CAPÍTULO 9 DINAMICA DE COMPENSAÇÃO DA LEI KANDIR. PERDAS FISCAIS NO ESTADO DO PARÁ	
RESTRIÇÃO DA AUTONOMIA ECONOMICA DO ESTADO DO PARÁ.....	98
9.1 COMPENSAÇÃO FISCAL DE PERDA DE ICMS NA EXPORTAÇÃO .....	98
9.2 PERDAS FISCAIS NO ESTADO DO PARÁ ANÁLISE DE ESTUDO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO	100
9.3 HISTÓRICO DAS PERDAS DA LEI KANDIR NO ESTADO DO PARÁ.....	103
CAPÍTULO 10. HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL DA RENÚNCIA FISCAL DE ICMS NA EXPORTAÇÃO.....	106
10.2 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DA UNIÃO E DOS ESTADOS-MEMBROS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E RENÚNCIA FISCAL DE ICMS NA EXPORTAÇÃO .....	106
10.2.1 Análise Hermenêutica anterior à Emenda Constitucional n.º 042/2003 .....	107
10.2.2 Análise Hermenêutica posterior à Emenda Constitucional n.º 042/2003 .....	110
CONCLUSÕES .....	116

## INTRODUÇÃO

A estrutura federativa é um dos balizadores mais importantes do processo político no Brasil e esse mesmo processo político, que tem causas e consequências sociais, tem também o poder de decisão e determinação do direito positivo.

Destarte, o descampamento do cenário federalista, em seu cunho histórico, social e econômico possuem reflexo e importância na consideração jurídica do assunto por um aspecto semântico do conteúdo estatuído na Constituição Federal e nos demais textos legais dela decorrentes.

A Federação vem passando por intensas modificações desde a redemocratização do país, possuindo o Brasil um dos mais ricos e complexos sistemas federais existentes, nascido sob as mais diversas influências políticas, históricas e econômicas.

Entre 1982 e 1994 “vigou um federalismo estadualista, não cooperativo e muitas vezes predatório” (ABRUCIO, 1998, p. 187). A relação entre estados e União sofreu profundas alterações durante a década de oitenta, especialmente após a retomada das eleições diretas para governador. O fortalecimento dos estados e municípios se refletiu no progressivo aumento da participação destes entes federados na partilha de receitas, processo completado pela promulgação da Constituição Federal de 1988. (PELLEGRINI, 2006, p. 6)

O tratamento histórico dispensado à imunidade de ICMS sobre exportações de produtos industrializados e semi-elaborados e sua correspondente compensação refletida no repasse proporcional do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) aos estados (art. 159, II, CF/88, regulamentado pela Lei Complementar n.º 65/1991) demonstrou um relativo fortalecimento dos estados, tendo em vista sua situação anterior à Constituição, de não repasse por perdas na exportação de bens industrializados.

Entretanto, a segunda metade da década de 1990 inaugurou uma nova fase do federalismo fiscal brasileiro, quando o poder central (União), fortalecido pelo sucesso do plano real e pela deterioração das finanças estaduais, passou a exercer um federalismo centrípeto sem precedentes na história do país.

O Plano Real estava em seus anos iniciais e o papel proeminente conferido à taxa de câmbio impedia as desvalorizações requeridas para garantir o equilíbrio das contas externas do país.

O peso da tributação na composição do custo da produção em geral, e das exportações em particular, fez da desoneração do ICMS uma opção cômoda que surgiu por um deturpação ou uma extensão na interpretação à faculdade de isenção esculpida na Constituição Federal com lei complementar para regulamentar o ICMS (art. 155, §2º,

XII).

Dessa forma, a União obteve força política suficiente para impor condições aos estados, de forma que estes aceitassem, ao menos no plano político, a Lei Complementar nº. 87, de 13 de setembro de 1996, chamada Lei Kandir, que regulamenta o ICMS e impôs renúncia fiscal heterônoma inicialmente na modalidade de isenção deste imposto para exportação no que tange a bens primários e matéria-prima, tendo sido posteriormente encampado pela imunidade tributária determinada pela Emenda Constitucional - EC 42/2003, que alterou o texto original da Constituição Federal.

Nosso trabalho consiste em analisar tanto pela ótica da teoria estática quanto pela ótica da teoria dinâmica do direito os enunciados legislativos relativos à renúncia fiscal heterônoma, e confrontá-los com a forma federativa de Estado com o pressuposto da autonomia federativa e com a determinação da validade de normas de competência dentro da metalinguagem jurídica.

Assim, este estudo, dentro das possibilidades dadas pelo conjunto de textos legais, e análise dos dados econômicos disponíveis recorta e destaca, sob a ótica do federalismo, a renúncia fiscal heterônoma na modalidade de imunidade de ICMS para exportação como possível instrumento de usurpação de competência tributária dos Estados-membros e/ou do Distrito Federal.

Para tanto, dois grandes eixos temáticos desdobram-se das considerações acerca do federalismo e dos direitos humanos ou fundamentais, como preferimos denominá-los. O primeiro diz respeito à constitucionalidade da renúncia fiscal de ICMS na exportação.

O segundo eixo temático diz respeito aos efeitos concretos incidentes sobre a economia do Estado do Pará, cuja competência federativa requer o financiamento de direitos fundamentais como educação, saúde, lazer e moradia com recursos precipuamente originados de receitas dos impostos.

Os textos legislativos estudados referem-se à Lei Complementar n.º 87/1996, conhecida como Lei Kandir, em seu art. 3º, inciso II, bem como à Emenda Constitucional n.º 42/2003, ambas introdutoras da renúncia fiscal de ICMS para exportação, por meio da isenção e da imunidade tributária respectivamente.

Dividimos o trabalho em três partes, na primeira parte consideramos os pressupostos metodológicos para a ciência do direito; na segunda parte destacamos a relação entre Constituição e Federalismo no ordenamento jurídico brasileiro; na última e terceira parte destacamos os efeitos decorrentes da renúncia fiscal heterônoma de ICMS no Estado do Pará.

Destarte, na primeira parte empreendemos o estudo do direito como ciência, e

abordamos no primeiro capítulo a relação entre conhecimento, linguagem e direito, visamos compreender este último como construção lingüística tal qual todo enunciado científico.

Tendo ainda em vista o caráter de um todo coordenado, que é o ordenamento jurídico, buscamos no segundo capítulo esclarecer a relação entre a noção de sistema e a de Direito, pois a sistematização teórica do direito é fundamental para a produção de um discurso jurídico dotado de uma amplitude capaz de articular elementos entre si que permitam a conclusão lógica dos textos legais quando comparados.

Importamo-nos em abordar o fruto da interpretação de tais dispositivos, que se constitui na norma jurídica. Para tanto, reservamos o capítulo 3, enfatizando também a norma jurídica tributária.

Por fim, como interesse da ciência jurídica investigar a existência e a validade das normas jurídicas no quarto capítulo abordamos o conceito de validade, essencial para a análise das normas jurídicas e sua pertinência sistemática ao ordenamento jurídico positivo brasileiro.

Adentrando na segunda parte do trabalho no capítulo 5 expomos a dinâmica do federalismo no Brasil, suas principais características, bem como as diferenças regionais, fator patente na realidade brasileira.

No capítulo 6 destacamos um capítulo a parte para tratar da autonomia federativa, seguido do capítulo 7 no qual estudamos competência tributária e os institutos da isenção e da imunidade tributária realizando o cotejamento entre os dois.

Por fim da segunda parte o capítulo 8 expõe o Poder Constituinte Derivado na Constituição Federal brasileira para conhecer seus limites e abrangências a fim de saber se a imunidade da Emenda Constitucional n.º 42/2003 como fruto do poder constituinte derivado poderia ser livremente instituída em nosso ordenamento jurídico a despeito da autonomia federativa.

A terceira parte inauguramos com o capítulo 9 que busca demonstrar as perdas fiscais do Estado do Pará representadas pela desoneração de ICMS nas exportações, para logo em seguida, no capítulo 10 realizar o exercício hermenêutico acerca da validade da renúncia fiscal de ICMS na exportação.

Assim, no último capítulo realizamos o extrato da obra tecendo as considerações acerca de todo o exposto ao longo do trabalho para logo em seguida encaminha-lo às conclusões.

Destacamos que a aferição dos números contidos dentro do corpo do trabalho foi baseada nos pressupostos metodológicos da pesquisa documental e bibliográfica. Outrossim a referencia bibliográfica foi feita de fontes diretas indiretas, ou seja, não

citadas diretamente, porém presente na conformação teórica do estudo.

Ressalte-se que, esta pesquisa não possui pretensões de uma conclusão cerrada sobre a questão apresentada, ao contrário, almeja contribuir para a abertura do tema de tal forma que outras interpretações sobre os dispositivos possam emergir.

## PARTE I – PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS

### CAPÍTULO 1. CONHECIMENTO, LINGUAGEM E DIREITO

#### 1.1 CIÊNCIA E LINGUAGEM

No seu sentido mais amplo, ciência, do latim *scientia* (conhecimento), refere-se a conhecimento ou prática sistemática que busca o saber de uma parcela da realidade. Em sentido mais estrito, refere-se ao sistema que busca adquirir conhecimento mediante métodos científicos. Tal busca pode ser denominada de pesquisa ou investigação.

O conhecimento é um fato complexo, em síntese diz-se que é relação do sujeito com o objeto. E se tivermos em conta o conhecimento do mundo físico exterior, sua origem é a experiência sensorial: “O objeto do conhecimento pertence ao domínio especializado de cada sistema científico, e tal objeto é revestido numa estrutura de linguagem que se exprime na relação conceptual denominada proposição” (VILANOVA, 1997, p. 37). (sublinhado nosso)

Importante frisar é que todo conhecimento ou ciência se expressa por meio da linguagem e por ela também é constituído. Nesse sentido, Ludwig Wittgenstein (1968, p. 111) afirmou no *Tractatus Logico-philosophicus* que “Os limites da minha linguagem significam os limites do mundo.(...). Que o mundo é *meu* mundo revela-se no facto de os limites da linguagem (da linguagem que apenas eu compreendo ) significarem os limites do *meu* mundo”.

O conhecimento ocorre num universo-de-linguagem e dentro de uma comunidade-do-discurso (VILANOVA, 1997, p. 38). Por meio da língua são expressas as proposições científicas que pertencem a cada sistema científico específico, que lhes determina as condições de verdade e verificabilidade.

Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p. 40) aduz que “uma linguagem se mantém e se desconstitui mediante outras linguagens, nunca em razão dos acontecimentos ou dos objetos por ela descritos”

Assim, as proposições específicas são construídas com o vocabulário técnico de cada ciência. Função matemática e função lógica não se confundem com função em biologia ou função no campo do Direito Público. Porém, a palavra função, sendo a mesma, no contexto de cada vocabulário técnico tem diferentes conotações. É codificada diferentemente. (VILANOVA, 1997, p. 38)

Assim, sendo toda ciência um conjunto de proposições, as condições de verdade e verificabilidade de cada ciência ocorre mediante a exposição e análise das proposições de cada ciência, passíveis de análise e refutação por meio de outras proposições,

tomando para tanto estruturas lógicas sob as quais realizam o controle lógico das proposições entre si.

As proposições, expressas por meio das línguas, não estão sujeitas às formas linguísticas, senão que a tomam como *índice temático* para alcançar seu objeto próprio, pois a experiência da linguagem é o ponto de partida para a experiência das estruturas lógicas. Para os fins estritos da análise lógica interessam as estruturas de linguagem mediante as quais se exprimam *proposições*, isto é, asserções de que algo é algo, de que certo objeto tem propriedade tal.

Lourival Vilanova identifica que “Estruturas de linguagem expressivas de proposições são suscetíveis de valores (verdade/falsidade), empiricamente verificáveis por qualquer sujeito que se ponha em atitude cognoscente.”(1997, p. 39).

Como forma de expressão da ciência, a linguagem abriga em si própria as proposições científicas, os enunciados advindos dos resultados da pesquisa ou investigação científica. Desse modo, o conhecimento da realidade investigada está contido na linguagem e com ela se confunde, expressa por meio de signos. Tércio Sampaio Ferraz Jr (2003, p. 245) comenta que a “a realidade, o mundo real, não é um dado, mas uma articulação linguística mais ou menos num contexto social”.

Destarte, o *signo* tem um status lógico de relação entre um suporte físico (tinta no papel por exemplo), que se associa a um significado e a uma significação, entendendo-se significado a referência a algo do mundo exterior ou interior, de existência concreta ou imaginária, atual ou passada; e significação a apreensão deste significado, que é a noção, ideia ou conceito.

Deste modo, a prática da ciência é realizada dentro do âmbito da linguagem, e na própria linguagem se exerce o controle sistemático e sintético das proposições científicas, que poderão ser objeto de refutação e portanto, de nova pesquisa.

Paulo Barros de Carvalho (2000, p. 10) afirma que a sintaxe, sendo dos planos de estudo dos sistemas sígnicos, averigua as relações dos signos entre si, isto é, signo com signo, podendo ser definida como o *sistema finito de regras capaz de produzir infinitas frases*, exemplificativamente, o alfabeto português possui apenas 24 letras, que, sendo finitas podem produzir infinitas frases.

## **1.2 CIÊNCIA DO DIREITO E DIREITO POSITIVO**

Paulo Barros de Carvalho(2005, p. 1) aduz que:

muita diferença existe entre a realidade do direito positivo e a da Ciência do Direito. São dois mundos que não se confundem, apresentando peculiaridades tais que nos levam a uma consideração própria e exclusiva.

São dois corpos de linguagem, dois discursos linguísticos, cada qual portador de um tipo de organização lógica e de funções semânticas e pragmáticas diversas.

O conhecimento científico trabalha com pretensão veritativa, e sem adentrarmos nas teorias sobre a verdade, registramos apenas que não relacionamos a verdade como a correspondência entre a palavra e a realidade, senão que a própria realidade é tudo aquilo que está contido na linguagem, sendo por ela descrita e constituída ao mesmo tempo.

Desta forma, estamos com Calilo Kzan quando afirma que “a linguagem não tem outro fundamento além de si mesma e o mundo se mostra como uma camada linguística” (2007, p. 17)

Nesse sentido, tendo em vista que a linguagem é o fundamento de si própria e que o mundo ou a realidade não passam de uma camada linguística, esta que pode ser expressa por meio de enunciados, a relação entre enunciados não contraditórios ganha relevância dentro de qualquer sistema científico com pretensão veritativa.

A linguagem científica é essencialmente descritiva de seu objeto – firmemente demarcado – sintaticamente bem formulada e rigorosa no sentido semântico, embora escassa no plano pragmático.

A linguagem de que se utiliza a Ciência do Direito *stricto sensu* – dogmática jurídica – é a linguagem científica. Esta, não se confunde com sua linguagem objeto – o direito positivo. O jurista, que descreve em linguagem científica o sistema de normas jurídicas, analisa a linguagem das proposições prescritivas.

Ademais, a linguagem do direito positivo tipo técnica é diferente da linguagem da ciência do direito, que é linguagem científica e com aquela não se confunde. Segundo Maria do Rosário Esteves (1997, p. 23), a linguagem do direito positivo, considerada tanto em suas normas gerais e abstratas como em suas normas individuais e concretas, não é muito precisa, senão vejamos. Ela “é uma mescla de locuções naturais (próprias da linguagem ordinária) e termos técnicos, isto é, construídos artificialmente”.

É de se considerar também que a linguagem do direito positivo é prescritiva de condutas, e como tal, suas proposições correspondem à lógica deôntica, que não se sujeita aos valores de verdade ou falsidade, posto que devem ser, não importa se o efetivamente são, mas por ser necessário haver correspondência lógica entre as proposições do direito, essas se sujeitam aos valores de validade e não-validade.

Assim, temos que a ciência do Direito, tal qual todas as ciências, é realizada mediante a linguagem, e como tal, com a linguagem descritiva sobre a linguagem prescritiva do Direito Positivo, num nível de metalinguagem, e sendo sistema, configura-

se em metasistemática.

A dogmática jurídica como visto descreve seu objeto, que no caso é o direito positivo, e que apesar de entrelaçado por elementos da linguagem ordinária e elementos técnicos de criação própria, constitui-se em um sistema, ou seja, em um todo coordenado, em que as partes se relacionam entre si e compõe o todo.

Desse modo, ao cientista do direito não está vedado considerar aspectos extra sistemáticos do direito, próprios de outros sistemas, como o econômico, o social, o político, dentre outros, porém, não é sua função descrevê-los e menos ainda misturá-los aos conteúdos do sistema jurídico, devendo diferenciar bem quando trata de um e quando trata de outro, atendo-se precipuamente às proposições prescritivas que apontam para fatos e condutas intersubjetivas.

O direito positivo segundo Paulo Barros de Carvalho(2005, p. 2) “é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país.” e à ciência do Direito caberia descrever esse enredo normativo, ordenando-o, declarando sua hierarquia, exibindo as formas lógicas que governam o entrelaçamento das várias unidades do sistema e oferecendo seus conteúdos de significação.

As formas lógicas que governam o direito são estabelecidas pelas proposições da lógica deôntica (do dever-ser) que se pauta pelos valores de validade e não validade. Enquanto a ciência do direito e não o direito em si submete-se ao critério da lógica apofântica, em que suas proposições descritivas do objeto são julgadas pelos valores de verdade e falsidade.

O Direito Positivo, tal qual a ciência que lhe estuda, está vertido em linguagem, por meio da qual se constitui e se expressa. E essa camada de linguagem se volta para a disciplina do comportamento humano no âmbito de suas relações de intersubjetividade. As regras do direito existem para organizar a conduta das pessoas umas com relação às outras, razão pela qual não atinge as questões intrasubjetivas, a não ser quando tal questão interna se exteriorize e corresponda a um comportamento exógeno e objetivo. (CARVALHO, 2005, p. 3)

O cientista do Direito, deve, mediante a observação dos enunciados normativos dados pelo direito posto, investiga-los e interpretá-los, descrevendo-os segundo determinada metodologia.

Assim, a ciência jurídica está revestida em estrutura de linguagem que versa sobre outra linguagem, que é a linguagem do Direito positivo, enunciando esta por meio de proposições, que é a estrutura lógica fundamental, que se coloca em outro nível, mais alto que o nível da linguagem com que formulamos o conhecimento dos objetos em suas várias espécies.

### **1.2.1 Objeto da Ciência Jurídica**

É necessária a demarcação do objeto formal de cada ciência. E tem-se por objeto-formal aquele produto de um corte abstrato sobre o objeto-material, cuja constituição é complexa.

A cada ciência corresponde um objeto-formal. A ciência do Direito tem por objeto a realidade chamada direito, que é uma realidade construída pela linguagem. Essa mesma realidade construída é complexa, pois se trata de um feixe de enunciados ordenados que estão relacionados um ao outro, constituindo partes de um todo.

O campo de pesquisa do investigador dessa deverá ser imbuído de parcialidade, com a qual faz a incisão necessária para analisar a parte específica em que se debruça a pesquisa.

Assim, o cientista do Direito, sem desprezar e considerar a importância do todo, recorta do todo a parte que lhe servirá de objeto para análise metalingüística da ciência jurídica.

### **1.3 OPÇÃO METODOLÓGICA**

Como visto acima, o conhecimento científico para ser alcançado pressupõe um método científico.

A palavra método possui origem no grego μέθοδος (méthodos, caminho para chegar a um fim). O método científico é um conjunto de regras básicas para desenvolver uma experiência a fim de produzir novo conhecimento, bem como corrigir e integrar conhecimentos pré-existentes. Na maioria das disciplinas científicas consiste em juntar evidências observáveis, empíricas (ou seja, baseadas apenas na experiência) e mensuráveis e as analisar com o uso da lógica.

Assim, como caminho dotado de passos para o alcance de um fim, fim este que é averiguar a verdade das proposições descritivas, o método científico é indispensável para a ciência do direito, pois é ele que determinará as premissas e todo o percurso a ser seguido até a construção das conclusões.

É de se ressaltar que toda ciência que busca conhecer seu objeto, deve antes de tomar suas conclusões descrever o objeto como ele realmente é. A ciência do Direito exige um objeto-formal que possa ser colocado sob rigorosas bases intersubjetivas.

O direito positivo, objeto-formal já desenvolvido pela conceptualização científica impõe uma multiplicidade quantitativamente indeterminada e qualitativamente heterogênea de normas. A ciência jurídica busca pôr ordem conceptual na multiplicidade heterogênea do objeto-material, estabelece conceitos, “demarca o universo de normas, retendo as características definientes das normas que são jurídicas” (VILANOVA apud SANTI, p 24)

Segundo Eurico Diniz de Santi(1996, p. 24-25) :

O conhecimento gnosiológico não reproduz o dado-material, a coisa-em-si-mesma, mas o que se dá na experiência do ser cognoscente. Confere representação e categorias de conhecimento às impressões recebidas passivamente pelos sentidos, sobre as quais, o espírito, reagindo, aplica suas formas subjetivas

No caso da presente investigação busca-se descrever o feixe de normas jurídicas que compõem a renúncia fiscal heterônoma de ICMS para exportação.

O método, sendo variável, é adotado unilateralmente pelo sujeito cognoscente, de forma que teremos para cada método uma ciência. No estudo do Direito, o pesquisador demarca o campo objetual das normas jurídicas para observá-las, investigá-las, interpretá-las e descrevê-las segundo determinada metodologia. (Kzan Neto, 2007, p. 22)

Entendemos o Direito como uma prática social objetivada que visa regular as condutas intersubjetivas no tempo histórico e no espaço social. Essa é a nossa forma de aproximação do objeto investigado.

Por isso adotamos como método em nosso estudo a análise dos enunciados constitucionais e legais relativos à renúncia fiscal heterônoma de ICMS, bem como análise e considerações acerca de estudos econômicos disponíveis na literatura que contribua para a formulação das conclusões.

### **1.3.2 Do Corte Metodológico**

Todo conhecimento já pesquisado, desenvolvido e analisado dispensa que seja novamente posto sob observação e que se redunde acerca de seu conteúdo. Com vistas a evitar a redundância e também reconhecendo os limites de qualquer pesquisa, que necessita de um objeto delimitado é que se faz o corte metodológico.

Aurora Tomazini de Carvalho (2009, p.46) afirma que:

a realidade é complexa, requer cortes que indicam os limites da atividade cognoscitiva, delimitando a experiência. Os cortes são realizados mediante um processo denominado de abstração, pelo qual o sujeito cognoscente

renuncia partes do todo, canalizando sua atenção a um ponto específico e, embora importem perda da totalidade, aduzem especificidade ao conhecimento

O corte metodológico que secciona a parte da realidade para servir de objeto de estudo é uma escolha unilateral do sujeito cognoscente. Não se encontra sujeita a contestações. É pressuposto epistemológico.

Desta feita “a ciência do Direito em sentido estrito (Dogmática Jurídica) não deve preocupar-se com aspectos externos ao objeto, como a moral ou o costume (não juridicizado) e a justiça (extrajurídica). Trata-se de campo fértil a outras ciências (Ética, Sociologia e Filosofia).” (KZAN NETO, 2007, p.23)

Segundo Calilo Kzan Neto, “a ciência do Direito deve colocar-se dentro do direito positivo. Não pode instalar-se fora para compreendê-lo como um fenômeno social. Resvalar-se-ia para o campo da Sociologia.” (2007, p. 23).

Deste modo, o objeto de nossa pesquisa, que determina o método para a investigação cognoscitiva, é o direito positivo especificamente posto em sua forma constitucional e legal no que aduz à renúncia fiscal heterônoma de ICMS para exportação.

Assim, o presente estudo ateve-se à análise da renúncia fiscal heterônoma de ICMS para exportação introduzida no ordenamento jurídico positivo brasileiro por meio dos enunciados legais constantes nos artigos 3º, inciso II da Lei Complementar n. 87/1996, chamada Lei Kandir, e art. 155, §2º, inciso X, alínea 'a', modificado pela Emenda Constitucional nº 42/2003.

Tendo como pressuposto de que o Direito é uma fenômeno complexo não adentramos em sua ontologia e buscamos dar foco apenas às manifestações normativas enunciadas em linguagem.

