

O DIREITO E A (DES)CONSTRUÇÃO DA “GUERRA FISCAL”.

LAW AND THE (DE)CONSTRUCTION OF THE TAX WAR.

Ana Carla Pinheiro Freitas¹

Resumo

A “guerra fiscal” pode ser definida como sendo a exacerbação de práticas competitivas, e não cooperativas, entre os entes da Federação. É tema atual no cotidiano de economistas, juristas, empreendedores e do cidadão. Já sofremos os efeitos de crises fiscais no passado, durante a ditadura militar, e continuamos sofrendo no presente, mesmo sob a égide de uma Constituição democrática. O que nos move a escrever sobre o tema é uma necessária reflexão acerca das propostas, escolhas e, principalmente, os critérios de escolha do Direito acerca da solução correta para a atual situação de “guerra fiscal”. O estudo aborda a forma como a tensão entre economia e direito nos leva da “crise fiscal” ao *status quo* de “guerra fiscal” para, em seguida, apontar algumas respostas que o direito vem se propondo a oferecer para solucionar o problema, destacando-se entre elas a súmula vinculante e uma nova lei, assim como algumas reflexões teóricas sobre essas referidas propostas.

Palavras-chave: Direito; (des)construção; guerra fiscal.

Abstract

The “Tax War” can be defined as an aggravated competitive and not cooperative practice between the states of the Brazilian Federation. “Tax War” is an actual subject in the common life of economists, jurists, enterprisings and citizens. We have long suffered under the effects of the tax crisis in the past, during the military dictatorship and we are still suffering in the

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - PUCSP. Professora das Faculdades Alfa, São Paulo.

presente, when we have a democratic Constitution. What move us to write about this subject is the necessity of thinking about the proposals, choices and, first at all, the criterions of choices from the jurists about the correct solution for the current situation of the “tax war”. At first our paper approach the way how the tension between economy and law lead us from the “tax crisis” into the *status quo* from the “tax war”. In a next steep we point some answers from the jurists for the solution of the problem or for the deconstruction of the “tax war”. We also point some theoretical reflections about the same answers pointed.

Keywords: Law; (de) construction; tax war.

Introdução

A chamada “guerra fiscal”, que pode ser definida de uma forma bem ampla mas não imprecisa como sendo “a exacerbação de práticas competitivas, e não cooperativas, entre os entes da Federação” é tema atual no cotidiano não somente de economistas, juristas e empreendedores.

O tema da concorrência desmedida entre estados e municípios por investidores atravessa o discurso de cada um de nós, cidadão e contribuinte, no cenário caótico que já o termo “guerra” dispara no imaginário social. A justaposição do termo “guerra” ao termo “fiscal” produz uma verdadeira explosão, sob cujos efeitos já sofremos no passado, antes e depois do “milagre econômico” e com a ditadura militar e continuamos sofrendo no presente, mesmo sob a égide da Constituição Cidadã.

Utilizando como referência a Constituição de 1988, temos que a então chamada “crise fiscal” pré-constitucional apresentou-se sob uma paisagem centralizadora – os tributos estavam “nas mãos” da União e sob o rígido controle do Estado. A “guerra” fiscal de hoje apresenta-se sob o cenário e a medida do pacto federativo estabelecido pela Constituição de 1988, ou seja, em um patamar democrático nunca antes visto na história brasileira.

No entanto, o que nos pasma, não é tanto a evolução semântica *in pejus* que o termo carrega em um contexto de evolução democrático-constitucional: enquanto a “crise” ocorreu em período ditatorial – nos anos de ferro da ditadura militar – a “guerra” ocorre em tempos de plena democracia.

O que igualmente nos causa “impacto”, como estudioso do direito, e nos move a escrever sobre o tema é a necessária reflexão acerca das propostas, escolhas e, principalmente, os critérios de escolha do Direito acerca da solução

correta para a atual situação de guerra fiscal, em tempos de constitucionalismo democrático e federalismo distributivo.

Abordaremos no nosso estudo, em um primeiro momento a forma como a tensão entre economia e direito nos leva da “crise fiscal” ao *status quo* de “guerra fiscal” para, em seguida, apontaremos algumas respostas que o direito vem se propondo a oferecer, assim como algumas reflexões teóricas sobre essas respostas, diante do “fogo cruzado de interesses” e no sentido da (des)construção da “guerra fiscal” atual.

1 Da “Crise” à “Guerra” Fiscal: a tensão entre Economia e Direito

É certo que, por trás da aparente harmonia que deve reinar no mundo abstrato das disciplinas filiadas às chamadas ciências humanas, como o Direito e a Economia, no sentido de uma cooperação entre as mesmas tendo em vista o bem comum – para o qual elas foram criadas -, mostra-se muitas vezes, uma prática que trilha caminho inverso (ou perverso), como fomos reiteradas vezes testemunhas históricas: a Economia se impõe sobre o Direito, gerando o primado do capital de poucos sobre a descapitalização de muitos. O Direito, por sua vez assume, em um primeiro momento, nesse contexto, um papel passivo, ou seja, se protege sob o papel do Estado mínimo.

Traduzindo as afirmações acima para “termos técnicos” e para o período histórico que denominamos Modernidade temos que, primeiramente, surge o liberalismo econômico, como resultado da Revolução Francesa, que instituiu os direitos individuais da liberdade e o Estado negativo e, posteriormente – no período que muitos chamam de Pós-modernidade -, uma atualização do liberalismo, potencializada na forma do chamado “neoliberalismo”.

Ocorre que o liberalismo econômico, os direitos da liberdade e o Estado negativo ao excluir os direitos da igualdade como contraponto de sua existência (HEGEL *apud* DOUZINAS, 2009, p.275) geraram uma “crise” social, jurídica e econômica que, posteriormente, se transformou em uma “guerra”, da qual tivemos como resultado a exigência e o surgimento dos chamados Direitos de Segunda Dimensão, ou Direitos Sociais.

O avanço científico-tecnológico, a industrialização desmesurada – especialmente no que diz respeito à utilização dos recursos naturais –, o fim da “guerra” fria com a queda do muro de Berlim e a globalização, todos esses eventos de diferentes ordens enfim, trouxeram nova “crise” em tempos de neoliberalismo,

exigindo a instituição dos Direitos de Terceira Dimensão ou dos chamados Direitos da Fraternidade (BONAVIDES, 2010, 560-577).

De acordo com o acima exposto temos que a intervenção do direito – primeiro sob a forma dos Direitos Sociais e, posterior e atualmente sob a forma dos Direitos da Fraternidade - foi e é imprescindível ao pacto social, em meio ao discurso tido e, de certa forma repetido – no liberalismo e no neoliberalismo - da suficiência da “mão invisível” de Adam SMITH (2010) e do predomínio da racionalidade econômica nas sociedades atuais (STRECK, 2013, p.169).

A tensão existente entre Direito e Economia