## CAPÍTULO 2 SISTEMA E DIREITO

### 2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SISTEMA

Para compreendermos o Direito positivo, temos que entender o ordenamento jurídico, e verificar o que é sistema. Entretanto, “há no termo sistema uma pluralidade de sentidos que torna a investigação equívoca, se não for esclarecido de antemão”.(FERRAZ JR, 1976, p. 8)

Um todo coordenado composto de várias partes que se relacionam para formar um conjunto pode ser a noção básica de sistema. Vindo do grego *sietemiun*, o termo "sistema" significa "combinar", "ajustar", "formar um conjunto".

Assim, a noção de sistema é fundamental para que se mantenha uma relação dinâmica entre direito e texto legal, desta feita, Canaris colaciona conceitos de sistema de mais diversos autores, nos informando que para Kant sistema é “a unidade sob uma idéia de conhecimentos variados”; para Savigny como a: “concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade”; Stammler afirma que é: “uma unidade totalmente coordenada”.(CANARIS , 1989):

Um sistema pode ser real, formado por elementos naturais como o sistema fisiológico, respiratório, biológico, etc., esses são chamados de sistemas nomoempíricos, pois possuem proposições sintéticas que se referem a objetos reais, viabilizam a presença de enunciados advindos fundamentalmente da experiência.

### 2.2 SISTEMAS NOMOEMPÍRICOS E NOMOLÓGICOS

Um sistema pode ainda ser um sistema meramente proposicional, podendo ser nomoempíricos ou nomológicos.

Os sistemas nomológicos são compostos de proposições analíticas, cujo desenvolvimento dá-se mediante processo dedutivo a partir de um axioma situado no interior do sistema. Eles têm sentido puramente sintático, como a matemática e lógica, que retiram dos seus próprios axiomas a validade das proposições formuladas. São semanticamente indeterminadas, pois não se referem a objetos exteriores, e pragmaticamente neutros, pois não têm função

teleológica ou axiológica.

São por outro lado, nomoempíricos os sistemas abertos semântica e pragmaticamente. Neste caso, poderíamos dizer, resgatando o exemplo, que tanto o Ordenamento Jurídico quanto a Física fazem referência a objetos exteriores mutáveis (variação semântica). Diferem ainda no nível pragmático. Enquanto a Física pretende descrever como e com que se relacionam os objetos reais, tendo como única finalidade a certeza, o Ordenamento tem a função de direcionar a conduta humana, segundo critérios que nada dizem com a busca da verdade, porque regidos por valores diferenciados. O cientista deseja "descobrir e descrever" seu objeto, enquanto o operador do ordenamento procura "interferir e prescrever" condutas humanas. Os primeiros são chamados de sistemas teóricos, enquanto que os segundos podemos denominar de normativos ou prescritivos. Acreditamos que o Ordenamento é completo e fechado no nível sintático, mas sofre variações de significado quanto aos objetos a que se refere e às finalidades de quem faz uso do sistema.

Assim, todo sistema implica em possuir elementos, sejam eles reais ou proposicionais; implica também em que esses elementos possuam relações entre si; e por fim, que possuam unidade.

De acordo com Maria do Rosário Esteves(1997, p. 27) “tanto os sistemas reais ou empíricos quanto os proposicionais não incluem a coerência ou compatibilidade (no sentido lógico) interpartes como uma constante entre seus elementos constitutivos.”.

Entretanto, a compatibilidade das partes é uma condição necessária para os sistemas proposicionais com função teórica. Os sistemas proposicionais com função prescritiva (normativa), por estarem localizados no “mundo” da práxis e não na ordem do *logos* ou da *gnose*, dispensam de coerência.

Assim, os sistemas proposicionais normativos podem ser incoerentes, e muitas vezes o são, sendo a coerência tão somente um ideal-racional que existe com base na exigência de segurança.

Os sistemas normativos possuem a função de dirigir a conduta humana para um caminho específico. O sistema jurídico diferencia-se de outros sistemas normativos porque tem caráter sancionatório.

Um sistema de normas jurídicas formam um sistema nomoempírico

prescritivo.

### 2.3 NOÇÃO DE SISTEMA COMO ORDENAMENTO JURÍDICO

As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações entre si, e a isso, Bobbio diz que se costuma chamar de “ordenamento”.

Nesse sentido, observa Bobbio que a palavra “direito”, dentre seus vários sentidos, tem também o de “ordenamento jurídico”, que pode ser considerado, um todo de normas, metaforicamente, uma floresta com várias árvores.

O jurista italiano insta que a norma jurídica, considerada singularmente, conduz ao ordenamento jurídico, considerado como um conjunto ordenado e harmônico de normas.

Um ordenamento Jurídico é composto de mais de uma norma, disso advém que os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem das relações das diversas normas entre si.

Bobbio distingue entre normas de conduta (que prescrevem determinada ação ou omissão) das normas de estrutura, que estabelecem as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas (BOBBIO, 1995, p. 33):

Assim, sendo o ordenamento jurídico composto de mais de uma norma surgem questões e mesmo até conflitos das relações das diversas normas entre si, e entre normas de estrutura e de conduta.

### 2.3 SISTEMA E CIÊNCIA DO DIREITO

VILANOVA (1997, p. 168-169) aduz que:

O Conhecimento dogmático (especificadamente jurídico, que apanha os fatos *sub specie norma*) é um sistema sobre outro sistema, não coordenado, mas supra-ordenado: nesse aspecto, é metassistema. Mas, como temos visto, não tomam em conta, na linguagem do Direito positivo, a sua estrutura formal ou sintática, o abstrato formal, *isolável tematicamente pela reflexão lógica*, ou pela abstração ideatória que incide no logos (a formalização). Se o fizesse, resvalaria para o nível lógico, sendo, então, *metassistema formalizado*. (1997, p. 168-169)

Assim, resta claro que a ciência do direito é um metasistema que discorre sobre outro sistema, o sistema jurídico, e se utiliza da linguagem descritiva sobre a linguagem prescritiva do direito positivo.

De acordo com VILANOVA (1997, p. 178):

a sistematização do Direito é inacabada e decorre de processo de racionalização do sistema de cultura. O conhecimento científico do Direito positivo *não produz normas jurídicas*, nem a totalização dessas normas na forma de sistema. A sistematização provém do legislador, no sentido amplo da palavra, ou das fontes normativamente indicadas no ordenamento para produzir regras de conduta na espécie de um todo de regras jurídicas.

Entretanto, a ciência do direito, mesmo se localizando em um nível acima do sistema jurídico, pode vir a fazer parte deste, quando a linguagem descritiva da dogmática jurídica é inserida em uma norma jurídica individual, como por exemplo, uma sentença definitiva de um juízo de 1º grau que adota o pensamento do cientista do direito, servindo como fonte normativa.

Por fim:

O sistema jurídico é *sistema aberto*, em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos); sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através dos esquemas hipotéticos, os *descritores* de fatos típicos, e dos esquemas consenquenciais, onde se dá *função prescritora* da norma de Direito.(VILANOVA, 1997, p. 180).

## 2.5 SISTEMA ESTÁTICO E SISTEMA DINÂMICO

Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito afirma que existem duas perspectivas a se adotar para o estudo do Direito, quais sejam, a Teoria Estática e Teoria Dinâmica do Direito, “depende de cómo se acentúe uno o outro elemento en esta alternativa: las normas que regulan la conducta humana, o la conducta humana regulada a través de las normas” (KELSEN, 1982, p. 83)

### 2.5.1 Teoria Estática

A teoria estática do direito busca “surpreender as normas jurídicas enquanto reguladoras da conduta humana (...) procurando relacionar as normas entre si como elementos da ordem em vigor.” (COELHO, 2009, p. 3)

COELHO (2009, p. 4) aduz que “os temas abordados pela teoria

estática do direito são a sanção, o ilícito, o dever, a responsabilidade, direitos subjetivos, capacidade, pessoa jurídica, etc.;”.

Em suma, a teoria estática ocupa-se do conteúdo da norma jurídica para averiguar nesse âmbito a validade ou não validade de uma norma, a sua compatibilidade, partindo da análise da substância normativa, da materialidade da norma.

Não ocupa-se do procedimento normativo, nem mesmo de sua trama de competência, ocupa-se sim, em saber se o conteúdo normativo é válido mediante a não contradição de seu conteúdo com o conteúdo de outras normas jurídicas.

Podemos exemplificar a análise da validade de uma norma sob a ótica da teoria estática de uma norma jurídica de um Estado A que proibisse que cidadãos nascidos no Estado B adentram-se em seu território, essa norma, mediante análise da teoria estática do direito, seria inválida, pois violaria materialmente a Constituição Federal que assegura expressamente o direito da livre locomoção em território nacional em tempos de paz (art. 5º, inciso XV).

Destarte, a análise do direito sob a ótica da teoria estática assegura a verificação de validade de uma norma mediante a análise de seu conteúdo, e isso é relevante para a ciência jurídica, que pode e deve analisar o conteúdo das normas, bem como a regularidade de seu procedimento, como será exposto.

### **2.5.2 Teoria Dinâmica**

Já a teoria dinâmica destina-se a averiguar “actos de producción, aplicacción o acatamiento, determinados por normas.” (KELSEN, 1982, p. 83) Ressalte-se que busca-se a análise dos atos de produção a partir das próprias normas e não a partir do conteúdo normativo a ser produzido.

Aqui, realça-se a busca pela *trama de competência* da norma jurídica abstraído-se o seu conteúdo, e absorvendo o estudo de sua pertinência ao sistema mediante a avaliação do correto procedimento, da existência de competência para tal, enfim, na forma pela qual a norma jurídica foi elaborada e sancionada ao ordenamento jurídico.

Ambas perspectivas de análises são importantes para a verificação da validade de uma norma jurídica e ambas podem ser tomadas em separado

sobre uma mesma norma, que pode ser válida tanto em seu conteúdo quanto em seu procedimento, quanto pode ser inválida tanto por conteúdo quanto por procedimento.

## CAPÍTULO 3 NORMA JURÍDICA

### 3.1 ENUNCIADOS, PROPOSIÇÕES, DISPOSIÇÃO E NORMA JURÍDICA

#### 3.1.1 Norma Jurídica e Disposição Jurídica

É necessário fazer distinção entre norma jurídica e proposição jurídica. A primeira refere-se à aplicação do direito e a segunda é desenvolvida pelo cientista do direito.

Afirma COELHO (2009, p. 7) que “A doutrina é um conjunto de proposições descritivas de normas”. Portanto, a proposição jurídica é um enunciado descritivo acerca de uma norma jurídica.

A distinção estabelece-se na forma do enunciado, pois enquanto na norma jurídica tem-se um enunciado prescritivo, na proposição jurídica tem-se o enunciado descritivo que se propõe a descrever a norma jurídica.

Assim, o cientista do direito procura examinar a norma jurídica sob vários ângulos, “com vistas a fixar seus contornos” (COELHO, 2009, p. 8) de forma que do fruto de sua análise externa um enunciado descritivo.

Destarte que todo juízo hipotético contido na proposição jurídica não afirma nada de *si próprio*, senão que utiliza-se da metalinguagem normativa para enunciar sobre normas jurídicas.

Deste modo uma proposição jurídica ao fazer afirmações não o faz como fruto da vontade de seu enunciador, cientista do direito, senão como verificador do conteúdo normativo estudado e assim, feita a proposição jurídica, esta passa a ser submetida critério de verificação de verdade ou falsidade e não de validade, como o é a norma.

A título de exemplo podemos concluir que uma proposição jurídica contida em um antigo livro de doutrina que estudou o ordenamento jurídico passado não será verdadeira, pois as suas afirmações não mais se verificarão no ordenamento jurídico vigente. Por outro lado, as normas sobre as quais a proposição jurídica fazia afirmações não podem ser falsas ou verdadeiras, mas válidas ou não válidas no ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido COELHO (2009, p. 9) assenta a importância de tal distinção:

A distinção mais relevante entre normas e proposições concerne à organização lógica do sistema jurídico. Para Kelsen, o conjunto de normas jurídicas, a ordem em vigor, não tem lógica interna. As autoridades simplesmente baixam atos de vontade, no exercício de suas competências jurídicas. Aliás, como as normas podem ser

unicamente válidas ou inválidas, não havendo sentido atribuir-lhes ou negar-lhes função de verdade, e, por outro lado, a lógica se cinge às inferências entre enunciados verdadeiros ou falsos, então não cabe submeter as relações entre normas de uma mesma ordem jurídica aos preceitos lógicos. Apenas indiretamente, isto é, através das proposições jurídicas que as descrevem, será admissível investigar a logicidade das relações internormativas

Arremata COELHO (2009, p. 10) afirmando que “o entendimento acerca da formação do sistema jurídico, de congruência lógica, unicamente por meio das proposições jurídicas guarda íntima relação com a natureza constitutiva do conhecimento.”

As normas jurídicas diferenciam-se das proposições jurídicas no sentido de que apesar de serem enunciados o são na qualidade de enunciados prescritivos decorrentes diretamente de atos de vontade do legislador e do aplicador do direito.

Assim estão submetidas as normas a critérios de validade e não de falsidade ou verdade.

### **3.2.1 Diferença entre Disposição e Normas**

É necessário *prima facie* destacar que para que um texto qualquer possua sentido ou significado este deverá pressupor da interpretação do interlocutor, este que pode ser tanto quem o escreve quanto quem o lê, mesmo porque quem escreve necessariamente o também lê.

Deste modo, no domínio do direito positivo a interpretação é a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo, sendo texto normativo qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa, dentro de um sistema jurídico dado.

Não se há como predeterminar uma interpretação, pois em resumo é expressão discursiva de uma atividade intelectual, ou seja, o discurso do intérprete. E sua análise é feita por seu produto literário (sentença judicial, obra doutrinária).

Disposição é qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo ou de qualquer enunciado do discurso das fontes, e diferencia-se de norma, pois esta é todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de

fragmentos de disposições). Em suma, a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado.

Para GUASTINI (2005p. 27) “em direito, a interpretação é reformulação dos textos normativos das fontes.”. Nesse sentido, na interpretação jurídica, o intérprete produz um enunciado pertencente à sua linguagem que ele assume ser sinônimo de um enunciado pertencente à linguagem das fontes.

A disposição e a norma são disposições homogêneas: uma e outra são nada mais do que enunciados. A disposição (enunciado interpretado) é um enunciado do discurso das fontes; a norma (enunciado interpretante) é um enunciado do discurso do intérprete, que o intérprete considera sinônimo de disposição e que, portanto, pode ser substituído pela disposição sem perda do significado.

Assim, a norma enquanto “significado” não é uma enigmática construção mental, pois as normas se expressam por meio de palavras, das quais os significados não possuem uma “existência” independente.

Em síntese, a disposição é um enunciado que constitui o objeto da interpretação. A norma é um enunciado que constitui o produto, o resultado da interpretação.

Na prática forense, costuma-se confundir disposição e norma, utilizando ambas no mesmo sentido de disposição. GUASTINI (2005, p. 29-30) informa que essa postura supõe uma doutrina normativista do direito e uma doutrina formalística da interpretação. Nesse sentido, o autor realiza sua crítica quanto a este posicionamento:

Por um lado, o direito é concebido não como um conjunto de documentos normativos, de decisões interpretativas, e de praxes aplicativas, mas sim como um sistema de ‘normas’; normas, bem entendido, que são pré-constituídas à interpretação e à aplicação; por outro lado, a interpretação é concebida como conhecimento de normas belas e feitas, de modo que é sensato distinguir entre interpretação ‘verdadeira’ e interpretação ‘falsa’ (de normas), como também entre aplicação ‘fiel’ e desaplicação (de ‘normas’), sempre.

A disposição é o texto legislativo, e o seu significado, o texto normativo, inclusive o seu significado literal. Em suas próprias palavras: “qualquer significado atribuído a um texto normativo – sem excetuar o significado literal – é distinto do próprio texto; segundo minha estipulação, também o significado literal é uma norma e não uma disposição.” (GUASTINI, 2005,p. 32).

Basicamente, uma única disposição pode conter mais de uma norma em seu bojo, e também várias disposições podem dizer respeito a uma única norma. Deste modo resta consignado que podem existir normas sem disposição, que seriam as normas não expressas ou implícita, sendo deduzida do ordenamento jurídico em seu conjunto.

### 3.2.2 Normas Não Expressas

Às normas não expressas, Ricardo Guastini (2005, p. 42) afirma que não são frutos da interpretação, pois a interpretação só é realizada sobre disposições, mas sim fruto da produção (ou integração) do direito, a norma não expressa é produção do direito e não interpretação dele.

Assim CARVALHO (2005, p. 43) enfatiza a necessidade da distinção: “Eis porque a distinção entre disposição e norma presta-se também a este uso: traçar uma linha de demarcação entre **interpretação de documentos normativos e integração do direito.**” (grifos nossos).

Não nos detemos na análise do tema da integração do direito, no entanto entendemos que essa consiste atividade interpretativa realizada pelo intérprete autêntico, este compreendido como aquele competente para *aplicar* em menor ou maior grau, a Constituição.

Temos que toda interpretação é uma construção de seu enunciador , podendo-se falar que as interpretações das interpretações passam a ser mais do que construções e tornam-se *reconstruções* feitas a partir de bases interpretativas previamente construídas.

Nesse sentido aduz ÁVILA (2005, p.25) “O Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados”. Contudo, não só constroem significados mas reconstroem no sentido do que foi exposto acima, tendo cuidado de diferenciar que o poder judiciário constrói significados traduzidos em normas jurídicas e a ciência jurídica constrói significados estampados em proposições jurídicas, consoante diferenciação já exposta.

## CAPÍTULO 4. NOÇÃO DE VALIDADE

### 4.1 VALIDADE ENQUANTO CONCEITO LÓGICO

A validade no campo da lógica é também conhecida como *verdade lógica* e determina quando um argumento é necessariamente verdadeiro partindo-se de premissas necessariamente verdadeiras.

É dito que para que um argumento seja considerado válido é mister afirmar que a conclusão válida segue das premissas verdadeiras, em outras palavras um argumento é válido se, sendo todas as premissas verdadeiras, a conclusão que segue também é necessariamente verdadeira.

Tal entendimento é clarificado no clássico exemplo do silogismo aristotélico: “(A) Todo Homem é mortal ; (B) Sócrates é homem; (C) Sócrates é mortal.”

As premissas A e B conduzem necessariamente à conclusão C.

Assim, a apreensão da validade do argumento lógico se dá a partir das premissas verdadeiras até à conclusão verdadeira, do geral para o particular, mediante o método denominado dedutivo.

Deste modo, a validade, sendo um conceito a princípio extraído da lógica e lógica formal, pois independentemente do revestimento linguístico de que se compõem as proposições (por exemplo, A,B e C) as premissas seguirão verdadeiras tal qual a conclusão.

Destarte, as proposições A, B e C poderiam adquirir a seguinte *forma*: (A) Todo H é M; (B) S é M, logo, (C) S é H. E assim por diante, podendo substituir-se as letras H, M e S por X, W e Y, e ainda o vocábulo *logo* por um símbolo como este ► que pode também significar *então* que aponta para uma conclusão.

Lançada as lições mais propedêuticas da validade enquanto produto da lógica formal, temos que a partir da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen que afirmava ser a norma jurídica de existência *deôntica*, ou seja, no âmbito do *dever-ser* a validade da norma jurídica passa a adquirir importância dentro da perspectiva deôntica do encadeamento hierárquico de normas que podem ser consideradas as suas premissas dedutivas que permitirão chegar à conclusão de que determinada norma é legítima, ou dizer, válida.

É assim lançada a importância, portanto, do aprendizado da lógica

formal no campo da ciência do direito, e, principalmente, do conceito de validade no âmbito jurídico, com as especificidades da área.

Em GUASTINI (2005) temos duas distinções básicas para o sentido de validade, um forte ou pleno e outro fraco.

O sentido forte ou pleno de validade significa pertinência a um sistema jurídico (*membership*): uma norma válida, dentro de um dado sistema jurídico, é uma norma que responde a critérios de identificação próprios desse sistema.

Em sentido fraco, validade significa “existência”, uma norma existente é, muito simplesmente, uma norma que foi efetivamente criada, “posta”, isto é, formulada e publicada (ou promulgada) por uma autoridade normativa *prima facie* competente.

## 4.2 Validade da Norma Jurídica em Bobbio

Para BOBBIO (2001, p. 46) “o problema da *validade* é o problema da *existência* da regra enquanto tal”. Assim:

O problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. Validade jurídica de uma norma equivale à existência desta norma como regra jurídica (BOBBIO, 2001, p. 47)

Assim, existem três critérios para determinar a validade jurídica de uma norma que BOBBIO (2001, p. 47) chama de três operações, quais sejam:

**1)** averiguar se autoridade de quem ela emanou *tinha o poder legítimo para emanar normas jurídicas*, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema); **2)** averiguar se não foi *ab-rogada*, já que uma norma pode *ter sido* válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer *que ainda o seja*, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; **3)** averiguar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita*), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras)

É de particular importância a última operação citada para verificação da validade de uma norma jurídica, pois trata-se de um critério, conforme nominado pelo próprio autor *implícito*, portanto, que requer detalhada investigação sistemática do ordenamento jurídico para verificar a não contradição da norma jurídica inferior com outra norma hierarquicamente superior afim de conhecer se aquela sofre de *ab-rogação implícita*.

É certo, portanto, que a ciência jurídica atende a uma organização lógica do sistema jurídico para melhor estudá-lo, pois “o conjunto de normas jurídicas, a ordem em vigor, não tem lógica interna” (COELHO, 2009, p. 9) e isto é assim porque “as autoridades simplesmente baixam atos de vontade, no exercício de suas competências jurídicas” (idem)

Destarte, “apenas indiretamente, isto é, através das proposições jurídicas que as descrevem (as normas), será admissível investigar a logicidade das relações internormativas.” (COELHO, 2009, p. 9)

Assim, “se entre proposição jurídica descritiva da norma A e a descritiva da norma B se estabelece contradição, então essas normas não podem ser simultaneamente afirmadas como válidas” (COELHO, 2009, p. 9-10)

A extensão desse debate resvalará certamente em questões como norma hipotética fundamental dentre outros esquemas de validade da norma jurídica sob a ótica da teoria estática e da teoria dinâmica do direito.

Por ora, infere-se apenas que os critérios verificativos de validade são indispensáveis à análise científica do direito para o conhecimento da validade ou não de uma norma no âmbito da ciência jurídica.

#### **4.3 NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL COMO CRITÉRIO ÚLTIMO DE VALIDADE**

A norma hipotética fundamental é uma norma *não posta*, mas *suposta* para determinar a competência do constituinte que edita a Constituição histórica quer seria qualquer documento que sustente o ordenamento jurídico positivo vigente.

A norma hipotética fundamental ocorre porque “a ciência do direito, para descrever o seu objeto, deve indagar sobre o fundamento de validade das normas integrantes da ordem jurídica em estudo” (COELHO, 2009, p. 12)

Assim:

Ao indagar, contudo, sobre a validade da Constituição – a norma jurídica de que decorre a validade das demais -, ela deve forçosamente *pressupor* a existência de uma norma fundamental, que imponha a observância da mesma Constituição e das normas jurídicas por ela fundamentadas. Ainda que inconscientemente, todo o cientista do direito formula essa pressuposição ao se debruçar sobre o seu objeto de conhecimento. **A norma fundamental, portanto, não é positiva, mas hipotética**, e prescreve a obediência aos editores da primeira constituição histórica. (COELHO, 2009, p. 12) (Negritos nossos)

É de se anotar que “ para nos valermos da expressão de Kelsen, a primeira constituição histórica deriva de *revolução* na ordem jurídica, tendo em vista que não encontra suporte nessa ordem, mas inaugura uma nova” (COELHO, 2009, p. 15).

Registre-se ainda que a norma hipotética fundamental trata-se:

de uma ficção, no sentido de que contraria a realidade e é contraditória em si mesma. De fato, a norma *pensada* pela ciência jurídica contradiz a realidade normativa, já que não corresponde a nenhum concreto ato de vontade, não existe enquanto norma. E se contradiz internamente, porque descreve a outorga do poder supremo, partindo de uma autoridade ainda superior. A ficção, no entanto, a despeito de suas inerentes contradições, é instrumento do saber limitado. (COELHO, 2009, p. 15-16)

É mister observar que não obstante a contradição e ficção da norma hipotética fundamental ela ainda continua sendo o arrimo de validade do ordenamento jurídico, pois não é norma posta e sim pressuposta.

Assim, a validade pela perspectiva da teoria dinâmica do direito perpassa pela trama de competência para chegar ao fundamento último de validade na norma fundamental, essa é, ainda, a solução dogmática para a verificação última da validade de uma norma jurídica e mesmo de todo o ordenamento jurídico.

## PARTE II – FEDERALISMO E CONSTITUIÇÃO

### CAPÍTULO 5. FORMA FEDERATIVA DE ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

#### 5.1 FORMA FEDERATIVA DE ESTADO E FEDERALISMO

Forma federativa de Estado é o termo presente na Constituição Federal de 1988 no rol das cláusulas pétreas, cujo teor presente no art. 60, §4º é o seguinte: *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I- a forma federativa de Estado.*

Entretanto essa é a análise mais simples e crua que se pode ter de forma federativa de Estado tendo em vista tão somente o enunciado constitucional que se limita a expressar “forma federativa de Estado” sem defini-la, restando à ciência jurídica atribuir sentido aos signos linguísticos da lei.

Destarte é necessário descortinar o sentido dos conteúdos linguísticos presentes no texto normativo constitucional com relação ao federalismo, entender de onde vem a forma federativa de Estado que nasce junto com a República Federativa do Brasil e o que a acompanha em seu conteúdo semântico.

##### 5.1.1 Evolução Histórica

Primeiramente precisamos compreender o significado do termo Estado que provém do latim “estar firme” e segundo Dalmo de Abreu Dallari(1995, p. 43) significa situação permanente de convivência de uma sociedade política, e sua existência é política-jurídica, tendo sua origem e forma de organização na Constituição (HORTA, 2003, p. 305).

Já o termo Federação provém do latim *foedus* que significa pacto, aliança, sendo o Estado Federal, uma união ou aliança de Estados, ou Unidades Federadas (DALLARI, 1995, p.215), tendo sido utilizado como sinônimo de tratado ou convenção em 1291 com a aliança das comunidades dos vales dos Alpes Suíços para facilitar as gestões de interesses comuns, tais como o comércio livre e assegurar a paz das importantes rotas comerciais ao

longo das montanhas.<sup>1</sup>

O termo *federalismo* é:

empregado muitas vezes em sentido genérico e impreciso para significar qualquer 'aliança de Estados', tecnicamente *Estado Federal* corresponde a determinada forma de Estado, criada pelos norte-americanos no final do século XVIII (DALLARI, 1986, p. 7)

Em que pese a explicação histórica da origem da palavra *foedus* e de sua aplicação no passado como possível sinônimo de Federação, entendemos com Dalmo de Abreu Dallari que:

as federações que alguns autores pretendem ver na Antiguidade, na Idade Média ou nos primeiros séculos da Era Moderna foram apenas alianças temporárias, com objetivos limitados, não chegando à submissão total e permanente dos aliados a uma Constituição comum, sob um governo composto por todos e com autoridade plena, máxima e irrecusável sobre todos. (1986, p. 7)

Essas considerações históricas são importantes, pois muito embora não exista um modelo pronto e acabado de federalismo, nos permite visualizar características perenes e presentes em todos os Estados Federais, como por exemplo, a necessária Constituição Federal que cria esse chamado Estado Federal.

Assim, Dallari (1986, p. 7) destaca que “a fixação do nascimento do *Estado Federal* nas últimas décadas do século XVIII é ponto fundamental para a compreensão de suas características, de seus objetivos, de seu funcionamento e de sua evolução”

Deste modo, a Constituição que adota a forma federativa envolve a própria concepção desta de acordo com os mecanismos estabelecidos na sua formação e princípios adotados que permitem a análise histórica e jurídica de *Estado Federal*.

## 5.2 CONCEITO DE FEDERALISMO

Federalismo pode ser considerada a fusão do prefixo federal que

---

<sup>1</sup> [http://pt.wikipedia.org/wiki/Antiga\\_ConFederação\\_Helvética](http://pt.wikipedia.org/wiki/Antiga_ConFederação_Helvética) , acesso em 04.02.2010

possui, como vimos, a origem no termos *foedus* que significa aliança e pacto com o sufixo “ismo” que segundo HOUASSIS (2001) é formador de nome de ação dos verbos, por exemplo catequizar: catecismo; ostracizar: ostracismo, federalizar: federalismo.

Assim tomaríamos a expressão federalizar ou federalismo como pactuar, estabelecer pactos, alianças e enfim, agregar. No entanto essa ainda não é uma definição de *federalismo* é apenas uma acepção verbal que também é importante.

Deste modo, de modo genérico, a partir da acepção gramatical do vocábulo *federalismo* podemos conceitua-lo como o pacto ou aliança entre Estados autônomos reunidos sob um poder comum federal para o qual delegam conjuntamente sua soberania à qual se submetem e pela qual regem-se nas relações internacionais.

No entanto, não obstante o esforço de uma definição em abstrato a partir da análise gramatical do vocábulo *federalismo* essa é feita tão somente para termos uma noção deste, pois:

Não existe um 'modelo' de federalismo ideal, puro e abstrato, que englobe a variedade de organizações existentes nos Estados denominados federais. O que existe é uma série de soluções concretas, historicamente variadas, de organização do Estado, dentro de determinadas características comuns entendidas como necessárias a um regime federal.(BERCOVICI, 2003, p. 145).<sup>2</sup>

Assim, desde a primeira Constituição denominada Federal - promulgada em 17 de setembro de 1787 pelos Estados Unidos da América do Norte - até os dias atuais as demais Constituições ditas Federais adotaram variados mecanismos, técnicas e regras na sua anatomia federativa.

Muito embora não se possa falar em regras universais e abstratas da forma federativa para os diferentes Estados, há um núcleo essencial de características que indicam a existência de uma Federação, e uma característica que é fundante está na existência de uma Constituição Rígida Comum (BERCOVICI, 2003, p. 146).

Nesse sentido, Raul Machado Horta (2003, p. 307) anota que a “a construção normativa do Estado Federal pressupõe a adoção de determinados

---

<sup>2</sup> Em sentido contrário ver BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 5-10 e 315-324

princípios, técnicas e de instrumentos operacionais da organização constitucional dominante do federalismo”

### 5.2.1 Diferença entre Confederação e Federação

Dalmo de Abreu Dallari esclarece que:

a diferença fundamental entre a união de Estados numa confederação ou numa Federação está na base jurídica. Na confederação os integrantes se acham ligados por um tratado, do qual podem desligar-se a qualquer momento, uma vez que os signatários do tratado conservam sua soberania e só delegam os poderes que quiserem e enquanto quiserem. Bem diferente é a situação numa Federação, pois aqui os Estados que a integram aceitam uma Constituição comum e, como regra, não podem deixar de obedecer a essa Constituição e só têm os poderes que ela lhes assegura. (1986, p. 15)

Ademais “quando celebram uma aliança e decidem constituir uma Federação ou quando aderem a uma Federação já constituída, os Estados perdem a condição de Estados e passam a ser partes integrantes do Estado Federal.” (1986, p. 15-16)

É ainda característica do Estado Federal a proibição de secessão, que quer dizer que as unidades federadas como regra não podem desligar-se da Federação, não se reconhece o direito a secessão, pois segundo Dallari “foi exatamente o desejo de constituir uma aliança sólida e indissolúvel que levou à criação do Estado Federal”(1986, p. 16). No Brasil, tal proibição é manifesta na possibilidade de intervenção federal (arts. 34 a 36 CF/88)

### 5.2.2 Características do Federalismo

As diferentes unidades federadas não possuem hierarquia entre si. Uma não é superior a outra. A União não é superior aos Estados Membros ainda que possuam competências distintas atribuídas pela Constituição.

Outra característica importante é a autonomia dos Estados-Membros, que apesar de renunciarem à sua soberania, ao integrarem uma Federação *participam da soberania da União* influenciando sobre as decisões soberanas, decisões do conjunto, no qual se acham integrados, sendo que “os membros de uma Federação gozam de autonomia, que é o poder de autogoverno, incluindo a possibilidade de escolher seus governantes e de agir por vontade

própria em relação a muitos assuntos.” (DALLARI, 1986, p. 18)

É importante ressaltar que a parcela de autonomia dos Estados membros em uma Federação se expressa mediante a parcela de poder que lhe é garantida e reservada mediante a divisão de competências e que não é abrangida pelo poder de deliberação e decisão do Governo Federal, que mantém suas próprias competências, necessárias à persecução dos interesses comuns dos entes federativos.

Raul Machado Horta destaca ainda o poder de auto-organização constitucional dos Estados-Membros, que é a capacidade dos estados membros de estabelecerem sua própria Constituição Estadual(HORTA, 2003, p. 307)

É ainda característica da Federação a existência de um Poder Judiciário Federal e de uma Suprema Corte para interpretar e proteger a Constituição Federal.

É importante observar que o Estado Federal requer *duplo ordenamento* ,um federal e outro estadual, sendo o primeiro chamado de central e o segundo de parciais e intra-estatais relativos às próprias regras administrativas, legislativas e judiciárias. O ordenamento da Federação ou da União é unitário. E “assegurar a coexistência entre esses múltiplos ordenamentos [...] é a função da Constituição Federal”(HORTA, 2003, p. 306)

Nesta senda, é necessário um convívio harmonioso entre os dois ordenamentos, federal e estaduais, sendo a técnica de existência uma tentativa de haver uma “unidade dialética de duas tendências contraditórias: a tendência à unidade e a tendência à diversidade” (GARCIA PELAYO, 1984 , p. 218)

### 5.2.3 Concepções de Federalismo

Raul Machado Horta (2003, p. 306) anota que

a preferência do constituinte federal por determinada concepção de Estado Federal e atuação desses fatores extraconstitucionais irão conduzir, de forma convergente ou não, ao tipo de organização federal em determinado momento histórico.

Assim:

se a concepção do constituinte federal inclinar-se pelo fortalecimento do poder federal, teremos o *federalismo*

*centrípto*, que Geroges Scelles chamou de federalismo por agregação ou associação; se, ao contrário, a concepção fixar-se na preservação do poder estadual emergirá o *federalismo centrífugo* ou por *segregação* (HORTA, 2003, p. 306)

Deste modo, a repartição de competências é determinante para estabelecer a concepção de federalismo vigente, se *centrípeto* ou *centrípeto*. É ela que pode dar equilíbrio ao federalismo de um Estado, pois que estabelece a parcela de poder de cada membro, dos Estados e da União, e no Brasil, até dos Municípios. (art. 1º e 18 da CF/88)

Seguindo os requisitos essenciais ao federalismo acima listados, temos que a sua configuração não é uniforme de onde decorre a diversidade de organizações federais, dando origem a múltiplos modelos de federalismo: norte-americano, alemão, brasileiro, soviético, dentre outros. (HORTA, 2003, p. 308)

Para Raul Machado Horta (2003, p. 308):

a autonomia constitucional do Estado-Membro praticamente deixa de existir, quando a Constituição Federal se encarrega de preordenar o Estado-Membro em seu texto, tornando a Constituição Federal um documento híbrido, federal e estadual

Quanto à necessária repartição de competências Raul Machado Horta (2003) informa que as formulações constitucionais da repartição de competências podem trilhar dois caminhos conforme “o modelo clássico que tem sua fonte na Constituição Norte-Americana de 1787 [...] e o modelo que qualifico de moderno, conceito no século atual, a partir do constitucionalismo do pós-guerra 1914/1918”(p. 308)

Em simples compreensão temos que o “modelo clássico de repartição de competências conferiu à União os poderes enumerados e reservou aos Estados-Membros os poderes não enumerados” (HORTA, 2003, p. 308)

O modelo clássico teve seu percurso histórico de aprimoramento com a adoção de sua técnica em outras constituições, inclusive na Brasileira de 1891, 1934, 1946 e 1967 (HORTA, 2003, p. 309)

O federalismo moderno ou a modernização do federalismo ao invés da solução simples do federalismo clássico visa um equilíbrio entre os poderes centrais e periféricos de modo a conciliar o interesse de ambos sem pesar demais a balança da autonomia para um lado e para outro de modo a evitar-se a criação um “federalismo unitário” que segundo Raul Machado Horta é “a

negação do próprio federalismo”. (HORTA, 2003, p. 310/313).

#### **5.2.4 Da repartição de competências como tema central da organização federal**

A repartição de competências numa Federação diz respeito à parcela de poder outorgada pela Constituição Federal aos entes federais para que disponham autonomamente sobre determinada atividade normativa.

A existência de um Estado ocorre com base em uma Constituição, e essa mesma Constituição que dirá a forma de Estado, no caso, a federativa, disporá sobre as competências dos entes que compõem essa Federação. Elucidativamente Raul Machado Horta (2003) expõe que:

A Constituição Federal dirá onde começa e onde termina a competência da Federação. Onde se inicia e onde se acaba a competência do Estado-Membro. A relação entre Constituição Federal e repartição de competências é uma relação causal, de modo que, havendo Constituição Federal, haverá, necessariamente, a repartição de competências dentro do próprio documento de fundação jurídica do Estado Federal. Por isso, a repartição de competências é tema central da organização federal. (p. 342) (destaques nossos)

No dizer de Dalmo Dallari (1986):

no Estado Federal, as unidades federadas, comumente chamadas de *Estados-membros*, recebem diretamente da Constituição federal suas competências(...) que implica o reconhecimento de poderes e a atribuição de encargos.(p. 18)

Ainda para esse autor:

O problema das competências pode ser considerado o ponto central da organização federativa. É indispensável, antes de tudo, que a distribuição das competências entre a União e os Estados seja feita na própria Constituição, para não haver risco de que a perda ou a redução excessiva das autonomias rompa o equilíbrio federativo, ou mesmo anule a Federação, criando um Estado que, na realidade, seja unitário pela centralização do poder. (1986, p. 18)

Ademais, prossegue:

É importante acentuar que no Estado Federal o que se tem é uma descentralização política e não apenas administrativa, isto é, existem múltiplos centros de decisão, cada um tendo exclusividade em relação a determinados assuntos, o que é muito mais do que a simples descentralização da execução. (1986, p. 18-19)

Assim, o “sentido inovador e o alcance do federalismo é a desconcentração do poder político [...] a União e os Estados têm competências próprias e exclusivas, asseguradas pela Constituição” (DALLARI, 1986, p. 22)

A competência é a expressão da autonomia dos entes federativos, pois a “autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa” (HORTA, 1964, p. 49).

### **5.3 FEDERALISMO NO BRASIL**

No Brasil a instauração da forma federativa de Estado não contemplou um movimento centrípeto, ou seja, deslocamento de poder local para um poder central como no federalismo norte-americano, mas sim um movimento centrífugo, em que o Poder Central do Império passou a ser compartilhado com as províncias, atuais Estados. (ANDRADE, 1999, p. 11)

Desde o período da primeira república até o momento atual as concentrações dos poderes, que podemos traduzir juridicamente na distribuição de competências federais revezou-se entre movimentos centralizadores e descentralizadores, sem, contudo, estabelecer uma definição tal qual podemos aferir da Federação norte-americana, que mescla a “soma do pacto nacional com a proposta de autonomia estadual.” (MARTIN: 2005, p. 62)

De acordo com ARAUJO (2009, p. 48) a alternância entre centralização e descentralização longe de anular os mecanismos institucionais anteriores permitem a “constante redefinição do padrão de relacionamento entre as esferas, por meio de uma dinâmica de aperto/afrouxamento de controles políticos e fiscais”

Assim, embora com as alternâncias de tendências centralizadoras e descentralizadoras, desde a Constituição de 1891 a forma federativa de Estado foi mantida, ainda que não possamos avaliar com precisão o nível percentual exato de centralização do poder, a renúncia fiscal de ICMS na exportação mediante Lei Complementar Federal e a seguida imunidade tributária do mesmo tributo sobre o mesmo objeto (exportação) demonstra tendência centralizadora muito forte, a ponto de se questionar o pressuposto de existência do federalismo, a autonomia dos seus membros, expressa nas competências de cada um.

A autonomia é condição *sine qua non* do federalismo e segundo Oliveira Torres (1961), “o federalismo entre nós quer dizer apego ao espírito de autonomia; nos Estados Unidos, associação de estados para defesa comum.” (p. 153)

A ausência de um construção histórica do federalismo tão densa quanto a norte-americana leva a crítica de Pontes de Miranda que ponderou:

As federações nasceram de *pactos*, pactos de paz, como já se dizia nos velhos escritos federais do século XVI. A do Brasil, não. Nada se *federou*, nada se ligou; o que se fez foi adotar a *federatividade* constitucional, expediente de *técnica política constitucional*. A União não nasceu da Federação; a União adotou a organização federal. Essa a realidade, assim histórica como sistemática do direito constitucional brasileiro. Não houve, no Brasil, nem sequer, implicitamente, qualquer ‘pacto’ entre as entidades componentes, qualquer convenção de *status*.

Assim, CHIMENTI (2008, p. 186) aduz que “no Brasil, a Federação nasceu de forma artificial, pois primeiro foi criado o Estado Central e depois foram criadas as Unidades Federativas (federalismo por segregação).” diferindo dos Estados Unidos da América do Norte, em que “havia Estados soberanos preexistentes que se agregaram para constituir a Federação (federalismo por agregação)”

Deste modo o traçado histórico do federalismo na República Federativa do Brasil demonstra que o antecedente da existência jurídica da forma federativa de Estado não precedeu um debate amplo e de comum acordo entre os entes federados, mas partiu do centro, e se irradiou para as margens mediante compartimento maior de poder e conseqüente aumento da autonomia aos Estados.

É de se notar ainda que o país passou por períodos de maiores e menores tendências centralizadoras, mas sempre mantendo a forma federativa de Estado, que pressupõe autonomia dos seus entes.

Entre 1891 a 1930 os Estados restavam fortalecidos e o governo federal enfraquecido, tendo aqueles gozado de maior poder político, econômico e tributário nos seus territórios. (ARAUJO, 2009, p. 50)

A partir de 1930 até 1945 durante o a ditadura de Getúlio Vargas o poder voltou a concentrar-se no nível federal passando a dispor sobre comércio interno e internacional e passado a criar tributos nacionais até então inexistentes.

Com a democratização de 1946 a 1964 a descentralização recupera fôlego e é considerada como requisito essencial para a manutenção da democracia tendo as entidades subnacionais recebido maior parcela na distribuição do poder. (ARAUJO, 2009, p. 50)

Ao despontar o regime militar em 1964 o pêndulo voltou-se novamente para a centralização, sendo que Araujo(2009) nos informa que com o objetivo de fortalecer o poder central foi realizada a reforma tributária em meados dos anos 1960. Assim:

Os poderes tributários do governo federal foram reforçados, possibilitando um aumento da carga tributária total para financiar a modernização da infraestrutura e acelerar o ritmo do desenvolvimento[...] os estados não foram privados de uma autonomia para tributar. Com efeito, ganharam o poder de aplicar um imposto sobre valor agregado da ampla base, em substituição ao imposto sobre transações, existente. Ao mesmo tempo, foi instituído um mecanismo de partilha da receita para melhorar a receita daqueles que tinham uma base tributária estrita. (ARAUJO, 2009, p. 50)

Com a redemocratização e a Constituição Federal de 1988, Araujo (2009, p. 50) analisa que “a autonomia federalista se beneficiou com a decisão de dar aos estados o privilégio de tributar petróleo, telecomunicações e energia elétrica, aumentando, assim, sua base tributária.”

Temos ainda que “um significativo aumento das receitas federais, compartilhadas com os estados e municípios, foi benéfico para os estados menos desenvolvidos e os pequenos municípios.” (ARAUJO, 2009, p. 50)

O atual cenário federativo, embora tenha previsto na Constituição Federal uma repartição de competências tributárias equilibrada entre os membros da Federação e mesmo de repartição de receitas entre esses membros não deixa de ser tendenciosamente centralizador.

Há grande concentração de poder no ente federal com competência para legislar sobre variadas normas de conduta (ex: art. 22, inciso I da CF/88) e para editar “normas gerais” de Direito Tributário expressão muito vaga que fica ao alvedrio do legislador determinar quando há ou não o interesse supra-estadual para a edição das “normas gerais”. (art. 24, §1º)

De acordo com Geraldo Ataliba: “Nenhuma limitação, óbice ou restrição pode o Congresso impor a Estados e Municípios, seja a que titulo for. Nem mesmo a propósito de usar seu poder de elaborar normas gerais de Direito

Tributário" (*apud* FERRAZ JR, 2006)

Tercio Sampaio Ferraz Jr.(1994) aduz que a expressão “normas gerais” exige que seu conteúdo seja analisado de forma teleológica, pois tendo a Federação como um de seus fundamentos a solidariedade exige a colaboração de todos os seus integrantes sendo necessária a uniformização quando reportados de interesse comum a todos os integrantes. (p. 18-19)

Ocorre que a previsão constitucional de Lei Complementar Federal para estabelecer casos de isenção de produtos e serviços de ICMS para exportação (alínea ‘e’ do inciso XII, §2º, art. 155,CF/88) nos leva a questionar até que ponto seria tal regra uma norma geral de interesse nacional, quando a isenção referida se processa precipuamente no âmbito estadual.

A Lei Complementar federal n.º 87/1996 em seu art. 3º, inciso II estabeleceu isenção de todos produtos e serviços de ICMS destinados a exportação. Em que pese o argumento econômico de que um volume de exportação maior que o da importação é saudável a economia de qualquer país, sendo este um possível argumento geral a justificar tamanha isenção, a arrecadação dos estados exportadores e a autonomia e competência de que dispõem para instituir seus tributos são malsinados a ponto de ferir o princípio da isonomia. Dessa forma a nós não transparece na interpretação constitucional qualquer justificativa de ordem jurídica para a União exercer competência de forma tão abrangente sobre um tributo estadual, que nessa condição, pelo estado deveria ser legislado.

### **5.3.2 A Questão Regional e o Federalismo No Brasil**

Enquanto na Europa a questão regional é “um problema de identidade étnica ou cultural. Na América Latina, em geral, e no Brasil, em particular, a questão regional é um problema preponderantemente econômico.” (BERCOVICI, 2003, p.74-75)

É de se ponderar ainda que:

A problemática regional no Brasil deve-se, eminentemente, à busca de uma solução para os problemas econômicos e sociais do país. A criação de regiões e políticas regionais no Brasil foi sempre motivada por questões ligadas ao subdesenvolvimento. Por isto, no Brasil, a Questão Regional está vinculada ao Estado, que modela a noção de região e de identidade regional de acordo com as necessidades do poder

político e as questões suscitadas pela regionalização” (BERCOVICI, 2003, p. 78)

Deste modo, complementa BERCOVICI (2003, p. 67)

A reversão espontânea do processo de concentração regional de renda é praticamente impossível. Como a integração econômica não planejada leva ao agravamento dos desequilíbrios regionais, é necessária uma política deliberada para que o desenvolvimento não acarrete a ampliação da concentração regional de renda. Podemos afirmar, portanto, que a Questão Regional é uma questão diretamente ligada ao Estado brasileiro(...) concernentes à própria forma de Estado (o federalismo).

Como visto, o federalismo é a forma de Estado e importante instrumento para se combater as desigualdades regionais, conforme considerações supra expostas, por isso tão importante seu estudo.

Não há termos absolutos para se chegar a definições completas e acabadas sobre o federalismo no Brasil, no entanto, podemos classificar características do federalismo conforme sua natureza cooperativa ou coordenativa, conforme classificação de ROVIRA (1986, p.369) e BERCOVICI (2003, p. 152)

Coordenação é “um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação.” (BERCOVICI, 2003, p. 151). Embora possuam certo grau de participação atuam autonomamente, é o caso da competência concorrente do art. 24 da Constituição Federal, em que Estados, Distrito Federal e União possuem competência para legislar sobre direito tributário, e podem coordenar atividades em favor de todos, como no caso do mecanismo da substituição tributária de ICMS.

Enquanto na coordenação a atuação dos entes federais em conjunto é facultada, na cooperação é necessária, pois “nem a União, nem qualquer ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais” (BERCOVICI, 2003, p. 152). Presenciamos a cooperação nas chamadas competências comuns do art. 23 da Constituição Federal.

De acordo com BERCOVICI (2003,p.153) nas competências comuns todos os entes da Federação devem colaborar para a execução de tarefas determinadas pela Constituição: E mais:

não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução destas tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo. No modelo cooperativo de federalismo, em geral, a decisão é conjunta, mas a execução é separada, embora possa haver, também, uma atuação conjunta, especialmente no tocante ao financiamento das políticas públicas.” (BERCOVICI, 2003, p. 154)

Gilberto Bercovici (2003, p. 154) ainda ensina que a cooperação pode ser obrigatória ou facultativa, a primeira está prevista na Constituição Federal, só pode ser exercida de forma conjunta (art. 23, CF/88). No segundo caso, é facultativa quando “a Constituição prevê uma distribuição alternativa de competências entre a União e os entes federados, permitindo ou estimulando que atuem em conjunto”

A classificação assim de características do federalismo (cooperativo ou coordenado) são importantes para compreendermos a diferença entre homogeneização e centralização, pois nesta “há concentração de poderes na esfera federal, debilitando os entes federados em favor do poder central”. Porém, aquela “é baseada na cooperação, pois se trata do processo de redução de desigualdades regionais em favor de uma progressiva igualação de condições sociais de vida em todo o território nacional.” Ela “não é imposta pela União, mas é resultado da vontade de todos os membros da Federação” (BERCOVICI, 2003, p. 155)

Assim, BERCOVICI (2003, p.157) anota que:

a cooperação se faz necessária para que as crescentes necessidades de homogeneização não desemboquem na centralização. A virtude da cooperação é a de buscar resultados unitários e uniformizadores sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade.

Segundo BERCOVICI (2003, p. 157) “o grande objetivo do federalismo na atualidade é a busca de cooperação entre União e entes federados, equilibrando a descentralização federal com os imperativos da integração econômica nacional”.

Para tanto, em termos fiscais, o fundamento do federalismo cooperativo é a cooperação financeira que “se desenvolve em virtude da necessidade de solidariedade federal por meio de políticas públicas conjuntas e

de compensação das disparidades regionais.”(BERCOVICI, 2003,p. 157)

Deste modo, as diferenças econômicas entre os Estados, por diversos fatores, dentre eles a arrecadação fiscal, resulta em distâncias entre o PIB per capita do Estado de Alagoas ser 74% inferior ao do Estado de São Paulo<sup>3</sup>, e isso possui reflexo no índice de desenvolvimento humano da educação no Estado do Alagoas sendo 42% inferior em relação ao mesmo índice do Estado de São Paulo<sup>4</sup>.

Ainda que não se possa determinar com precisão o nexo de causalidade entre índices distintos, um de educação e outro de economia, como o crescimento de um sendo a causa do outro, pois se assim fosse estaríamos entrando no campo da indução, percebe-se de qualquer maneira a título ilustrativo que as diferenças nos estados, seja no âmbito da educação, seja no econômico são relevantes e merecem atenção para se equilibrarem.

Por isso, a cooperação financeira no federalismo, segundo Bercovici (2003) tem como característica “a responsabilidade conjunta da União e entes federados pela realização de políticas públicas comuns.” É necessário ressaltar que “o seu objetivo é claro: a execução uniforme e adequada de serviços públicos equivalente em toda a Federação, de acordo com os princípios da solidariedade e da igualação das condições sociais de vida.” (p. 157) (destaques nossos)

---

<sup>3</sup> Estado de Alagoas possuía renda per capita de 2008 de R\$6.227,00 (seis mil duzentos e vinte sete reais) e o Estado de São Paulo possuía de R\$24.457,00 (vinte e quatro mil quatrocentos e cinquenta e sete reais) segundos dados do IBGE disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasregionais/2008/comentarios.pdf> p. 10 Acesso em 20.11.2010

<sup>4</sup> Média ponderada de seis indicadores extraídos de duas bases do Ministério da Educação (MEC): o Censo Escolar e o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb). No caso do Ideb, que é bienal, utiliza-se sempre o último resultado disponível. Pode variar entre 0 e 1, conforme notas de corte (mínima e máxima) fixas para cada indicador componente, baseadas nos resultados observados no ano 2000. Fonte: [Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro, Assessoria de Pesquisas Econômicas \(Firjan\)](http://www.firjan.org.br/) Disponível em: [http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1847201015&Tick=1296275444060&VAR\\_FUNCAO=Ser\\_Temas\(1828887210\)&Mod=S](http://www.ipeadata.gov.br/ipeaweb.dll/ipeadata?SessionID=1847201015&Tick=1296275444060&VAR_FUNCAO=Ser_Temas(1828887210)&Mod=S) Acesso em 29.11.2010

## CAPÍTULO 6. AUTONOMIA FEDERATIVA

### 6.1 CONCEITO DE AUTONOMIA

A autonomia é tema de debate essencial na ciência política com inescapável incidência na seara jurídica, mormente no que tange ao direito público, posto que, no federalismo, atine à parcela de poder das unidades federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) diferenciando-se da soberania.

#### 6.1.1 Origem Etimológica

O vocábulo autonomia possui origem etimológica no grego *autos* e *nomós*, cujo significado do primeiro é “por si só” e o segundo provém de *némo*, termo que a princípio significa característica (caráter) de um grupo, partilhado em uma coletividade, evoluindo para o sentido de uma norma social que identifica determinados grupos, e que na Grécia alcança sua máxima tradução na *pólis* e nas suas instituições, que dentre as *políades*, a mais cultuada e mais “nomônica” era o tribunal:

cuja a incontestável missão civilizatória ainda se faz presente em seus herdeiros, os nossos próprios tribunais. Por esse cruzamento o *nomós*, no século seguinte vai tomando os contornos de lei escrita. Assim o vemos em Demóstenes (317,23) e na Ética a Nicômaco (VIII, 13,5 – 1180b).(CAIRUS, 2004, p. 9)

Da junção dos dois termos apresentados por CAIRUS (2004, p. 9) *autos* e *nomós*, verificamos que juntos resultam na prática própria (por si só) daquilo que é próprio de um determinado grupo humano, costumes próprios ou mesmo a lei, capacidade de construir suas próprias leis escritas.

Da evolução da palavra *nomós* de prática partilhada em determinados grupos para lei escrita provém a forte noção, na ciência política, de autonomia como poder de auto normação, auto organização, normação própria.

Nesse sentido Nina Ranieri (1994, p. 22) entende que, de modo geral autonomia significa “poder de autonormação” e este seria seu “significado primordial”.

Assim, verifica-se que o conceito de autonomia muito está relacionado ao conceito de *nomós*, que, como visto, evoluiu para o sentido de lei, ou regra

comum ou da comunidade, seja jurídica, seja social, seja moral. E com isso o *autos*, por si só, enseja a significação de autonomia como essencialmente poder de auto normação, de auto imposição das próprias regras, bem como auto administração das mesmas.

### 6.1.2 Autonomia no Direito Público

A compreensão da tríplice capacidade traduzida doutrinariamente em auto-organização, autogoverno e autoadministração pressupõe a exploração do conceito de autonomia, principalmente, na escola do direito público.

Para tanto nos servimos das lições de Raul Machado Horta que compilou a análise do tema sob o escólio de diversos juspublicistas italianos e outros que contribuem na formação do conceito de autonomia nos domínios jurídicos, mormente nos domínios do direito público.

Raul Machado Horta (2003, p. 361) ressalta que a “ a autonomia do Estado-Membro constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal.” Entretanto reconhece que “ as dificuldades despontam quando se busca precisar o conceito de autonomia, revelar o seu conteúdo e dar a noção do princípio essencial da organização federal”

O autor supra citado então diante da imprecisão do termo e a dúvida que lhe possam dar característica específica colaciona contribuição da doutrina italiana para esclarecimento do conceito de autonomia registrando sua perplexidade diante da vagueza de sentido:

*Santi Romano*, sempre festejado pela sua inestimável contribuição põe em destaque a significação múltipla da palavra autonomia na linguagem jurídica, para encarecer a necessidade de conceito específico. *Massimo Severo Giannini* inicia o seu *Saggio sui Concettidi Autonomia* com a candente crítica ao emprego difuso da palavra, muitas vezes por reflexo contaminador da apropriação do termo pela linguagem não jurídica. *Constantino Mortati* oferece a medida das dificuldades quando inclui o conceito de autonomia entre os mais atormentados da dogmática jurídica. *Vicenzo Sica, Salvatore Romano e AngeloValenti* coincidem na crítica às impregnações impuras que embaraçam a fixação conceitual do princípio. (HORTA,2003, p. 362)

No entanto, não obstante o obscurecimento sobre o conceito de *autonomia* no âmbito jurídico os autores citados por HORTA (2003, p. 362) possuem “elementos constantes e definidos na composição do conceito de

autonomia”.

Assim, HORTA (2003, p. 362) informa que “*Santi Romano* destaca a autolegislação, a competência para criar ordenamento jurídico, como dado individualizador do conceito jurídico de autonomia”

Ademais, “*Massimo Severo Giannini*, depois de classificar formas plurais de sua manifestação, concentra, unitariamente, na figura da autonomia normativa, a expressão abrangente do termo.” (HORTA, 2003, p. 363)

Assim HORTA (2003, p. 363) apresenta seu próprio conceito tecendo comentários nos quais destaca que “Autonomia provém, etimologicamente, de *nómos* e designa, tecnicamente, a edição de normas próprias que vão organizar e constituir determinado ordenamento jurídico.”

Prosseguindo na análise da doutrina juspublicista italiana HORTA (2003, p. 363) cita *Constantino Mortati* o qual “identificam dois elementos que integram o conceito de autonomia: *autorganizzazione* e *autonormazione*.”

Destarte:

a ordem normativa se apresenta em desdobramento que abrange, no primeiro momento, a organização própria, no seu interior, e, no segundo momento, a ordem normativa se projeta para fora, através do estabelecimento das relações e das normas reguladoras de tais relações. (HORTA 2003, p. 363)

Inclui-se ainda o pensamento de *Salvatore Romano* que “associa a autonomia ao poder de criação do ordenamento jurídico. *Vicenzo Sica* que “salienta a capacidade de auto-organização e a de determinar as normas relativas à organização própria”(HORTA 2003, p. 363)

Acrescenta-se também o pensamento de *Pietro Virga* que “distingue o aspecto político e o aspecto jurídico da autonomia”, sendo que “no primeiro, sobressai o autogoverno e a independência do controle estatal. No segundo, a autonomia se confunde com a atividade legislativa. É a expedição de normas gerais.” (HORTA 2003, p. 363)

De forma extensa HORTA (2003, p. 363) prossegue a exposição da doutrina juspublicista acerca do conceito de autonomia informando que “*Guido Zanobini* caracteriza a autonomia pelo poder de elaborar normas jurídicas. *Mouskhély* concebe a autonomia como capacidade de uma ordem jurídica para regulamentar seus próprios assuntos.”

De forma mais elaborada entende HORTA (2003, p. 363) a definição de *Paul Laband* que “apresenta a autonomia como poder de direito público não

soberano, capaz de estabelecer por direito próprio, e não por simples delegação, regras de direito obrigatório. É a legislação própria (*Selbstgesetzgebund*)”

Importante destacar ainda da leitura de HORTA (2003, p. 363) o conceito colacionado de *Felipe Tena Ramirez* que simplesmente “federaliza o conceito e torna a autonomia competência dos Estados-Membros para revelação de suas próprias normas e, de forma culminante, de sua *Constituição*”

Na esteira da citação de autores juspublicistas acerca do conceito de autonomia HORTA (2003, p. 363) finaliza sua colação acerca do tema com *João Mangabeira* que “aglutinando os elementos, oferece definição compreensiva da autonomia como poder de uma coletividade para organizar, sem intervenção estranha, o seu governo e fixar as regras jurídicas, dentro de vínculo pré-traçado pelo órgão soberano”

Por fim, o próprio HORTA (2003, p. 363) estipula o seu conceito, e aduz que “A autonomia é, portanto, a revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos.”

Segue o autor: “Essas normas variam na qualidade, na quantidade, na hierarquia e podem ser, materialmente, normas estatutárias, normas legislativas e normas constitucionais, segundo a estrutura e as peculiaridades da ordem jurídica” (HORTA, 2003, p. 363-364)

Aduz HORTA (2003, p. 364) que “A autonomia não é conceito metajurídico ou inapreensível ao conhecimento jurídico. O cosmo jurídico é o cenário de sua atividade normativa. A relação necessária entre a autonomia e a **criação de normas próprias**, para constituir ordenamento típico, é suficiente para justificar a noção jurídica de autonomia”(destaques nossos)

## **6.2. TRÍPLICE CAPACIDADE DOS ESTADOS-MEMBROS: AUTO-ORGANIZAÇÃO, AUTOGOVERNO E AUTOADMINISTRAÇÃO**

É de consenso doutrinário a divisão da autonomia dos entes federativos em tríplice capacidade: auto-organização ou normatização própria; autogoverno; e autoadministração.

Entretanto Anna Candida Cunha Ferraz (1979, p. 54) acrescenta a capacidade de autolegislação conforme descreve que existem quatro aspectos característicos da federação nos seguintes termos:

quatro aspectos essenciais caracterizam-na: a capacidade de auto-organização, a capacidade de autogoverno, a capacidade de autolegislação e a capacidade de auto-administração. A inexistência de qualquer desses elementos é suficiente para desfigurar a unidade federada como tal.

### **6.2.1 Auto-Organização**

A auto organização compreende a capacidade de exercer o próprio poder constituinte derivado-decorrente que consubstancia-se na Constituição Estadual conforme art. 25 da Constituição Federal de 1988 que dispõe: *Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição* .(MORAES, 2011, p. 290)

Segundo SILVA (2005, p. 609) a *auto-organização* é “o primeiro elemento da autonomia estadual e se concretiza na capacidade de dar-se a própria Constituição”

Tal capacidade possui limitações expressas e implícitas decorrentes da própria Constituição Federal seja por meio dos princípios constitucionais sensíveis como democracia, cidadania, direitos humanos, dentre outros, que devem ser observados pelo constituinte estadual, seja por comando diretamente endereçado ao legislativo estadual na forma da Constituição Federal por meio de princípios instituídos especialmente para tal.

#### **6.2.1.1 Auto-Organização e Princípios Constitucionais Sensíveis**

Os princípios denominados sensíveis em primeiro sentido são aqueles evidentes manifestos direta e claramente pela Constituição Federal. Em outro sentido “como coisa dotada de sensibilidade, que, em sendo contrariada, provoca reação, e esta, no caso, é a intervenção nos Estados, exatamente para assegurar sua observância” (SILVA, 2005, p. 612)

Segundo SILVA (2005, p. 612) os princípios sensíveis estão

enumerados no art. 34, VII da Constituição Federal e “constituem o fulcro da organização constitucional do País, de tal sorte que os Estados federados, ao se organizarem, estão circunscritos à adoção: (a) da forma republicana do governo; (b) do sistema representativo e do regime democrático; (c) dos direitos da pessoa humana; (d) da autonomia municipal; (e) da prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

Esses princípios “dizem respeito basicamente à organização dos poderes governamentais dos Estados” (SILVA, 2005, p. 612) sem prescindir da análise de outros princípios, como exemplo temos o princípio da prestação de contas que impõe “a observância dos princípios referentes ao sistema de controle externo e de controle interno a serem induzidos dos preceitos dos arts. 70 a 75 e, por conseguinte, a observância dos princípios orçamentários” (SILVA, 2005, p. 612)

#### **6.2.1.2 Auto-Organização e Princípios Constitucionais estabelecidos**

Os princípios constitucionais estabelecidos limitam a autonomia organizatória dos Estados “são aquelas *regras que revelam*, previamente, a matéria de sua organização e as *normas* constitucionais de caráter vedatório, bem como os princípios de organização política, social e econômica, que determinam o retraimento da autonomia estadual, cuja identificação reclama pesquisa no texto da Constituição” (SILVA, 2005, p. 613)

Eles geram limitações *expressas*, limitações *implícitas*, e limitações *decorrentes do sistema constitucional adotado*.

##### *a) Limitações expressas ao Constituinte Estadual*

Dividem-se em dois tipos de regras: uma de natureza *vedatóriae* outras, de natureza *mandatória*.

As limitações expressas de natureza *vedatória* “proíbem explicitamente os Estados de adotar determinados atos ou procedimentos, tais como as dos arts. 19, 150 e 152, intervir nos Municípios, salvo ocorrência de um dos motivos estritamente considerados no art. 35, mas terá que regular o processo de intervenção, nas hipóteses possíveis, ao teor do art. 36” (SILVA, 2005, p. 613)

As limitações de natureza *mandatória*“ consistem em disposições que, de maneira explícita e direta, determinam aos Estados a observância de princípios, de sorte que, na sua organização constitucional e normativa, não que adotá-los, o que importa confranger sua liberdade organizatória aos limites positivamente determinados”

Destarte:

o Constituinte Estadual tem que dispor: (a) sobre *princípios da organização dos Municípios*, respeitada a autonomia destes, como consta do art. 29, incluindo regras sobre a criação, incorporação, fusão e desmembramento deles, por *lei estadual* (não por outra forma), atendidos os pressupostos e requisitos indicados no art. 18, §4º, prevendo ainda que seu Tribunal de Contas exerça o controle externo da administração municipal como auxílio às respectivas Câmaras Municipais (art. 31, §1º). (SILVA, 2005, p. 613-614)

Ademais, a *Administração Pública* na Constituição Estadual deve observar os princípios referidos nos arts. 37 a 41 da Constituição Federal, “nada mais os Estados podem fazer senão transcrevê-los em sua essência – mas ainda terão que segui-los na sua legislação ordinária e nas práticas governamentais, sob pena de inconstitucionalidade.” (SILVA, 2005, p. 614)

#### *b) Limitações Implícitas ao Constituinte Estadual*

As limitações implícitas são aquelas que ainda que não diretamente determinadas ou vedadas são depreendidas da leitura do texto constitucional, como por exemplo o art.21 da Constituição Federal que estipula matéria de estrita competência da União “*implicitamente* veda ao Constituinte Estadual cuidar dela; assim, igualmente, quando dá à União competência privativa para legislar sobre a matéria relacionada no art. 22”. (SILVA, 2005, p. 615)

Outra limitação implícita está na divisão dos Poderes, pois o Poder Constituinte Decorrente deve, necessariamente, observar o princípio fundamental do Estado brasileiro que é a divisão dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário.

#### *c) Limitações ao Constituinte Estadual decorrentes do Sistema Constitucional Adotado*

José Afonso da Silva identifica as limitações ao Poder Decorrente que

defluem do sistema constitucional adotado, e assim registra que tais limitações são geradas pelos princípios do sistema constitucional.

O primeiro princípio é o *princípio federativo* do qual “decorre o respeito dos Estados entre si, pois constitui nota fundamental do Estado federal o princípio da *igualdade constitucional das unidades federadas*” (SILVA, 2005, p. 615)

Outros princípios de observância obrigatória pelos Estados são os *princípios do Estado Democrático de Direito* para que “as unidades federadas só possam atuar segundo o princípio da legalidade, da moralidade e do respeito à dignidade da pessoa humana (arts. 1º, 5º, II e 37)” (SILVA, 2005, p. 616)

Por fim, acerca das limitações expostas, além dessas: “os princípios enumerados ou estabelecidos pela Constituição Federal, que impliquem limitações à autonomia estadual – cerne e essência do princípio federalista – hão que ser compreendidos e interpretados restritivamente e segundo seus expressos termos” (SILVA, 2005, p. 617)

### **6.2.2 AUTO-GOVERNO**

Segundo ARAUJO & NUNES JUNIOR (1999, p. 201):

A capacidade de autogoverno revela-se pela prerrogativa de os Estados elegerem os respectivos governantes, de possuírem autoridades próprias, as quais, de sua vez, não se subordinam às autoridades da ordem central.

Tal capacidade está consignada no art. 28 da Constituição Federal e seus parágrafos.

### **6.2.3 AUTO-ADMINISTRAÇÃO**

É a prerrogativa do Estado-membro de “gerir os próprios órgãos e serviços públicos, sem interferência da ordem central” (ARAUJO & NUNES JUNIOR, 1999, p. 201).

A título exemplificativo ARAUJO & NUNES JUNIOR (1999, p. 201) anota que:

Assim, por exemplo, lei federal pode dispor sobre direito do trabalho, bem como sobre o regime dos servidores públicos da

União, mas em nenhuma hipótese poderia versar sobre o regime jurídicos dos servidores estaduais, pois trata-se de matéria inserida dentro da capacidade de auto-administração do Estado-membro.

Desta forma, temos que a autoadministração para além da capacidade executória de seus próprios atos diz respeito também ao âmbito de atuação da capacidade legislativa do Estado-membro, capaz de legislar sobre os assuntos pertinentes à sua autoadministração.

#### **6.2.4 CAPACIDADE LEGISLATIVA**

A capacidade legislativa está diretamente relacionada à parcela de competência que o Estado-membro dispõe para legislar sobre matérias de seu interesse, mormente no âmbito do direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico, dentre outras matérias relacionadas no Parágrafo Único do art. 22 e no art. 24 da Constituição Federal.

#### **6.3 AUTONOMIA NO FEDERALISMO**

A despeito da plurisignificação que o vocábulo *autonomia* possa inspirar ressaltamos nosso interesse em focar sua semântica no contexto da forma federativa de Estado, e , especificamente, no Estado Brasileiro.

Assim, exclui-se o aspecto privatístico de autonomia, bem como, no direito público, a sua amplitude quanto à atuação de órgãos administrativos, perseguindo-se, isso sim, o contexto da autonomia federativa.

Desta forma destacamos que das várias abordagens possíveis do conceito de autonomia no âmbito jurídico, interessa-nos particularmente, tendo em vista o federalismo, a distinção entre autonomia e soberania, questão de fundo de alta relevância para a compreensão da autonomia dos entes federados, mormente os Estados-Membros da Federação.

##### **6.3.1 Da Distinção entre Soberania e Autonomia Federativa**

Temos com BASTOS (2001, p. 289) que:

O princípio federativo é uma das vigas mestras sobre as quais se eleva o travejamento constitucional. É mesmo tão encarecido e enfatizado pela lei maior, a ponto de ser subtraído da possibilidade de ser alterado até mesmo por via de emenda constitucional.

No federalismo a autonomia diferencia-se de soberania, pois esta é “o atributo que se confere ao poder do Estado em virtude de ser ele juridicamente ilimitado” (BASTOS, 2001, p. 289)

Segundo BASTOS (2001, p. 292):

autonomia, por outro lado, é a margem de discricção de que uma pessoa goza para decidir sobre seus negócios, mas sempre delimitada essa margem pelo próprio direito”. Em síntese “é uma área de competência circunscrita pelo direito.

BASTOS (2001, p. 300) enfatiza que de maneira alguma pode a União:

a seu talante, invadir as esferas de competência dos Estados. O respeito recíproco às esferas de cada uma das suas competências existe e é, como vimos, reiteradamente, a essência o federalismo. A essa regra não há exceções

A adoção da espécie federal de Estado gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política e “pressupõe a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade” (MORAES, 2011, p. 286)

MORAES (2011, p. 287) ressalta que dentre os requisitos mínimos de uma federação deve-se observar o princípio da competência tributária dos entes federativos que lhe garantam renda própria.

Em termos gerais, a:

*autonomia federativa* assenta-se em dois elementos básicos: (a) na *existência de órgãos governamentais próprios*, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura; (b) na *posse de competências exclusivas*, um **mínimo**, ao menos, **que não seja ridiculamente reduzido**. Esses pressupostos da autonomia federativa estão configurados na Constituição (arts. 18 a 42) (SILVA, 2005, p. 100)

Assim, “a *repartição de competências* entre a União e os Estados-membros constitui o fulcro do Estado Federal, e dá origem a uma estrutura estatal complexa, que apresenta, a um tempo, aspectos unitário e federativo.” (SILVA, 2005, p. 100-101)

Destarte:

A Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas como

competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica. (SILVA, 2005, p. 477)

Autonomia e soberania não se confundem. A construção do conceito desta última passou pela elaboração teórica ao longo dos séculos iniciando-se sistematicamente em Jean Bodin (1576) passando, dentre outros, por Thomas Hobbes (1651) e Jean Jacques Rousseau (1762) .

Para Jean Bodin a soberania é o poder absoluto e eterno de uma República (BODIN, Jean. *Les Six Livres de La Republique*, Livro I, Capítulo VIII, p. 85)

Thomas Hobbes aponta para soberania sob o aspecto contratualista em que os homens no seu estado natural são ameaças para si mesmo, necessitando de um poder supremo capaz de dar guarida à segurança dos homens, e esse poder pertence ao Rei.

Rousseau, também contratualista, parte porém do sentido reverso de Hobbes tendo em conta o princípio de que todos os homens nascem iguais aduziu que o poder social compartilhado por todos é também por todos exercido, assim compreendidos o povo.

Podemos identificar na nossa Constituição Federal de 1988 a concepção rousseauiana de soberania quando no art.1º da Constituição Federal afirma que todo o poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes e diretamente na forma da lei.

A soberania distingue-se de autonomia, pois, a partir da concepção de Rousseau adotada por nossa Constituição Federal sendo o povo o detentor do poder político do Estado com superioridade para decisões no âmbito internacional o exerce completa e irrestritamente não havendo limites senão quando estabelecidos no nascimento, na Constituição do Estado, cujo povo é titular, enquanto a autonomia, exercida pelos entes federativos, submete-se aos limites postos pela própria soberania.

No entanto, a soberania popular concedida ao Poder Constituinte também pode condicionar o exercício soberano ao comando da Constituição e assim autolimitar seu exercício no sentido de não interferir na autonomia dos Estados-membros da federação.

### 6.3.2 Características da Autonomia no Federalismo

É necessário distinguir ainda no âmbito federativo dois princípios fundamentais que são a lei de participação e a lei de autonomia, sendo que uma não confunde-se com a outra.

Para elucidar a lei da participação SANTOS (2009) nos informa que mediante ela:

Os Estados Membros tomam parte no processo de elaboração da vontade política válida para toda a organização federal, intervêm com voz ativa nas deliberações de conjunto, contribuem para formar as peças do aparelho institucional da Federação, e são, no dizer de LE FUR, partes tanto na criação como no exercício da 'substância mesma da soberania', traços esses que bastam já para configurá-los inteiramente distintos das províncias ou coletividades simplesmente descentralizadas que compõem o Estado Unitário. (p. 58-59)

Se a lei de participação diz respeito ao aspecto de integração entre as unidades federativas que tomam parte nas decisões do todo, representado pela União, a autonomia diz respeito à sua participação no âmbito interno, próprio, que diz respeito somente a si mesmo.

Assim, pela autonomia dada aos entes federados, possuem esses o poder de auto-organização constitucional traduzido na capacidade dos Estados-membros estabelecerem sua própria Constituição Estadual, portanto, seu próprio ordenamento.(HORTA, 2003, p. 307).

Situado no contexto do federalismo DALLARI(1986, p.79) propõe o conceito de autonomia como o:

direito e poder de autogovernar-se, fixando suas prioridades e desempenhando suas competências com meios próprios. No Estado Federal, os Estados-membros decidem com autonomia sobre assuntos de sua competência, o que significa que eles não são dependentes do governo federal, mas apenas da Constituição Federal.

Assim, com base nesse conceito, temos que a autonomia está fortemente vinculada ao tema das competências constitucionais, posto que estas irão definir os limites e abrangências de atuação dos entes federados, que de posse de suas competências bem definidas e colocadas pelo Constituinte Originário poderão exercer a capacidade de decisão própria, de governo próprio, de execução própria de seus atos, bem como, no sentido negativo, saber que não dependerá do governo federal e que este não interferirá nos seus negócios próprios.

É mister ressaltar que o momento instituidor das competências é aquele no qual atua o Poder Constituinte Originário que fixa as regras do jogo para os entes federados que passam a conhecer dos limites e abrangências de sua autonomia.

É necessário ainda lembrar que o federalismo, lastreado na história norte-americana das treze colônias, em sua essência, como já exposto alhures, compreende a junção de vários entes federativos, que, juntos, exercem, por meio da União, a soberania, renunciando individualmente cada ente da própria soberania, resguardando, entretanto, autonomia no sentido de detentor de competências constitucionalmente estabelecidas e, em tese, irredutíveis.

Desta forma, ARAUJO(1995) aduz que na ideia de federalismo reside conteúdo fortemente autonomista em decorrência da perda da soberania existente, quando da transformação das colônias em Estados.

Em outra obra, ARAUJO e NUNES JUNIOR (2007, p. 271) afirma que no federalismo este é o “seu característico mais marcante, ou seja, a autonomia assegurada às partes parciais – chamadas de Províncias, Estados, Cantões, etc. – e o poder central”.

No federalismo é garantida a autonomia dos Estados-Membros, ou seja, o poder de autonormação e autogoverno, que apesar de renunciarem à sua soberania, ao integrarem uma Federação *participam da soberania da União* influenciando sobre as decisões soberanas, decisões do conjunto, no qual se acham integrados, sendo que “os membros de uma Federação gozam de autonomia, que é o poder de autogoverno, incluindo a possibilidade de escolher seus governantes e de agir por vontade própria em relação a muitos assuntos.” (DALLARI, 1986, p. 18)

O agir por própria vontade em muitos assuntos citado por Dallari revela-se na atuação dos Estados-Membros no exercício de suas competências definidas na Constituição Federal nos vários dispositivos constitucionais atributivos de competências aos Estados-Membros, vistas gerais, arts. 23, 24, art. 25, §1º, art. 155, dentre outros.

Assim, a autonomia que possuem os Estados Membros é a capacidade de autonormação e autogoverno naquilo que lhes foi atribuído como competência pela Constituição Federal nos dispositivos atinentes a essa função.

O tema das competências também assenta-se, com base na concepção de forma de Estado, no caso do Brasil, na forma federativa de Estado, e bem assim entendido atribui-se ao tema das competências o valor da forma federativa de Estado, qual seja, valor de cláusula intangível, ou de cláusula pétrea.

Assim, a autonomia dos Estados-Membros na Federação Brasileira, está calcada nas competências, em tese, irredutíveis a eles atribuídas por meio do Poder Constituinte Originário que viabiliza a esses mesmos entes federativos parcela do poder de Estado para, no âmbito político-constitucional, legislarem por si próprios nas matérias de sua competência, bem como executarem suas próprias leis, no âmbito administrativo.

Oportuno dizer que a alteração das competências dos entes federativos para reduzi-la implica em redução da abrangência da forma federativa de Estado, não significando exatamente abolição da mesma, mas uma tendência à sua abolição, o que é vedado pela já aludida cláusula de intangibilidade ou cláusula pétrea prevista no art. 60, §4º, inciso I da Constituição Federal.

Por fim, é oportuno frisar que a soberania exercida pelo povo não tem o condão de suprimir a autonomia federativa adquirida pelos entes, traduzidas nas competências federativas, posto que foi o próprio poder soberano que instituiu as cláusulas imodificáveis e dentre elas destacou a forma federativa de Estado, que compreende a autonomia posta pelo poder constituinte originário.

Assim, o dispositivo do art. 155, §2º, inciso X, alínea 'a' da Constituição Federal a nosso parecer tem conteúdo competencial relativo à autonomia federativa, que por conseguinte atine diretamente à forma federativa de Estado, e qualquer supressão, por menor que seja, nessa área, atenta, ainda que com tendência, à abolição da forma federativa de Estado nos termos postos pela soberania popular por meio do constituinte originário.

## CAPÍTULO 7 - COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA, ISENÇÃO E IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

### 7.1 NOÇÕES BREVES DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. LIMITAÇÕES E CARACTERÍSTICAS

O Tema das Competências em uma República Federativa é um tema absolutamente atinente à forma federativa de Estado, pois que estabelece a parcela de poder de cada membro da Federação outorgando-lhe o poder de legislar sobre determinados assuntos.

Dessa forma Antônio Carrazza(1997, p.299) aduz que “ a delimitação de competências da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal é reclamo impostergável dos princípios federativos”

Deste modo importa buscarmos o conceito ou definição de competência tributária e para tanto vamos beber da fonte da doutrina de Carrazza(1997, p. 302) que afirma que: “Competência tributária é a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos [...]por meio de lei que deve descrever todos os *elementos essenciais* da norma jurídica tributária”

Temos por elementos essenciais a *hipótese de incidência* do tributo, o *sujeito ativo*, o *sujeito passivo*, a *base de cálculo* e a *alíquota*, elementos esses que só podem ser vinculados por meio de lei.

Em síntese: “competência tributária é a possibilidade de criar, *in abstracto*, tributos, descrevendo, legislativamente suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos, seus sujeitos passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas” (CARRAZZA,1997, p. 303)

É importante sublinhar ainda as lições Carrazza (1997, p. 304) de que “quem pode tributar pode, do mesmo modo, aumentar o tributo,minorá-lo, parcelar seu pagamento, isentá-lo no todo ou em parte, remi-lo ou até não tributar, observadas sempre, é claro, as diretrizes constitucionais”

Assim, CARRAZZA (1997, 1997, p. 304) expõe que:

o titular da competência não pode nem substancialmente modificá-la, nem aliená-la, nem renunciá-la. Admite-se, todavia que deixe de exercitar, que a exercite apenas em parte ou que, após exercitá-la, venha a perdoar o débito tributário.Tudo com base em *lei*.

Sendo *permissão in abstracto* para criar tributos a competência tributária é exercida com a edição da lei tributária e nela se esgota não havendo mais que se falar em competência tributária, mas sim em capacidade tributária ativa, que é o direito de arrecada-lo após a ocorrência do fato impositivo.

### 7.1.1 Limitações da Competência Tributária

A competência tributária é estabelecida na Constituição Federal e por ela também é limitada ou condicionada, prevendo restrições ao exercício da competência tributária, devendo tal preceito ser observado pelas pessoas jurídicas de direito público a que se destinam.

De forma genérica o art. 150 da Constituição Federal prevê uma série de restrições como a vedação ao confisco (inciso IV), a de tributar com impostos livros, jornais, periódicos e os papéis destinado a sua impressão (inciso VI, 'd') dentre outros.

No entanto, as limitações constitucionais não se restringem ao dispositivo citado encontrando o legislador de tributos:

limite nos princípios constitucionais que não podem ser violados. É o caso dos princípios republicano, federativo, da segurança jurídica, igualdade, reserva de competência, anterioridade, etc. (CARRAZZA, 1997, p. 306)

Deste modo:

a Constituição limita o exercício da competência tributária, seja de modo direto, mediante preceitos especificamente endereçados à tributação, seja de modo indireto, enquanto disciplina outros direitos, como o de propriedade, o de não sofrer confisco, o de exercer atividades lícitas, o de transitar livremente pelo território nacional, etc. A competência tributária, portanto, já nasce limitada. (CARRAZZA, 1997, p. 306)

Conclui-se portanto, que a competência tributária deve ser exercida por seus destinatários nos limites constitucionais e seus princípios, direta ou indiretamente, sendo a Constituição Federal para as pessoas políticas a "*Carta das competências*" que indicam "o que podem e o que não podem e o que devem fazer inclusive e principalmente em matéria tributária" (CARRAZZA, 1997, p. 308)

### 7.1.2 Características da Competência Tributária

Antonio Roque Carrazza (1997, p. 399) aponta como características da competência tributária a *privatividade*; *indelegabilidade*; *incaducabilidade*; *inalterabilidade*; *irrenunciabilidade* e *facultatividade do exercício*.

A Constituição aponta de forma indubitável a competência tributária de cada uma das pessoas jurídicas de direito público que podem editar leis de forma a outorga-lhes *privativamente* a competência de cada tributo, não havendo ingerência de um sobre outro.

Assim, sendo privativas as competência tornam-se automaticamente *indelegáveis* não podendo delega-la a terceiros nem a outras pessoas jurídicas de direito público interno.

Não sendo delegável é pois *irrenunciável*, ainda que o ente político apto a exercer-la não o faça não pode jamais renunciar à competência a ele outorgada, remanescendo sempre a possibilidade de exercer-la por meio do seu poder legislativo.

Deste modo está posta outra característica, qual seja, a *incaducabilidade* que significa que a competência tributária poderá ser exercida a qualquer tempo pelo Poder Legislativo da pessoa política a quem é endereçada.

Ademais, é *facultativo* o exercício da competência tributária, havendo quem entenda que o ICMS é de instituição obrigatória em decorrência do previsto no art. 155, §2º, XII, 'g' da Constituição Federal que diz que "Cabe à lei complementar (...) regular a forma, com, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados".

Deste modo complementa Carrazza (1997, p. 399) quanto à questão que:

este mandamento constitucional não pode ser desobedecido nem diretamente (por meio da não-tributação, pura e simples), nem por via oblíqua (através da adoção de um sistema de reduções remissões, devoluções, parcelamentos, etc.).

Entretanto, o próprio autor observa não vê como compelir o Poder Legislativo de um Estado ou do Distrito Federal a criar o ICMS, podendo as

demais pessoas políticas competentes e interessadas na criação do tributo é postularem no judiciário o ressarcimento de eventuais danos sofridos causados pela omissão legislativa.

Ressalte-se que o judiciário não poderá determinar ao Estado ou ao Distrito Federal inerte que legisle, e nem poderá legislar por ele, pois:

esta é uma das consequências do princípio da separação dos Poderes(...)Portanto, cremos que é possível dizer que o exercício da competência tributária, no Brasil, é, de regra, facultativo. (CARRAZZA, 1997, p. 399)

Prosseguindo, temos que é *inalterável* a competência tributária por meio das próprias pessoas políticas que as detém. CARRAZZA (1997, 400) infere que somente a Constituição pode *eventualmente* ampliar ou restringir a competência tributária por meio de *emenda constitucional*, lembrando sempre que devem observar as restrições dadas ao constituinte derivado constantes do art. 60, §4º da CF/88.

Consideramos que a competência tributária por ser de importância vital para a manutenção dos entes federativos jamais pode ser restringida sem afetar a cláusula pétrea do art. 60, §4º, inciso I da Constituição Federal, entretanto, pode sim, ser ampliada, por meio de *emenda* à Constituição, pois tal não atentaria para a restrição ou tendência à abolição da forma federativa de Estado.

## 7.2 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

A imunidade tributária é regra de estrutura atinente às competências tributárias dos entes políticos, e portanto, tema absolutamente constitucional e federativo, sendo área sensível de discussão.

Paulo Barros de Carvalho (2005, p. 170) coloca que “o estudo científico das imunidades jurídico-tributárias não encontrou ainda uma elaboração teórica metodologicamente adequada ao conhecimento de sua fenomenologia.”

CARVALHO (2005, p.170) critica a ausência de lógica nas asserções doutrinárias acerca do tema e denuncia sua colocação lado a lado a questões de índole econômica, sociológica, ética, histórica, e política, sem haver discordância entre os que a definem, reinando certo equilíbrio de definições, de forma singular e estranha em um tema que deveria provocar as mais acesas discussões acadêmicas.

Ademais salienta que há autores que “pregoam o caráter político das imunidades tributárias” e aconselham “os recursos da ciência das finanças para interpretação e aplicação da Lei Fundamental”, atribuindo “a condição de verdadeiras limitações constitucionais às competências tributárias” e ainda de “hipóteses de não-incidência juridicamente qualificadas no Texto Supremo”, quando não “aludem a uma exclusão do próprio poder de tributar”, ou a uma “supressão da competência impositiva”. (CARVALHO, 2005, p.171)

Concordam os doutrinadores que imunidades aplicam-se tão somente a impostos e diferenciam imunidade, isenção e não-incidência, sendo que ultimamente preponderam a lição mediante a qual as três categorias são casos de não-incidência adjudicadas das seguintes expressões: “estabelecidas na Constituição (imunidade); prevista em lei (isenção); e pura e simples (não-incidência em sentido estreito). (CARVALHO, 2005, p. 171).

Em síntese, concordam grande parte dos juristas em afirmar que a imunidade tributária é uma limitação constitucional às competências tributárias, sendo mesmo uma exclusão ao poder de tributar e que não comporta fracionamentos, ou seja, é absoluta, e protege de maneira cabal as pessoas, fatos e situações por ela abrangidos.

Tal síntese pode ser averiguada na colação de conceitos de imunidade tributária aferido a partir da metalinguagem da ciência jurídica trazida à baila por alguns autores consagrados, senão vejamos.

Começamos por destacar Ruy Barbosa Nogueira que cuida ser imunidade tributária “uma forma qualificada ou especial de *não-incidência*, por *supressão*, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstos pelo estatuto supremo”(1999, p. 167).

O professor Hugo Brito Machado aduz que “imunidade tributária é o *obstáculo* decorrente de regra da Constituição, à *incidência* de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. (...) É *limitação* da competência tributária.” (2000, p. 221)

José Eduardo Soares de Melo(1997, p. 89) propala que a “imunidade tributária consiste na *exclusão* de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para instituir tributos relativamente a determinados atos, fatos e pessoas, expressamente previstos na Constituição Federal.”

Ocorre que tais conceitos estão eivados de vícios que não podem

prosperar, sendo um exemplo deles o de dizer que a imunidade tributária é uma limitação constitucional. A imunidade tributária não é uma limitação às competências tributárias, pois é ela mesma uma competência, uma competência negativa porém.

Se tal afirmação fosse possível, a de que a imunidade tributária é uma limitação à competência tributária então teríamos que o legislador comum poderia exercer sua competência de tributar e em seguida tal competência sofreria uma limitação pela imunidade tributária, o que é impossível, pois “inexiste cronologia que justifique a outorga de prerrogativas de inovar na ordem jurídica”, na verdade, a imunidade tributária é mais uma das “formas de demarcação de competência.” (CARVALHO, 2005, p. 172)

A imunidade tributária é uma atribuição de competência e não uma limitação da mesma, é um reforço da competência dos entes federados e impõe diretrizes e direcionamentos da competência tributária dos entes por meio de esquemas sintáticos não permitivos ou proibitivos.

Os dispositivos que identificam a chamada imunidade tributária são “singelas regras que colaboram no desenho do quadro das competências, expostas, todavia, por meio de esquemas sintáticos proibitivos ou vedatórios.” (CARVALHO, 2005, p. 174)

A competência tributária foi posta pelo constituinte por meio de modais deônticos, utilizados de forma indiscriminada quanto a *permitir* (fazer ou omitir), *obrigar* (a fazer ou omitir) e *proibir* (de fazer ou omitir). A imunidade tributária, portanto, constitui-se numa norma de competência tributária descrita em esquema sintático proibitivo. (CARVALHO, 2005, p.174)

É importante acrescentar que a forma proibitiva pode se revestir de negação da permissão de fazer, esclarecendo Paulo Barros de Carvalho (2005, p. 174) que:

dada a interdefinibilidade dos modais deônticos, o legislador pode vedar ou proibir simplesmente negando a permissão ou obrigando a não fazer, o que implica manter a mesma mensagem, com alteração da estrutura frásica do idioma. Ainda assim, permanecendo forma sintática redutível à proibição, teremos hipótese de imunidade.

É importante observar ainda que a imunidade tributária, diferentemente do aludido nas definições doutrinárias supra expostas tão pouco é exclusão do

poder de tributar, pois tal característica pressupõe a existência de um percurso cronológico em que primeiro é dado o poder de tributar para em seguida ser excluído ou suprimido após o seu exercício.

Tal natureza sincrônica inexistente no Direito, como diz Paulo Barros de Carvalho(2005, p. 175):

O direito de ontem já não existe, e o de amanhã não sabemos qual será. Cabe-nos selecionar princípios e aglutinar normas, segundo o critério associativo do entrelaçamento vertical (subordinação hierárquica) e horizontal (coordenação), para montarmos o arcabouço do sistema jurídico em vigor, descrevendo-o metodologicamente.

Ademais há de se verificar que a imunidade tributária é norma de competência tributária que destina-se às pessoas jurídicas de direito público dotadas de personalidade política. Não são normas diretamente relacionadas à incidência tributária, pois não criam os tributos. São normas de estrutura que se diferenciam das regras de incidência, que são normas de conduta.

No plano constitucional tais regras de imunidade tributária atinam tão somente ao campo da competência tributária não cuidando da questão da incidência do tributo, que é matéria inerente à regra-matriz de incidência, editada sob o pálio do legislador ordinário.

O tributo em si não é uma criação constitucional, a competência para instituí-lo sim, porém sua existência só passa a ocorrer após a edição da lei complementar que o impõe, surgindo sempre no âmbito da legislação ordinária do direito positivo brasileiro.

Desta forma, não há que se aludir às imunidades tributárias como barreiras ou embaraços dos tributos, mas sim delimitação de competência tributária. Incorre a hipótese de não-incidência constitucionalmente qualificada, pois que admitiria a absurda possibilidade de que a norma constitucional possa não incidir.

A norma constitucional incide e qualifica pessoas, coisas e estado de coisas, e por incidir é que inclui e exclui competência para os entes personalizados da Federação. A questão da discricionariedade do legislador constituinte derivado para modificar competências mantém relação direta com a forma federativa de Estado, núcleo duro da Carta Magna de 1988.

Deste modo, a expressão *não-incidência constitucionalmente*

*qualificada* não merece guarida no âmbito do estudo científico e sistemático da ciência do Direito.

Outra questão importante é perceber que a imunidade tributária não abrange apenas e tão somente os impostos como concluem alguns estudiosos do direito tributário a partir do disposto no art. 150, VI da Constituição Federal.

Tal conclusão é errônea, pois a Constituição Federal não vedou o alcance da imunidade tributária e nem estabeleceu explicitamente que só seria abrangido pelo instituto os tributos não vinculados.

A imunidade tributária não se restringe aos impostos e tal afirmação está consubstanciada no art. 5º, inciso XXXIV do texto constitucional que assegura a todos, **independentemente do pagamento de taxas** o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões em repartições públicas.

Outro exemplo que podemos trazer à baila é o que encontra-se no art. 195, §7º da Constituição Federal, cujo teor é o que segue: “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

Não obstante o emprego do termo *isento*, trata-se de *imunidade*, pois que além de estar contido no texto constitucional, delimita competência tributária da União relativamente a determinadas pessoas abrangidas pelo tributo vinculado.

Desta forma, é clara a possibilidade da imunidade tributária alcançar outros tributos além dos impostos, e nesse sentido estamos com Paulo Barros de Carvalho que esclarece em termos conclusivos:

A proposição afirmativa de que a imunidade é instituto que só se refere aos impostos carece de consistência veritativa(...) mesmo em termos literais, a Constituição brasileira abriga regras de competência da natureza daquelas que se conhecem pelo nome de *imunidades tributárias*, e que trazem alusão explícita às taxas e à contribuição de melhoria. (2005, p. 182)

Assim, resta-nos buscar as definições mais apuradas de doutrinadores mais comprometidos com o rigor sintático e semântico dos institutos jurídicos, no caso, a imunidade tributária, arrolando para tanto os ensinamentos de Roque Antonio Carrazza (1998, p. 418) para quem:

a imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta e

indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a *incompetência* das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações.

E ainda Paulo Barros de Carvalho (2005, p. 185), que entende por imunidade tributária a:

classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.

Isto posto, apresentamos nossa definição de imunidade tributária como *a norma jurídica de estrutura contida na Constituição Federal que estabelece expressamente a incompetência tributária de todas ou de algumas pessoas jurídicas de direito público para instituir tributos relativos a determinadas situações e/ou pessoas específicas.*

Assim, é importante com CARVALHO (2005, p. 185) ressaltar que:

as manifestações normativas que exprimem as imunidades tributárias se incluem no subdomínio das sobrenormas, metaproposições prescritivas que colaboram, positiva ou negativamente, para traçar a área de competência das pessoas titulares do poder político, mencionando-lhes os limites materiais e formais da atividade legisferante.

Deste modo, a incompetência das pessoas jurídicas de direito público deve ser inequívoca, dirigida aos legisladores infraconstitucionais que estão proibidos de emitir determinadas regras instituidoras de tributos em determinadas situações.

### **7.3 DA ISENÇÃO**

A isenção é norma pertencente à classe das regras de estrutura, portanto, destina-se imediatamente a uma ou mais normas e mediatamente à conduta. Desta forma, a regra de isenção destina-se à regra matriz de incidência do tributo atingindo-lhe algum dos critérios normativos desta regra.

Paulo Barros de Carvalho (2005, p. 492) destaca que existe o mínimo

normativo da regra-matriz de incidência, sendo o antecedente ou hipotético normativo composto de três critérios: material (verbo e complemento), espacial e temporal. E no consequente normativo o critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e critério quantitativo (base de cálculo e alíquota).

Assim, a regra-matriz de incidência é composta no seu antecedente de verbo e complemento válido para determinado espaço e determinado período de tempo tendo como consequente o suposto de um sujeito ativo e um sujeito passivo capaz de ser tributado sob a aplicação de determinada alíquota incidente sobre determinada base de cálculo.

Deste modo, é à regra-matriz de incidência que destina-se a isenção tributária, e incide sobre um dos critérios normativos acima expostos, seja sobre o antecedente, seja sobre o consequente, não podendo atingir todos os critérios, sob pena de *abrogar* a norma tributária.

#### **7.4 DISTINÇÕES ENTRE IMUNIDADE E ISENÇÃO**

É comum parte da doutrina traçar um paralelo entre isenção e imunidade tributária buscando esclarecer onde se assemelham e onde se diferenciam esses dois institutos jurídicos tributários, que ao final impediriam o dever prestacional tributário.

Ocorre que há diferenças significativa entre os dois institutos, sendo certo que se tocam em pelo menos três aspectos: são duas normas jurídicas válidas no sistema, integram a classe das regras de estrutura, e tratam de matéria tributária (CARVALHO, 2005, p. 188)

As imunidades tributárias são normas de estrutura que exercem sua função no âmbito hierárquico constitucional estabelecendo incompetência para o legislador comum expedir determinadas regras tributárias, ocorrendo em momento logicamente anterior à percussão tributária.

De outro modo, a isenção é regra de estrutura estabelecida pelo legislador ordinário e atua no mesmo nível hierárquico operando como redutora do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou consequência da regra-matriz do tributo. Atua sobre o tributo já existente e não o impede de existir para determinadas situações.

Deste modo não há interpenetração entre as duas categorias jurídicas

que permanecem distintas não possuindo qualquer processo de fundamentação ou derivação de uma para a outra.

## **CAPÍTULO 8. PODER CONSTITUINTE DERIVADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 . LIMITES MATERIAIS E IMUNIDADE TRIBUTÁRIA.**

A problemática do Poder Constituinte é abrangente, pois perpassa pelo tema da origem do Estado reconduzindo à questão da legitimidade do ordenamento jurídico, da fundamentação do poder político, das fontes do direito, dentre outros.

No entanto, em nosso estudo não pretendemos fazer análise da teoria do poder constituinte, senão antes tecer algumas considerações preliminares como a distinção entre poder constituinte e *impulso constituinte*, bem como colocar a necessidade da adequação do poder constituinte a um justo *procedimento constituinte* para logo em seguida cotejarmos a dinâmica do poder constituinte derivado no ordenamento jurídico brasileiro com base na doutrina e no próprio texto constitucional positivo.

### **8.1 PODER CONSTITUINTE E IMPULSO CONSTITUINTE**

Primariamente é necessário distinguir Poder Constituinte de *Impulso constituinte*, pois este coloca-se em plano anterior àquele, de forma que o *impulso constituinte* precede e conduz ao poder constituinte.

Nesse sentido CANOTILHO (1992, p. 96) aduz que impulso constituinte é “o conjunto de motivos conducentes ao exercício de um poder constituinte”. Esse conjunto de motivos pode expressar-se de variadas maneiras, por meio de confrontos, consensos, dissensos e compromissos políticos e sociais e em muitas oportunidades “o ‘movens’ deste poder constituinte, será, uma revolução.”

O mestre português ainda avalia que o *impulso constituinte* “não se reconduz necessariamente à ideia de criação de uma nova constituição. Pode ser suficiente uma ‘reforma’, ‘revisão’ ou ‘emenda’ da constituição existente”(CANOTILHO, 1992, p. 96)

De qualquer modo é importante registrar que nesse caso de impulso constituinte conducente ao poder de reforma, segundo CANOTILHO (1992, p.96), “põe-se o problema da *justeza do grau de regulação*: é necessário utilizar, para a objectivação de novos conteúdos jurídicos, instrumentos de

revelação formais situados no grau ou escalão hierarquicamente superior das normas jurídicas (normas constitucionais)?" (realces no original)

E assim, diante da questão trazida à baila pelo autor citado, anotamos que as modificações levadas a efeito pelo poder constituinte derivado, no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, atende a requisitos objetivos, formais, procedimentais (art. 60, CF/88), bem como a requisitos materiais tangentes ao núcleo imodificável da Constituição presentes no art. 60, §4º, da Constituição Federal Brasileira.

## 8.2 PODER CONSTITUINTE E PROCEDIMENTO

É necessário registrar que o Poder Constituinte não estabelece a Constituição, e conseqüentemente, todo o ordenamento jurídico, de chofre, de uma só vez a uma só voz, mas encaixa-se a um procedimento constituinte adequado com sequencia procedimental a ser observada.

A sequencia procedimental do poder constituinte vai desde a “convocação de eleições para uma assembleia constituinte ou para um acto referendário, até à aprovação juridicamente vinculativa do texto constitucional” (CANOTILHO, 1992, p. 97).

Destarte, “todo o complexo de actos – eleições, discussões, redacções. votações, aprovação, publicação – necessários para se chegar ao ‘acto final’ – a constituição – deve estruturar-se em termos *justos (due process)* e adequados”, pois, “neste sentido se fala de *legitimidade da constituição através do procedimento.*”

Assim, não falta ao poder constituinte *procedimentos* para que alcance um fim, ainda que, como será visto adiante, o poder constituinte esteja desvinculado de toda e qualquer limitação jurídica.

A teleologia do *procedimento* na implementação do Poder Constituinte não é limitar a matéria que poderá ser tratada por ele, mas garantir que os passos tomados para se chegar aos fins a que pretende o Poder Constituinte seja feito de forma a assegurar a democrática participação do povo, por meio de seus representantes, de forma que todos tenham garantida a sua participação a fim de representar todos os setores da sociedade, a qual será regida pelos poderes constituídos.

## 8.4 PODER CONSTITUINTE DERIVADO. ABRANGÊNCIA E LIMITAÇÕES

### 8.4.1. Breve Noção de Poder Constituinte. Origem e Natureza Jurídica

É cediço, com o esopeque em não poucos autores, que o primeiro e grande teórico do Poder Constituinte foi o abade de Chartres Emmanuel Joseph Sieyès, que, de pronto em seu escrito: *Qu'est ce que le tiers État?* se propõe a responder a pergunta com uma resposta curta e precisa: O terceiro estado é a Nação, e esta deve deter a titularidade do poder constituinte do Estado.

Celso Antonio Ribeiro de Bastos (2002, p. 30) nos informa que Sieyès:

desenvolveu o seu pensamento jurídico nos dois capítulos finais do famoso panfleto, partindo da forma representativa de governo para chegar, pela primeira vez, a uma distinção entre o poder constituinte e os poderes constituídos.

Nesse sentido BONAVIDES (2004, p. 142) aponta para a importância da distinção supra como causa do surgimento das Constituições Rígidas:

com efeito, a distinção fundamental entre poder constituinte e poderes constituídos consentiu o advento das Constituições rígidas, bem como, desde aí, o dogma de uma soberania que se exercitava mediante instrumentos constitucionais de limitação de poder

BASTOS (2002, p. 30) nos informa ainda que para Sieyès somente a nação tem o direito de fazer a Constituição. “O poder constituinte é, assim, um poder de direito, que não encontra limites em direito positivo anterior (...) é inalienável, permanente e incondicionado”.

Prossegue BASTOS (2002, p. 30) aduzindo que para Sieyès “A nação não pode perder o direito de querer e de mudar à sua vontade; não está submetida à Constituição por ela criada nem a formas constitucionais.”

Assim, temos o Poder Constituinte como aquele responsável pela Constituição de um Estado, que a estabelece, e finca os seus preceitos, que constitui os poderes ou coloca os *poderes constituídos* de um Estado dentro dos limites da Constituição.

Destarte, coloca-se a questão de saber se toda alteração da Constituição decorre desse mesmo Poder Constituinte, único capaz de estabelecer a Constituição.

Nesse sentido BASTOS (2002, p.32) elucida a questão declarando que “O Poder Constituinte é fundamentalmente uma função, o que dá razão aos que afirmam que, também na etapa da reforma da Constituição, existe uma manifestação do Poder Constituinte.”

Ressalta BASTOS (2002, p. 32) que:

Se ubicamos o tema no nível da função, dizemos que o Poder Constituinte é aquele que participa da criação e distribuição das competências supremas do Estado e veremos que cada vez que existe uma redistribuição ou uma reformulação dessas competências é evidentemente mais uma manifestação do Poder Constituinte(2002, p. 32)

Entretanto, não há que se confundir o Poder Constituinte Originário e Derivado com o Poder Constituinte Revolucionário anotado por VANOSSI *apud* BASTOS (2002, p. 33) que destaca muito bem que:

O Poder Constituinte Derivado era o Poder Constituinte de continuidade, aquele que reformara a Constituição, mas respeitando as previsões existentes na própria normatividade dessa Constituição que até o momento de ser reformada estava vigente. Entretanto, a experiência indica que existe um Poder Constituinte Revolucionário, que prescindindo do tema da sua legitimidade (...) possui obviamente caráter de Poder Constituinte, porque altera profundamente a estrutura dos órgãos do Poder ou as relações entre o Poder e a Sociedade. Esse Poder Constituinte revolucionário tem em comum com o originário, o fato de não se ajustar com a legalidade preexistente, com a única diferença de que, enquanto o Poder Constituinte Originário não reconhece uma legalidade preexistente, porque esta não existiu, porque surge ali, o Poder Constituinte Revolucionário não reconhece a legalidade constitucional preexistente, porque a derrubou e a destruiu e, portanto, lhe desconhece qualquer virtualidade jurídica. De modo que este Poder Constituinte Revolucionário é o que geralmente é assumido e exercido nas instâncias denominadas de fato ou revolucionária ou golpista (...).

Destarte, resta claro que o Poder Constituinte Derivado como diz o nome, *deriva* do Poder Constituinte Originário, de forma que a este deve obediência na consonância de seu poder de reforma, existente para atualizar o sentido da Constituição.

### 8.4.2 Características do Poder Constituinte

A primeira característica que se pode destacar do Poder Constituinte é que ele é *inicial*, “porque nenhum outro poder existe acima dele, nem de fato, nem de direito, exprimindo a idéia de direito predominante na coletividade” (BASTOS, 2002, p. 34.) Ademais, nenhum outro poder existe antes dele, pois “é nele que se situa, por excelência a vontade do *soberano* (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema).” (CANOTILHO, 1992, p. 98)

Como segunda característica podemos invocar a sua qualidade de *autônomo*, pois “somente ao soberano (titular) cabe decidir qual a idéia de direito prevalente no momento histórico e que moldará a estrutura jurídica do Estado” (BASTOS, 2002, p. 34-35)

Tem ainda o Poder Constituinte como terceira característica a Onipotência ou a característica de *Incondicionado* e assim o é porque não se subordina a qualquer regra de forma ou de fundo. (CANOTILHO, 1992; BASTOS, 2002)

BASTOS (2002, p. 35) destaca ainda quanto a esta última característica que o Poder Constituinte “não está regido pelo direito positivo do Estado (estatuto jurídico anterior), mas é o mais brilhante testemunho de um direito anterior ao Estado”

### 8.4.3 Poder Constituinte Derivado

Afirma CANOTILHO (1992, p. 99) que o Poder Constituinte Derivado é o poder de modificar a constituição em vigor, segundo as regras e processos nelas prescritos, também chamado de *poder de revisão ; poder constituinte em sentido impróprio* distinguindo-se do poder constituinte originário.

Assentado no pensamento de Sieyès CANOTILHO (1992, p. 100) questiona que “se o poder constituinte reside sempre na Nação e dada a impossibilidade de a Nação se reunir para criar leis constitucionais, como configurar o exercício do poder constituinte a não ser através de representantes?”

Desta forma, registra CANOTILHO (1992, p. 100) que:

Esta dupla ordem de considerações – necessidade de inserção do poder constituinte dentro dos esquemas políticos normais e

necessidade de o conciliar com o sistema representativo – levou o próprio Sieyés à defesa de um *juryconstitutionnaire* ao qual competiria modificar o estatuto constitucional

A teoria do poder constituinte derivado, ao contrário da teoria do poder constituinte originário, é marcada pelo estudo das limitações do seu âmbito de atuação do que propriamente dito, do alcance do seu poder.

Resta saber se o Poder Constituinte Derivado é herança direta do Poder Constituinte Originário ou se, ao contrário, é apenas mais um dos poderes constituídos que são exercidos nos estritos limites constitucionais.

BASTOS (2002, p.41) nos informa que:

alguns autores, como Carl Schmitt e Luis Recaséns Siches, sustentam ponto de vista de que somente o originário é poder constituinte, pois somente ele tem caráter inicial e ilimitado, ao passo que o poder reformador retira sua força própria da Constituição, estando limitado pelo direito.

No entanto, “outros autores, seguindo a doutrina clássica de Sieyés, afirmam que o poder constituinte tanto cria quanto modifica, no todo ou em parte, a Constituição.” (BASTOS, 2002, p. 42), o que em suma significa dizer que o poder constituinte seria tanto aquele que cria (originário) quanto aquele que modifica (derivado), modificando-se somente a nomenclatura utilizada em cada caso, ora *originário* ora *derivado*.

Não há consenso acerca da natureza jurídica do poder constituinte derivado ou poder de reforma, entretanto “em ambos os casos, trata-se de um poder essencialmente diverso dos poderes constituídos” (BASTOS, 2002, p. 42).

O certo, porém, é que se por um lado o poder constituinte originário não encontra limite jurídico algum, o poder constituinte derivado obedece estritamente os estatutos jurídicos estabelecidos pela própria Constituição para o seu exercício.

BASTOS (2002, p.47) corrobora nesse sentido afirmando que “o poder de reforma constitucional é um poder instituído na Constituição. Portanto, há uma competência jurídica e, como tal, logicamente sujeita a limitações.”

BONAVIDES (2004, p.146) após inferir que o poder constituinte originário é basicamente um poder extrajurídico passa a tecer considerações sobre o poder constituinte derivado aduzindo que este “conhece limitações

tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional.”

Ademais, “deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.” (BONAVIDES, 2004, p. 146)

É mister considerar que:

na acepção jurídica o poder constituinte é competente para ultimar a mudança constitucional e, segundo certos juristas, tanto poderá reformar a Constituição como ab-rogá-la; ora se limita a pequenas emendas, ora se abalança a uma revisão mais ampla de que venha resultar a feitura de uma nova Carta. (BONAVIDES, 2004, p. 146)

Ocorre que o poder constituinte, entendido como o poder de criar ou modificar a Constituição, quando é exercido na originalidade não encontra limites jurídicos. Entretanto, tendo sido exercido originariamente, o poder constituinte derivado só poderá ser exercido nos limites jurídicos da Constituição posta pelo poder originário.

Nesse sentido expõe BONAVIDES (2004, p. 152) que a teoria constitucional moderna:

busca emprestar tanto quanto possível, caráter mais *jurídico* do que *político* ao poder constituinte derivado. De sorte que se emprenha em colocá-lo nas Constituições como instrumento útil e eficaz de mudança e adaptação corretiva dos sistemas constitucionais rígidos, diminuindo-lhe o alcance ou competência (...)

#### **8.4.3.1 Poder Constituinte Derivado e Mutação Constitucional**

José Afonso da Silva (2005, p. 61) alerta quanto ao poder constituinte derivado que “a questão terminológica nessa matéria começa pela necessidade de fazer distinção entre *mutação constitucional* e *reforma* constitucional.”

SILVA (2005, p. 61) aduz que mutação constitucional:

consiste num *processo não formal de mudanças* das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado.

E nisto diferencia-se de *reforma constitucional*, posto que esta é o “processo formal de mudanças das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades estabelecidas nas próprias constituições para o exercício do poder reformador.” (SILVA, 2005, p. 61-62)

#### **8.4.4 Poder Constituinte Derivado no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

As teorizações acerca do poder constituinte são objeto das ciências políticas, sociais e filosóficas com a sua relevância para cada uma dessas áreas, não sendo, entretanto, objeto direto da ciência do direito, visto que o objeto desta é o ordenamento jurídico positivo.

O direito positivo é o direito posto em determinada época à determinado povo em determinado território, assim, o ordenamento jurídico positivo brasileiro diz respeito à ordem jurídica do Estado brasileiro denominado *República Federativa do Brasil*, sendo, portanto, o direito positivo brasileiro o objeto de estudo da ciência jurídica no Brasil.

Assim:

Na perspectiva do direito constitucional, como ciência positiva do direito, o que existe é uma Constituição e órgãos e competências nela instituídos. O jurista tem elementos para examinar um ordenamento jurídico, opinar sobre se uma reforma determinada é juridicamente possível, quem é competente para realizá-la e até mesmo, pleitear perante os tribunais a declaração de inconstitucionalidade de emenda realizada em desobediência aos preceitos constitucionais. Isto porque o chamado poder reformador é uma competência regulada pelo direito positivo do Estado e o seu titular é um órgão estatal. O jurista não pode trabalhar com a noção de poder constituinte porque ela é metajurídica. Identificá-la como a competência das competências não resolve o problema, uma vez que o jurista não reconhece competência exterior à ordem jurídica. (BASTOS, 2002, p. 43).

O poder constituinte derivado, como visto, está limitado juridicamente à Constituição estabelecida pelo Poder Constituinte Originário, e a ela deve total obediência.

No ordenamento jurídico pátrio o tema da reforma constitucional está basicamente regulado no art. 60 da Constituição Federal de 1988, excluindo-se a hipótese de revisão que a seguir será elucidada.

No Brasil é também conhecido como Poder de Reforma, que segundo nos informa SILVA (2005, p. 62) é o termo genérico que engloba o *procedimento de emenda* e o *procedimento de revisão* à Constituição Federal.

A revisão constitucional, prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, já foi realizada, não sendo mais possível outra revisão nos termos previstos, pois sendo norma transitória cumpriu seu papel, esgotando-se em definitivo. (SILVA, 2005, p. 62)

Desta forma, resta ao Poder de Reforma Constitucional tão somente o *procedimento de emenda* previsto no art. 60 do texto constitucional com todos os limites ali elencados.

Assim a baliza das técnicas de reforma ou emenda são tão importantes que determinam mesmo a rigidez e a supremacia da constituição consoante nos ensina SILVA (2005, p. 62): “A rigidez e, portanto, a supremacia da constituição repousam na técnica de sua reforma (ou emenda), que importa em estruturar um procedimento mais dificultoso, para modificá-la.”

É certo que é lícito ao cientista do direito lançar mão do direito comparado para fins análise hermenêutica relativamente ao direito positivo que estuda, por isso importa saber que a técnica de reforma compreendida como conjunto de procedimentos que visa a alteração constitucional:

varia de país para país. Nos Estados Unidos da América do Norte é previsto no art. V da Constituição nos termos seguintes: ‘O Congresso, sempre que dois terços de ambas as Câmaras julgarem necessário, poderá propor emendas a esta Constituição, ou, a pedido dos Legislativos de dois terços dos vários Estados, convocará uma assembléia para propor emendas que, em qualquer caso, serão válidas para todos os objetivos e propósitos como parte desta Constituição, se ratificadas pelos Legislativos de três quartos dos diversos Estados ou por assembléias reunidas para este fim em três quartos destes, podendo o Congresso propor um ou outro modo de ratificação.’

No Brasil, atualmente toda a disciplina do poder de reforma da Constituição está contida no art. 60 da Constituição Federal que ora transcrevemos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

**I - a forma federativa de Estado;**

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (destaques nossos)

Da leitura do dispositivo apontado extraímos que no ordenamento jurídico brasileiro o poder de reforma é limitado por, no mínimo três frentes, a primeira diz respeito aos *limites circunstanciais*, a segunda aos *limites formais* ou procedimentais para sua atuação e a terceira relaciona-se aos *limites materiais* da Constituição sejam eles explícitos ou implícitos.

#### **8.2.4.1 Limitações Circunstanciais**

As limitações circunstanciais estão claramente consignas pela *Lex Legum* no §1º da Constituição Federal de 1988 que veda a emenda à Constituição na vigência de *intervenção federal*, de estado de defesa ou estado sítio.

Dessa forma está vedada a alteração da constituição em períodos de exceção previstos pela própria constituição, sendo tal limitação conhecida como *limitação circunstancial*.

#### **8.2.4.2 Limitações Formais**

Os limites formais dividem-se em *limites formais subjetivos* e *limites formais propriamente ditos* sendo aqueles atinentes à forma de titularidade capaz de elaborar e propor emenda à Constituição, *um terço, no mínimo, dos membros da câmara dos deputados ou do senado federal; presidente da república; mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.* (art. 60, incisos I a III, CF/88).

Temos ainda os *limites formais propriamente ditos* que dizem respeito à forma pela qual deverá ser votado, discutido e aprovado projeto de emenda constitucional, sendo que será discutida e votada *em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.*(art. 60, §2º, CF/88) além de outros pormenores estatuídos na própria constituição como a de que *a emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem* (art. 60, §3º, CF/88) e aqueles a serem observados pelos regimentos internos das respectivas casas parlamentares.

#### **8.2.4.3 Limitações Materiais**

A limitação material adentra no campo do que chamamos de *limitação propriamente dita*, pois diz respeito ao conteúdo, à essência do que pode ou não ser reformado na Constituição Federal.

É ponto de controvérsia a definição exata dos limites materiais da Constituição e SILVA (2005, p. 66) sintetiza em questionamento: “o poder de reforma pode atingir qualquer dispositivo da Constituição, ou há certos dispositivos que não podem ser objeto de emenda ou revisão?”

Com base nesse questionamento parte-se para o estudo dos limites materiais do poder de reforma que podem ser, segundo SILVA (2005, p. 66), divisados em *limites materiais explícitos* e *limites materiais implícitos*.

#### a) *Limitação Material Explícita*

A limitação material *explícita* para SILVA (2005, p. 66) ocorre quando o constituinte registra de forma expressa a exclusão de determinadas matérias ou conteúdos da incidência do poder de emenda.

Tal limitação está plenamente em contato com a noção de *núcleo imodificável*, *núcleo duro* identificado mediante cláusulas pétreas, todas expressamente constantes no §4º do art. 60 da Constituição Federal de 1988.

O aludido dispositivo constitucional dispõe que *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado ; II – o voto direto, secreto e universal, III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais.*

Sobre o alcance desse dispositivo SILVA(2005 ,p. 67) aduz que:

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado’, ‘fica abolido o voto direto...’, ‘ passa a vigorar a concentração de Poderes’, ou ainda ‘fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação... ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...’. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, ‘tenda’ (emendas *tendentes*, diz o texto) para a sua abolição.

Assim, essas seriam as limitações materiais *explícitas*, que estão relacionadas às vedações explícitas do *núcleo imodificável* da Constituição, e não necessariamente à forma explícita de seus termos, como nos exemplos dados acima: “Fica abolida a Forma Federativa de Estado”, tal conteúdo explícito pode ocorrer de forma implícita e representar *tendência* à abolição ou enfraquecimento da forma federativa de Estado.

#### b) *Limitação material Implícita*

SILVA (2005, p. 67) destaca que a maior presença de limitações materiais explícitas inibe a presença das limitações implícitas havendo uma tendência ao reconhecimento da impossibilidade de reconhecer a existência de limitações materiais *implícitas*.

No entanto, admite-se ainda algumas limitações materiais implícitas e são elas as “concernentes ao titular do poder constituinte, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador” (SILVA, 2005, p. 68)

Ainda, “as referentes ao titular do poder reformador, pois seria despautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário”.

O procedimento de criação de emendas também constitui-se em um objeto limitado implicitamente ao poder constituinte derivado, admitindo sua mudança tão somente quando para tornar o seu processo mais difícil, jamais para atenuá-lo.

## **PARTE III – RENÚNCIA FISCAL HETERONOMA DE ICMS EFEITOS NO ESTADO DO PARÁ**

### **CAPÍTULO 9 DINAMICA DE COMPENSAÇÃO DA LEI KANDIR. PERDAS FISCAIS NO ESTADO DO PARÁ RESTRIÇÃO DA AUTONOMIA ECONOMICA DO ESTADO DO PARÁ.**

#### **9.1 COMPENSAÇÃO FISCAL DE PERDA DE ICMS NA EXPORTAÇÃO**

A princípio convém destacar que a mesma Lei Complementar Federal n.º 87/1996 chamada Lei Kandir que previu a desoneração de ICMS na exportação também estabeleceu em seu art. 31 a compensação financeira aos Estados exportadores no percentual previsto em seu anexo, conforme textuais abaixo:

Art. 31. Nos exercícios financeiros de 2003 a 2006, a União entregará mensalmente recursos aos Estados e seus Municípios, obedecidos os montantes, os critérios, os prazos e as demais condições fixadas no Anexo desta Lei Complementar. ([Redação dada pela LCP nº 115, de 26.12.2002](#))

§ 1º Do montante de recursos que couber a cada Estado, a União entregará, diretamente: ([Redação dada pela LCP nº 115, de 26.12.2002](#))

I - setenta e cinco por cento ao próprio Estado; e

II - vinte e cinco por cento aos respectivos Municípios, de acordo com os critérios previstos no parágrafo único do art. 158 da Constituição Federal.

O anexo aludido no dispositivo citado estabeleceu a dinâmica do pagamento das compensações previstas da seguinte forma:

#### **A N E X O**

([Redação dada pela LCP nº 115, de 26.12.2000](#))

1. A entrega de recursos a que se refere o art. 31 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, será realizada da seguinte forma:

1.1. a União entregará aos Estados e aos seus Municípios, no exercício financeiro de 2003, o valor de até R\$ 3.900.000.000,00 (três bilhões e novecentos milhões de reais), desde que respeitada a dotação consignada da Lei Orçamentária Anual da União de 2003 e eventuais créditos adicionais;

1.2. nos exercícios financeiros de 2004 a 2006, a União entregará aos Estados e aos seus Municípios os montantes consignados a essa finalidade nas correspondentes Leis Orçamentárias Anuais da União;

1.3. a cada mês, o valor a ser entregue aos Estados e aos seus Municípios corresponderá ao montante do saldo orçamentário existente no dia 1º, dividido pelo número de meses remanescentes no ano;

1.3.1. nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, o saldo orçamentário, para efeito do cálculo da parcela pertencente a cada Estado e a seus Municípios, segundo os coeficientes individuais de participação definidos no item 1.5 deste Anexo, corresponderá ao montante remanescente após a dedução dos valores de entrega mencionados no art. 3º desta Lei Complementar;

1.3.1.1. nesses meses, a parcela pertencente aos Estados que fizerem jus ao disposto no art. 3º desta Lei Complementar corresponderá ao somatório dos montantes derivados da aplicação do referido artigo e dos coeficientes individuais de participação definidos no item 1.5 deste Anexo;

1.3.2. no mês de dezembro, o valor de entrega corresponderá ao saldo orçamentário existente no dia 15.

1.4. Os recursos serão entregues aos Estados e aos seus respectivos Municípios no último dia útil de cada mês.

1.5. A parcela pertencente a cada Estado, incluídas as parcelas de seus Municípios, será proporcional aos seguintes coeficientes individuais de participação:

AC	%	0,09104	PB	0,28750%
AL	%	0,84022	<b>PR</b>	<b>10,08256%</b>
AP	%	0,40648	PE	1,48565%
AM	%	1,00788	PI	0,30165%
BA	%	3,71666	<b>RJ</b>	<b>5,86503%</b>
CE	%	1,62881	RN	0,36214%
DF	%	0,80975	<b>RS</b>	<b>10,04446%</b>
ES	%	4,26332	RO	0,24939%
GO	%	1,33472	RR	0,03824%
MA	%	1,67880	SC	3,59131%
MT	%	1,94087	<b>SP</b>	<b>31,14180%</b>
MS	%	1,23465	SE	0,25049%
<b>MG</b>	%	<b>12,90414</b>	TO	0,07873%
<b>PA</b>	%	<b>4,36371</b>	TOTAL	100,00000%

2. Caberá ao Ministério da Fazenda apurar o montante mensal a ser entregue aos Estados e aos seus Municípios.

Destaca-se dos percentuais exibidos que o Estado do Pará à época possuía o sexto maior coeficiente de exportação do Brasil, sendo, conforme adiante se verá, a maior parte desse coeficiente composto de matéria prima e semi elaborados, produtos diretamente atingidos pela desoneração com a lei Kandir.

Os coeficientes de exportação presente no anexo da lei kandir não necessariamente representam efetivamente na realidade o volume e percentual de exportação dos estados, tendo em vista, inclusive, que a tabela exposta obedece à redação dada pela Lei Complementar Federal n.º 115 de 26 de Dezembro de 2000.

## **9.2 PERDAS FISCAIS NO ESTADO DO PARÁ ANÁLISE DE ESTUDO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO**

Durante o período de vigência da Lei Kandir e da Emenda Constitucional n.º42/2003 o Estado do Pará acumulou perdas fiscais decorrentes da renúncia heterônoma de ICMS na exportação não obstante compensação financeira paga diretamente pela União aos Estados membros na medida de seus coeficientes de exportação.

Ocorre que o coeficiente de exportação acima esboçado é estático, enquanto o volume de exportação dos Estados é dinâmico, ocorrendo, por vezes, perdas fiscais que os Estados não teriam, caso a exação de ICMS sobre a exportação não tivesse sofrido a renúncia fiscal heterônoma.

Assim passa-se a demonstração das perdas fiscais estimadas do Estado do Pará já considerados os repasses feitos a título de compensação previstos o art. 31 da lei Kandir.

Abaixo segue quadro demonstrativo de estudo realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Pará por técnicos desse tribunal administrativo com base em fontes indicadas no próprio quadro:

**DEMONSTRATIVO DA ESTIMATIVA DAS PERDAS DE ICMS APÓS A  
LEI COMPLEMENTAR N° 87/96 (LEI KANDIR) 1997 a 2010**

Exer cício	Exportações US\$ FOB	Exportações (*) R\$	ICMS DEVIDO (**) R\$	COMPENSAÇÕES FINANCEIRAS DA UNIÃO			PERDAS	
				Lei Kandir R\$	Auxílio Financeir o R\$	TOTAL R\$	Vr. Nominal R\$	Vr. Atualizado (***) R\$
2010	12.835.420.476	21.376.109.261	2.778.894.204	63.819.258	121.107.119	184.926.379	2.593.967.825	2.593.967.825
2009	8.345.255.133	14.524.082.033	1.888.130.664	63.819.258	107.811.258	171.630.517	1.716.500.147	1.824.655.619
2008	10.680.295.509	24.951.306.368	3.243.669.828	63.819.258	164.257.080	228.076.339	3.015.593.489	3.340.832.182
2007	7.925.093.138	14.031.377.401	1.824.079.062	63.819.258	158.199.356	222.018.615	1.602.060.447	1.888.225.450
2006	6.707.888.191	14.336.098.642	1.863.692.823	63.819.258	158.199.356	222.018.615	1.641.674.208	2.015.944.243
2005	4.807.637.832	11.249.391.763	1.462.420.929	111.274.605	146.030.175	257.304.780	1.205.116.149	1.524.530.376
2004	3.804.690.435	10.096.126.538	1.312.496.450	111.274.605	-	111.274.605	1.201.221.845	1.614.066.777
2003	2.677.521.012	7.733.751.691	1.005.387.720	105.459.462	-	105.459.462	899.928.257	1.296.744.872
2002	2.266.832.845	8.007.587.025	1.040.986.313	129.360.943	-	129.360.944	911.625.370	1.458.331.571
2001	2.289.061.283	5.309.706.552	690.261.852	117.214.037	-	117.214.038	573.047.814	1.016.923.774
2000	2.441.180.860	4.771.532.109	620.299.174	126.689.379	-	126.689.380	493.609.794	942.606.048
1999	2.135.946.605	3.819.499.719	496.534.963	138.249.156	-	138.249.156	358.285.807	725.136.794
1998	2.209.013.607	2.670.034.747	347.104.517	118.813.265	-	118.813.265	228.291.252	501.995.181
1997	2.264.084.533	2.527.623.973	328.591.116	6.712.320	-	6.712.321	321.878.796	720.222.668
<b>TOT AIS</b>	<b>71.389.921.459</b>	<b>145.404.227. 822</b>	<b>18.902.549. 617</b>	<b>1.284.144.07 0</b>	<b>855.604.3 46</b>	<b>2.139.748.4 16</b>	<b>16.762.801.20 1</b>	<b>21.464.183.386</b>

**Fontes:** Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Banco Central do Brasil (Calculadora do Cidadão), SEFA (Balanços Gerais do Estado), SIAPEM-PA.

(\*) Valores convertidos em Real pela cotação do dólar à época;

(\*\*) Alíquota de 13% referente ao ICMS s/ exportação, aplicado sobre o valor das exportações em Real;

(\*\*\*) Valores corrigidos pelo IPCA de dezembro de 2010.

O quadro apontado indica uma perda fiscal para os cofres do Estado do Pará acumulada de 1997 a 2010, mesmo período de vigência da Lei Kandir, com valores corrigidos em 2011 (dois mil e onze) na soma de 21 (vinte e um) bilhões de reais e frações.

Considerando outras variantes KLAUTAU (2011) observou que o estudo do TCE estaria pontuado por equívocos na elaboração de seu cálculo, vez que, dentre outros erros esteve o de considerar o valor global de exportação, enquanto só poderia ser considerado o valor referente a exportação de matérias primas e semi-elaborados, pois os produtos industrializados já são imunes desde a promulgação da Constituição em 1988, bem como falta de critério para a aplicação do índice do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA para correção dos valores, pois não há aplicação provável de fundo financeiro que o Estado do Pará pudesse investir que fosse corrigido por tal índice, Ademais, tais correções no estudo do TCE não foram feitas aos repasses recebidos a título de compensação.

Destarte o aludido estudioso reelaborou a tabela acima exposta e a retificou nas falhas indicadas reeditando-o nos seguintes termos:

PLANILHA FORMATADA NO TRABALHO DOS TÉCNICOS DO TCE								
(com as alterações enunciadas)								
DEMONSTRATIVO DA ESTIMATIVA DAS PERDAS DE ICMS APÓS A LEI KANDIR, DE 1997 a 2010								
Exercício	Exportações (1)		Icms Devido	Compensações Financeiras da União			Perdas	Índice
	Exportações	Exportações	ICMS Devido VN	Lei Kandir	Auxílio Financeiro	Total Valor Nominal	Perdas Valor Nominal	Taxa de Câmbio
Exercício	US\$ mil FOB	R\$ mil (*)	R\$ mil (**)	R\$ mil	R\$ mil	R\$ mil	R\$ mil	US\$ / R\$
2010	11.100.303	18.486.445	2.403.238	63.819	121.107	184.926	2.218.311	1,6654
2009	6.822.203	11.873.362	1.543.537	63.819	107.811	171.631	1.371.907	1,7404
2008	8.781.871	20.516.207	2.667.107	63.819	164.257	228.076	2.439.031	2,3362
2007	6.219.971	11.012.459	1.431.620	63.819	158.199	222.019	1.209.601	1,7705
2006	5.319.322	11.368.455	1.477.899	63.819	158.199	222.019	1.255.881	2,1372
2005	3.996.758	9.352.014	1.215.762	111.275	146.030	257.305	958.457	2,3399
2004	3.106.324	8.242.941	1.071.582	111.275		111.275	960.308	2,6536
2003	2.161.388	6.242.953	811.584	105.459		105.459	706.124	2,8884
2002	1.966.069	6.945.139	902.868	129.361		129.361	773.507	3,5325
2001	1.975.681	4.582.790	595.763	117.214		117.214	478.549	2,3196
2000	2.090.690	4.086.463	531.240	126.689		126.689	404.551	1,9546
1999	1.864.681	3.334.423	433.475	138.249		138.249	295.226	1,7882
1998	1.972.753	2.384.467	309.981	118.813		118.813	191.167	1,2087
1997	2.021.958	2.257.314	293.451	6.712		6.712	286.738	1,1164
TOTAIS	59.399.972	120.685.430	15.689.106	1.284.144	855.604	2.139.748	13.549.357	
Fontes: Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, Banco Central do Brasil (Calculadora do Cidadão), SEFA (Balancos Gerais do Estado), SIAFEM-PA.								
(*) Valores convertidos em Real pela cotação do dólar à época;								
(**) Alíquota de 13% referente ao ICMS s/ exportação, aplicado sobre o valor das exportações em Real;								
(1) Exclusive Produtos Industrializados (Manufaturados)								
(2) Os valores referentes às Taxas de Câmbio foram fornecidos pelo TCE								
Dados preliminares indicam que o Estado do Pará teria, aproximadamente, valores próximos de R\$ 9 bilhões de créditos de ICMS.								

A tabela elaborada por KLAUTAU (2011) aponta, portanto, um valor menor de perda com a renúncia fiscal aludida, no mesmo período de 1997 a 2010 o Estado do Pará teria perdido 9 (nove) bilhões de reais em créditos de ICMS.

Os valores alcançados nas duas tabelas diferenciam-se além do dobro em termos numéricos concordando em pelo menos uma constatação: a perda para os cofres do Estado do Pará com a renúncia fiscal heterônoma, de 1997 a 2010 é um fato inconteste, sendo possível afirmar o nexo causal entre a vigência da Lei Complementar Federal n.º 87 de 13 de Setembro de 1996; Emenda Constitucional n.º 42/2003 com a restrição econômica sofrida pelo Estado do Pará.

### 9.3 HISTÓRICO DAS PERDAS DA LEI KANDIR NO ESTADO DO PARÁ

O debate acerca das perdas fiscais sofridas pela renúncia fiscal heterônoma de ICMS na exportação não é novo e não se aplica homogeneamente a todos os Estados, senão que respeita-se a peculiaridade de cada detentor da competência de instituir o ICMS.

De acordo com MACHADO (2002) “o principal e mais forte impacto da Lei Kandir foi sobre a arrecadação de ICMS dos Estados.” E “este impacto variou de Estado para Estado segundo a importância das exportações no PIB e, especialmente, de acordo com o peso dos bens primários e semi-elaborados na pauta de exportação” (p.21)

No que pertine especificamente ao Pará, o mesmo autor afirma que:

O Pará é um Estado exportador. Enquanto a participação das exportações no PIB do Brasil foi de 7,84% para o período de 1997-2000, no Pará, para o mesmo período, a participação foi de 19,50%. Além disso, as exportações do estado são fortemente concentradas em bens primários e semi-elaborados. (MACHADO, 2002, p. 21)

Ademais, a maioria dos produtos exportados pelo Estado do Pará são produtos primários e semi-elaborados de extração mineral e vegetal e representam praticamente a totalidade das exportações paraenses no exterior (MACHADO, 2002, p. 21)

Tal constatação nos permite levar à conclusão junto com MACHADO (2002) que tais produtos primários possuem baixo valor agregado e “escassos *enlaces (linkages)* com a economia regional” (p. 21)

No sistema econômico temos com MACHADO (2002) que “os enlaces podem ser para trás, quando geram novas instalações produtoras de insumo à atividade principal, ou para frente, quando conduzem a investimentos em instalações que utilizam o produto(...)” (p. 22)

Há ainda os efeitos indiretos decorrentes da produção local, em primeiro lugar os “ ‘enlaces de consumo’, ou efeito lateral da demanda, que é o efeito indireto provocado pela renda gerada pela atividade principal” e que viabiliza a “oportunidade de negócios para o atendimento da demanda local por bens e serviços” (MACHADO, 2002, p 23)

Em segundo lugar temos que o “outro importante *linkage* é o ‘enlace

fiscal', que decorre da capacidade de o Estado arrecadar impostos com a atividade principal e canalizá-lo para investimentos” (MACHADO, 2002, p 23)

Desta forma, antes do advento da Lei Complementar 87/1996 Paulo Machado (2002) explica que:

No caso paraense, um dos poucos e mais importantes enlace com o sistema econômico local era a arrecadação de ICMS sobre a comercialização para o exterior destes bens, que gerava determinado grau de enlace fiscal na economia estadual . (p. 23)

Assim, MACHADO(2002) nos relata que “segundo estimativas da Secretaria de Fazenda do Pará, a perda média mensal de receita decorrente da desoneração das exportações foi de 14% em relação à arrecadação corrente” (p. 24-25).

Entre 1997 e 2001 o Estado do Pará acumulou resultado negativo líquido de R\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais) entre a perda de arrecadação de ICMS sobre a exportação e a compensação prevista na Lei Complementar 87/1996 (art. 31), em outras palavras, o Estado deixou de dispor de menos trinta milhões de reais para utilizar, por força constitucional, em serviços públicos como da educação, por exemplo (art. 212, CF/88).

#### **9.4 OS CUSTOS DO DIREITO**

Para HOLMES ET SUSTEIN (1999)<sup>5</sup> em sua obra “The cost of rights” ou em tradução livre: “os custos do direito”, temos que todos os direitos são positivos, pois tão somente existindo no ordenamento jurídico, e, acrescentamos, possuindo eficácia plena, devem ser prontamente prestados pelo Estado, o que implica custos, os custos do direito.

Deste modo, SCAFF (2007) aponta a “perplexidade que assoma” o fato do Brasil arrecadar quase 38% do PIB em tributos (R\$733 bilhões, em 2005) e “grande parte deles destinado à área social (...). Mas no IDH – Índice de Desenvolvimento Humano o Brasil aparece em 63º lugar (2005)” (p.18)

---

<sup>5</sup>HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W.W. Norton, 1999. Texto extraído do capítulo 1, disponível em: <http://www.nytimes.com/books/first/h/holmes-rights.html> . Acesso em 15.6.2009

Assim, coloca que:

A despeito da Constituição Federal estabelecer uma longa teia de Vinculações Orçamentárias e a obrigação de utilização dos recursos arrecadados com as Contribuições nas finalidades que ensejaram sua criação – quase que sempre vinculados aos Direitos Humanos-, uma dúvida assoma: Será que o dinheiro é insuficiente (...)? Qual a *práxis* desse Sistema? (SCAFF, 2007, p. 18)

No caso estudado, resta concluído por meio da literatura e dados disponíveis que o Estado do Pará certamente deixou de arrecadar tributo de ICMS nos produtos semi-elaborados destinados à exportação e obteve o prejuízo no período de 1997 a 2010 de no mínimo 9 (nove) bilhões de reais, dinheiro esse que, certamente, seria utilizado na aplicação de direitos fundamentais, como educação, saúde, lazer, moradia, dentre outros, tendo em vista, principalmente, a vinculação da receita de impostos para direitos fundamentais, a título de exemplo da educação em 25% anuais (art. 212, CF/88).

## **CAPÍTULO 10. HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL DA RENÚNCIA FISCAL DE ICMS NA EXPORTAÇÃO**

A renúncia fiscal heterônoma de ICMS na exportação comporta análise hermenêutica sob vários pontos de vista, ponto de vistas esses que selecionamos consoante nosso corte metodológico e compõem-se da análise hermenêutica da renúncia aludida sob o prisma das competências tributárias concorrentes entre União e Estados e nessas abrangida a compreensão hermenêutica dos limites postos pelo Poder Constituinte Originário quanto à renúncia heterônoma de ICMS na exportação, mormente no art. 155, §2º, inciso XII, 'e' CF/88 em análise antes e depois da Emenda Constitucional 42/2003 sob o ângulo do Poder Constituinte Derivado.

### **10.2 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DA UNIÃO E DOS ESTADOS-MEMBROS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E RENÚNCIA FISCAL DE ICMS NA EXPORTAÇÃO**

A Constituição Federal estabelece competência concorrente à União e aos Estados-membros, bem como ao Distrito Federal no art. 24 da Constituição Federal que dispõe:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

No inciso I do referido artigo temos *direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico*.

A prosseguir na leitura do dispositivo temos ainda o §1º que enuncia: *"No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais."*

É cediço que em matéria tributária relativas a imposto os Estados resguardam a sua competência para instituir os impostos previstos no art. 155, incisos I a III e parágrafos, quais sejam, *Imposto sobre transmissão causa*

*mortis; Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços; Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores.*

De acordo com a leitura que pode ser feita do §1º do art. 24 da Constituição Federal à União cabe, limitadamente, instituir normas gerais sobre esses Impostos.

Ao cientista do direito, mediante interpretação cabe realizar proposições jurídicas e nestas preencher espaços de vagueza semântica que porventura encontre na disposição jurídica estudada.

Assim, o alcance do sentido da expressão *normas gerais* enquanto competência da União nas matérias do art. 24 da Constituição Federal não parece em uma condição de “sentido preexistente” ou um “dato da comunicação” (ÁVILA, 2005, p. 25) sendo necessário buscar o seu sentido nos pormenores das leis que estabelecem “normas gerais” com vistas a saber o que se compreende e o que não se compreende como “normas gerais” com vistas a evitar a usurpação de competências dos Estados-membros.

Tal exercício é feito da confrontação entre parte de conteúdo, especificamente art. 3º, inciso II, da Lei complementar federal n.º 87/1996 e o comando constitucional que determina seu limite de atuação traçados no art. 155, §2º, inciso XII da Constituição Federal, especificamente a alínea ‘e’.

### **10.2.1 Análise Hermenêutica anterior à Emenda Constitucional n.º 042/2003**

A redação original do art. 155, §2º, inciso X, alínea ‘a’ dispunha o seguinte:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - 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;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

X - não incidirá:

a) sobre operações que destinem ao exterior produtos industrializados, **excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar**; (realces nossos)

A Lei Complementar n.º 65 de 15 de Abril de 1991 cuidou de dispor sobre os produtos semi-elaborados e elencou como tal a lista do art. 1º:

Art. 1º É compreendido no campo de incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação (ICMS) o produto industrializado semi-elaborado destinado ao exterior:

I - que resulte de matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral sujeita ao imposto quando exportada in natura.

II - cuja matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral não tenha sofrido qualquer processo que implique modificação da natureza química originária.

III - cujo custo da matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral represente mais de sessenta por cento do custo do correspondente produto, apurado segundo o nível tecnológico disponível no País.

Em suma os produtos semi-elaborados representam a matéria prima, riqueza imanente do país à época, geradora de divisas fiscais para os estados cujo território era explorado para exportação da riqueza natural.

Destarte, a regra geral compreendida era de que semi-elaborados estavam sujeitos à tributação de ICMS na exportação de acordo com a competência tributária de cada estado-membro.

A única exceção comportada foi estabelecida pelo próprio Poder Constituinte Originário que assim gravou na alínea 'e' do inciso XII do §2º do art. 155 da Constituição Federal consoante o que se lê:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

e) excluir da incidência do imposto, nas exportações para o exterior, serviços e **outros** produtos **além** dos mencionados no inciso X, "a" (negritos nossos)

Assim, em compreensão semântica do dispositivo supra que resguarda seu texto original na atualidade outra Lei Complementar poderia criar exceções aos produtos semi-elaborados, excluindo outros produtos além dos mencionados.

A Lei Complementar n.º 87 de 13 de setembro de 1996, chamada Lei Kandir, foi sancionada sob a égide de representar a competência da União para editar “normas gerais” relativas à competência concorrente sobre tributos.

No particular caso de estabelecer normas gerais de ICMS deveria atender as disposições do inciso XII do §2º, do art. 155 da CF/88.

Assim, dispôs sobre os contribuintes do impostos (alínea ‘a’); sobre a substituição tributária (alínea ‘b’); sobre o regime de compensação (alínea ‘c’); sobre definição do estabelecimento responsável, o local das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços (alínea ‘d’).

Ocorre que no que pertine à alínea ‘e’ do inciso XII, §2º, art. 155 da CF/88 já exposto acima, a Lei Complementar 87/1996 foi publicada com o art. 3º, inciso II, que a despeito da vigência à época do texto original da alínea ‘a’ do inciso X, §2º, art. 155 também já visto, contém o seguinte teor:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

I - operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

II - operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive **produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados**, ou serviços; (negritos nossos)

É cediço que o inciso XII, ‘e’ do §2º art. 155 da CF/88 autorizou a isenção, por meio de lei complementar federal de produtos semi-elaborados eventualmente, mas não se infere da leitura do dispositivo constitucional autorização ou competência para exclusão de todos os produtos primários e semi-elaborados.

A isenção heterônoma em discussão que escolheu o ICMS das operações sobre produtos e serviços destinados ao exterior estava adstrita aos termos do dispositivo constitucional (art. 155, §2º, inciso XII, ‘e’, CF/88) que lhe facultou estabelecer a isenção de *outros* produtos *além* daqueles contidos no art. 155, §2º, inciso X, alínea ‘a’ da própria Constituição.

Desta forma, ao dizer a LC 87/1996 que o ICMS não incide sobre operações ou prestação de produtos e serviços destinados ao exterior está a imprimir o sentido de *todos* a *outros* produtos *além* dos mencionados pela própria Carta Magna, sentido esse que extrapola a competência que foi atribuída ao legislador comum, pois *todos* não se confunde com *outros* e *além*

*dos mencionados*, sendo necessário um esforço interpretativo maior para entendermos que a alteração introjetada pelo legislador ordinário obedece à hierarquia constitucional observando o seu comando normativo e os limites a ele inerentes.

Trata-se de análise sintática e semântica realizada a partir do cotejo entre os dispositivos constitucionais e legais, no qual, verifica-se o conflito normativo que tornaria insustentável a abrangência material da lei infraconstitucional esticando-se além do comando normativo constitucional.

Em pesquisa realizada no domínio virtual do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br> em 10.01.2010) não encontramos qualquer decisão ou orientação jurisprudencial quanto à (in)constitucionalidade do art. 3º, inciso II da Lei Complementar n.º87/1996, estando portanto a discussão em aberto para ser apreciada pelo Guardião da Carta Magna.

Nenhuma análise científica acerca do conflito normativo ora exposto foi encontrada em nossas pesquisas acadêmicas e nem nas decisões da suprema corte constitucional brasileira.

Trata-se no momento anterior à promulgação da Emenda Constitucional n.º 42/2003 de questão de fundo atinente à isenção fiscal de ICMS em face dos limites autorizativos ou competenciais para tal, e como exposto, mediante o nosso exercício interpretativo entendemos que não se afigurava possível tal isenção geral e irrestrita de ICMS na exportação de produtos primários e semi-elaborados.

O objeto de estudo nesse particular está contemplado tanto sob a ótica da teoria dinâmica quanto pela ótica da teoria estática do direito, no primeira porque busca a trama da competência que viabilizou a edição da lei complementar 87/1996 e na segunda porque imerge em seu conteúdo para buscar o significado consoante o comando constitucional original.

### **10.2.2 Análise Hermenêutica posterior à Emenda Constitucional n.º 042/2003**

A partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 42/2003 tem-se um problema de imunidade tributária e um problema constituinte quanto à

saber a abrangência permitida ao Poder Constituinte Derivado bem como seus limites materiais.

É cediço que a imunidade tributária é regra de estrutura, de competência, portanto, atinente à forma federativa de Estado diretamente relacionada à autonomia dos Estados-membros.

Assim é necessário explorar a relação direta entre imunidade tributária e o poder de reforma, saber se a imunidade pode ser alcançada pelo poder reformador, e se este pode modificar competências federativas dos Estados-membros instituídas pelo Poder Constituinte Originário.

Já foi debatida em capítulo anterior a natureza do poder constituinte e do poder constituinte derivado, suas abrangências e limites, coloca-se em debate se o seu poder de modificação ou *reforma* alcança as competências constitucionais dos entes federativos, em outros termos, se pode o poder constituinte derivado modificar ou subtrair competência tributária de outro ente federativo.

No que pertine às imunidades tributárias, que, como visto, são normas de competência ou incompetência incidentes sobre pessoas jurídicas de direito público resta o questionamento se sendo limitadoras dos entes federativos no sentido material do termo poderiam ser editadas pelo Poder Constituinte Derivado, ou seja, após as definições originárias de competências dos entes federados, de forma a restringir parcela de poder que fora outrora concedida originariamente a eles.

Cabe questionar se as normas de competência ou *incompetência*, no caso, as imunidades, podem ser editadas após a edição do Poder Constituinte Originário?

Tal questionamento pressupõe uma noção aprofundada do tema sobre competências constitucionais e sua *ratio* de existir, analisada sob o espreque da forma federativa de Estado, e esta entendida como cláusula intangível ou cláusula pétrea como sói dizer a doutrina, tarefa essa enfrentada no capítulo 5 sobre a forma federativa de Estado.

Ali discutimos que a competência constitui-se em parcela de poder de cada ente federativo que a exerce autonomamente recebendo a sua atribuição de competência da própria Constituição Federal.

Ademais, por ser o tema da competência atinente ao pacto federativo, discutiu-se naquele capítulo que o mesmo encontra-se, portanto, resguardado

pelo *núcleo imodificável* da Constituição Federal, especialmente o inciso I, §4º do art. 60 da *Lex Legum*.

Assim, tendo em vista a natureza da imunidade tributária como norma de *incompetência* essa, por conseguinte, também não poderia ser editada por meio de emenda à Constituição, tendo em vista o atingimento dos entes federativos, e portanto, o enfraquecimento dos mesmos.

Reitera-se, por oportuno as palavras de SILVA (2005, p. 67): “a autonomia dos Estados federados assenta na capacidade de auto-organização, de autogoverno e de autoadministração. Emenda que retire deles parcela dessas capacidades, **por mínima que seja**, indica *tendência* a abolir a forma federativa de Estado” (negrito nossos).

Assim, com o auxílio do exposto nas considerações doutrinárias, bem como com espeque na nossa interpretação dos dispositivos constitucionais já acima apontados, temos que o poder constituinte derivado não pode subtrair competências dos entes federativos originariamente estabelecidas, portanto, não pode editar normas de *incompetência* tributária para os Estados e Distrito Federal.

Reafirma-se portanto que o poder constituinte derivado encontra limitações materiais explícitas para a edição de emendas constitucionais tendentes a abolir a forma federativa de Estado, e já vimos com SILVA (2005, p. 67) que emenda que retire autonomia dos Estados, por mínima que seja, tende a abolir sua forma federativa.

## CAPÍTULO 11. ANÁLISE FINAL

### 11.1 Dos pressupostos Metodológicos aplicados à compreensão da Renúncia Fiscal Heteronoma de ICMS na Exportação

Em atenção ao todo exposto no corpo do trabalho realizamos a presente análise sistemática para traçar o panorama conclusivo do trabalho aproveitando toda a matéria já exposta.

Iniciamos a análise ressaltando que o direito é linguagem e a ciência que o estuda constitui-se em metalinguagem, descrevendo seu objeto. Assim, cabe consignar que a validade da norma jurídica não está submetida à lógica apofântica, isto é, a critérios de verdadeiro ou falso, mas sim à lógica deôntica, do *dever-ser*, que não busca a ontologia do objeto, mas sim sua deontologia, seu devenir.

Assim, a norma jurídica só pode ser considerada válida se pertencente ao sistema ou ordenamento jurídico tanto pela ótica da teoria estática quanto da teoria dinâmica, ou seja, naquela pelo seu conteúdo, que não deve contradizer norma hierarquicamente superior, nesta por sua forma, que deve obedecer às normas de estrutura que regulam a sua criação.

Deste modo, antes de proceder à análise do texto normativo objeto de estudo, qual seja, o art. 155, §2º, inciso X, 'a' da Constituição Federal que trata da imunidade de ICMS na exportação (em confronto com o art. 3º, II, da Lei Complementar Federal n.º 87 de 13 de Setembro de 1996) procedemos ao estudo da forma federativa de Estado e seus pressupostos de existência, tendo em vista ser a Constituição um documento político-jurídico de formação do Estado e de limitação deste às disposições constitucionais.

Não existe uma definição em abstrato exata do que seja federalismo, senão que possui a ideia geral de ser a união de entes federados, ou estados, que renunciam à sua soberania para, sob o pálio da União, alcançar objetivos comuns resguardando a autonomia.

Destarte, o modelo federativo brasileiro é *sui generis*, pois além dos Estados-membros inclui os Municípios como entes federados, entretanto, sem representação no Congresso Nacional.

Ocorre que a autonomia federativa dos Estados na República Federativa do Brasil é pressuposto não somente implícito, mas expresso no art.

18 do texto constitucional ora transcrito: “*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.*”

A expressão *nos termos desta Constituição* certamente estabelece a limitação da autonomia, outrossim assegura que a seara desses limites representam também o âmbito de atuação de seus detentores, ou seja, determina o âmbito de exercício dessa autonomia pelos seus entes não podendo ou não devendo um ente adentrar no âmbito autônomo do outro.

Os termos da autonomia encontram-se no terreno das competências dos entes federados, pois sendo a competência parcela de poder, estabelece para os entes federativos os limites de seu poder de atuação, porém não só os limites, mas a própria abrangência de sua atuação.

Assim, os postulados federativos da autonomia compreendem a divisão de competências dos entes federativos, vez que a divisão de competências corresponde à parcela de poder de cada ente, corresponde ao seu âmbito de atuação autônoma.

Destarte, em nosso trabalho identificamos no art. 155, §2º, inciso X, alínea ‘a’ da Constituição Federal imunidade tributária de ICMS na exportação, e ressaltamos que a imunidade tributária é norma de competência, ou seja, regra de estrutura que se destina a regular procedimento e limites materiais para criação de outras normas jurídicas.

O referido dispositivo, sendo norma de estrutura a definir incompetência dos Estados para legislar sobre ICMS na exportação, em sua redação original estabelecia que tal incompetência destinava-se apenas à produtos industrializados excluídos os semi-elaborados definidos em lei complementar.

Destacamos que por ser a imunidade norma de estrutura e norma de competência ou melhor dizendo *incompetência* dos entes federativos para legislar sobre ICMS de produtos industrializados destinados à exportação cabe o questionamento se na sua essência tal norma poderia ser estabelecida, reformada, ou mesmo ampliada pelo Poder Constituinte Reformador ou Derivado.

Assim, esboçamos que o Poder Constituinte Derivado é um poder instituído, e não um poder instituidor, de forma que só pode atuar dentro dos limites postos pelo poder instituidor (Poder Constituinte Originário), seja meles

formais ou procedimentais, sejam esses limites materiais como os expressos no art. 60, §4º da Constituição Federal que estabelece as *clausulas pétreas*.

Buscamos assim identificar se há relação entre a reforma do dispositivo constitucional da alínea 'a', inciso X, §2º, art. 155 da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n.º 42/2003 e os limites do art. 60, §4º, inciso I da Constituição Federal que veda emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado.

Utilizando o substrato do traçado no capítulo sobre autonomia federativa em convergência com o alinhavado no capítulo dedicado à hermenêutica constitucional dos dispositivos reformados, constatamos que a imunidade tributária estabelecida pelo poder reformador restringe autonomia dos entes federativos, e usurpa competência do Poder Constituinte Originário, que é o único apto a fixar os termos do pacto federativo, nesse compreendido, a autonomia dos Estados, incorrendo em violação à cláusula pétrea que resguarda a forma federativa de Estado do âmbito de atuação do poder reformador.

Ademais, importante consignar que antes do advento da Emenda Constitucional 42/2003 modificativa do dispositivo em comento (art. 155, §2º, inciso X, 'a', CF/88) a Lei Complementar 87/96 demonstrava total incompatibilidade com a Constituição Federal, vez que, indo muito além de sua competência, desonerou da exportação todos os produtos e serviços em contrariedade patente ao texto constitucional vigente à época.

Daí dizer que a Lei Kandir seria, portanto, inválida tanto pela ótica da teoria estática do direito por violar frontalmente conteúdo constitucional, quanto pela teoria dinâmica, por tratar de matéria que extrapola sua competência.

O mesmo se pode dizer da Emenda Constitucional n.º 42/2003 no dispositivo que alterou a alínea 'a' do inciso X, §2º, do art. 155 da Constituição Federal, posto que altera e desfigura o pacto federativo realizado a quando do Poder Constituinte Originário, que não deve, com base nos já expostos pressupostos federativos de autonomia, restringir competências, senão, aumenta-las.

## **CONCLUSÕES**

1.1 O Direito como produto cultural humano se reveste da forma lingüística e o seu estudo é realizado em um ambiente de linguagem.

1.2 Direito positivo diferencia-se de ciência do direito na medida que aquele é o direito posto, direito escrito, e a ciência do direito não é o direito em si, senão a descrição dele, não é o direito escrito, mas o escrito sobre o direito.

1.3 O objeto da ciência jurídica é a realidade chamada direito, que é uma realidade construída pela linguagem e sobre os enunciados postos pelo ordenamento jurídico vigente deve debruçar-se o cientista do direito.

1.4 Todo trabalho científico deve realizar o corte metodológico que visa acomodar o objeto de estudo dentro de limites que permitam uma análise específica de um ponto de observação. Assim, sendo o objeto da ciência jurídica o direito posto com seus enunciados, restringe-se uma área desse objeto e busca-se a sua análise. No presente trabalho buscou-se a avaliação da Renúncia Fiscal Heteronoma de ICMS na exportação sob o prisma do federalismo e das normas de estrutura que instituíram a renúncia em tela.

2.5 Sistema é o conjunto de unidades que compõem o todo de forma coordenada, sendo a noção de sistema imprescindível para a análise de qualquer enunciado lingüístico do direito posto para fazer possível a verificação de pertinência da parte ao todo.

2.6 A ciência do Direito compõe-se em sistema proposicional normativo que estabelece proposições acerca do sistema normativo e é elaborada na perspectiva de um todo coordenado.

2.7 Assim, a ciência do direito constitui-se em um sistema sobre outro sistema, o sistema proposicional sobre o sistema normativo, sendo assim denominada de metasistema.

3.8 A norma jurídica é o exercício de aplicação por meio da autoridade competente do enunciado linguístico jurídico posto, e se diz assim, que é, portanto, o sentido extraído mediante o exercício de um juízo hipotético entre um antecedente e um conseqüente mediante um functor deôntico.

3.9 Existe distinção específica entre normas jurídicas e podem ser medidas pelo conteúdo, pelo destinatário e pelas ações que prescrevem, assim, quanto ao conteúdo existem normas formais (processuais) e materiais; normas de conduta e normas de estrutura, dentre outras. Quanto aos destinatários e às ações que prescrevem o ordenamento jurídico possui quatro tipos de normas, com destinatário universal, com destinatário singular, com ação universal e com ação singular.

4.10 A validade inicialmente é um conceito extraído do estudo da lógica e diz respeito à *verdade lógica* quando um argumento é necessariamente verdadeiro partindo-se de premissas verdadeiras. No entanto, o conceito de validade foi tomado pela ciência jurídica para verificação da pertinência das normas jurídicas ao ordenamento jurídico. Tomamos o conceito de validade no presente trabalho como a validade clássica de Kelsen, que apóia uma norma como válida quando sustentada não só pela Constituição Federal, mas também pela Norma hipotética fundamental que determina a obediência à Constituição Histórica.

5.11 A existência do Estado é política-jurídica e tem sua origem e forma de organização na Constituição.

5.12 Federalismo é a forma de Estado da República Federativa do Brasil que foi inspirada, inicialmente, na Federação dos Estados Unidos da América, porém desta se diferencia em vários aspectos, principalmente no aspecto em que considera o Município como ente federativo, guarda porém semelhança em outros aspectos, como a autonomia dos Estados-Membros.

5.13 A repartição de competências é o tema central do federalismo, posto que ele determina o maior ou menor grau de poder dos entes federativos. O Brasil possui um federealismo centrípeto, concentrando a maioria dos poderes no

nível central, na União, em detrimento dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

5.14 No Brasil o modelo federalista não obstante prever no próprio texto constitucional o esforço comum e nacional para a diminuição das diferenças entre as regiões, tal quadro, conforme provam os índices de desenvolvimento humano por estado e região, ainda permanece extremamente destoante, posto que há diferenças dobradas entre algumas regiões, conforme demonstrado ao longo do texto.

6.15 Autonomia é um termo que permite vários espaços de vagueza semântica, entretanto, se tomada em termos pelo direito público, temos a noção de autonomia como capacidade de *autonormação*.

6.16 A autonomia federativa pressupõe a existência de capacidade de autonormação dos entes federativos dentro das competências que lhe foram outorgadas por meio do Poder Constituinte Originário que as gravou no texto original da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

6.17 A proposta de lei ou emenda que vise a redução da autonomia federativa de qualquer dos entes federativos deve ser entendida como tendente a abolir a forma federativa de Estado.

7.18 Competência Tributária é a aptidão para criar *in abstracto* tributos, por meio de lei, que deve descrever todos os elementos essenciais da norma jurídica tributária.

7.19 A competência tributária é parcela de poder que advém diretamente do Poder Constituinte Originário a quando da repartição de competências dos entes federativos, sendo esses, seus titulares, e os únicos aptos a exercê-la.

7.20 A Imunidade Tributária é uma norma de estrutura, pois que regula outras normas, e é norma de competência ou *incompetência* tributária.

8.20 O poder constituinte derivado não pode subtrair competências tributárias dos entes federativos, pois dizem respeito à própria existência e manutenção

dos Estados, portanto, não pode editar normas de *incompetência* tributária para os Estados e Distrito Federal, não atribuir imunidade tributária aos Estados e Distrito Federal dos impostos estaduais, senão aquelas existentes originariamente.

9.21 A renúncia fiscal heterônoma de ICMS permite concluir que as perdas financeiro-orçamentárias ocorridas em decorrência da renúncia fiscal heterônoma de ICMS no âmbito do Estado do Pará, superaram a compensação prevista pela Lei Complementar Federal 87/1996 e reduziram significativamente o orçamento do estado.

9.22 A perda de receita de ICMS no Estado do Pará, entre 1997 e 2010, somou 9 bilhões de reais.

9.23 A renúncia fiscal heterônoma de ICMS na exportação foi estabelecida de forma irrestrita, genérica, por ente não competente, de forma imprópria, e transbordante dos estritos limites autorizativos previstos na Constituição Federal (art. 155, §2º, inciso XII, 'e')

9.24 A renúncia fiscal heterônoma é atentatória à forma federativa de Estado, defendida como cláusula pétrea no art. 60, §4º, I da CF/88.

10.25 A isenção fiscal geral de ICMS na exportação verificada no art. 3º, inciso II da Lei Complementar n.º 87/1996 é contrária ao entendimento do texto constitucional original enunciado no art. 155, §2º, inciso XII, 'e' da Constituição Federal, e assim é uma inconstitucional, portanto, inválida.

10.26 O poder constituinte derivado não pode subtrair competências dos entes federativos originariamente estabelecidas, portanto, não pode editar normas de *incompetência* tributária para os Estados e Distrito Federal.

10.27 Todo Direito possui custos e o financiamento dos direitos pelo Estado depende de fontes constitucionais e legais de formas de financiamento para pagamento desses custos.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L. *Os barões da Federação: os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Marcelo. *O lugar do Direito na Política* In: SANTOS. Rogerio Dultra dos. (org) *Direito e Política*. Porto Alegre: Síntese, 2004,

ANDRADE, Manuel Correia de. & ADRADE, Sandra Maria Correia de. *A Federação brasileira: uma análise geopolítica e geo-social*. São Paulo: Contexto, 1999.

ARAUJO, Alex Macedo de. *Dinâmica do federalismo Brasileiro e Guerra Fiscal*. São Paulo: USP/FFLCH – Dissertação de Mestrado, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vida Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ATALIBA, Geraldo. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: RT, 1975.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Editora Landy, 2002

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Financeiro e Tributário. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

BODIN, Jean. *Les Six Livres de La Republique*, Paris, 1576.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Forense, 2004.

BORDIN, Luís Carlos Vitali. *GLOBALIZAÇÃO, FEDERALISMO E HARMONIZAÇÃO TRIBUTÁRIA*. Artigo Publicado na Gazeta Mercantil em 07/03/2002 e disponível em: [http://www.bndes.gov.br/clientes/federativo/bf\\_bancos/n0001924.pdf](http://www.bndes.gov.br/clientes/federativo/bf_bancos/n0001924.pdf). Acesso em 10.11.2008

CANARIS, Claus Whilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21º ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. São Paulo: PUC/SP, 2009.

CARVALHO, Paulo Barros de. *Apostila de Filosofia do Direito (lógicajurídica)*. São Paulo: Edição Própria, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Tributário*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CHIMENTI, Rodrigo Cunha (et al). *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e do poder de tributar na Constituição de 1988*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CONTTI, José Maurício (org). *Federalismo Fiscal*. Barueri: Manole, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19ª Ed. Saraiva: São Paulo, 1995.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito: O que é o direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESTEVEES, Maria do Rosário. *Normas Gerais de Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1997

FERRAZ, Anna Candida Cunha. *Poder Constituinte do Estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 7, p. 16-20, 1994.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Segurança Jurídica e Normas Gerais Tributárias*. Disponível em: <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/20>. Acesso em: 27.11.2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis (RJ): Vozes, 1999.

GARCIA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 1 ed., Madrid: Alianza Editorial, 1984.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia I: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L A. *Conceito de Direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes, 2. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura Del Derecho*. 2ªed. Trad: Roberto J. Vernengo. Ciudad Del Mexico: Universidad Nacional Autonoma de México, 1982.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLAUTAU, Marcos. Lei-kandir-estudos-equivocos-e-planilhas. Disponível em: <http://mklautau.blogspot.com/2011/03/planilhas-e-opinioes-2.html>. Publicado em 24.03.2011

KZAN NETO, Calilo Jorge. *A Norma de Anistia no Direito Tributário*. São Paulo: QuarterLatin, 2007.

LÉVY-LEBLOND, Jean-marc. *O pensar e a prática da ciência - antinomias da razão*. São Paulo: EDUSC, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. 2.ed. Trad. Alfredo Gallego Anabitante. Barcelona : Ediciones Ariel, 1970.

MACHADO, Hugo Brito. *Curso de Direito Tributário*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MACHADO, Paulo Fernando. *Lei Kandir, os Estados exportadores e a reforma tributária: o caso do Pará*. Belém: SECTAM, 2002.

MARTIN, André Roberto. *Dilemas do Federalismo: Entre o "Estadualismo*

*Oligárquico e o "Regionalismo Burocrático".* IN: Perspectivas: Revista de Ciências Sociais. São Paulo: v. 27, jan/jun 200. p. 55-68

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Ensaio sobre a harmonização da jurisprudência constitucional. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de *etall.* (Org.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra; 2008

MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de Constitucionalidade - Aspectos Jurídicos e Políticos,* São Paulo: Saraiva, 1990

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 27<sup>a</sup>.ed. São Paulo: Atlas, 2011

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário.* 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

PELLEGRINI, J. A. *Dez Anos da Compensação Prevista na Lei Kandir: conflito insolúvel entre os entes federados?* Monografia premiada no XI Prêmio Tesouro Nacional – 2006. Brasília: ESAF, 2006.

PINTO FERREIRA. *Da Constituição.* 2<sup>a</sup> ed. Rio, José Konfino Editor, 1956.

PONTES, Helenilson Cunha. Um outro ICMS. Artigo Publicado no Jornal O Liberal, edição de 11/11/08, na seção: "Artigo do Dia"

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda nº 1 de 1969).* Rio de Janeiro: Forense, 1987.

RAMOS, DircêoTorrecillas. *O Federalismo Assimétrico.* 2<sup>a</sup> edição, Rio de

Janeiro: Forense, 2000

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Federalismo Fiscal e Reforma Tributária. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=493](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=493).

Acesso em: 17.11.2008.

ROCHA, Luiz Alberto G.S. *ESTADO DEMOCRACIA E GLOBALIZAÇÃO*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SANTOS, Aloysio Vilarino. *Federalismo do Século XXI: Paradigmas e Desafios O Redesenho do Estado Federal Brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC, 2009.

SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalismo, tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. Brasília: Malheiros Editora, 2007

SOARES, José Eduardo. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1997.

TORRES, João C. De Oliveira. *A formação do federalismo no Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*, trad. José Artur Giannotti, São Paulo: Nacional, 1968.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.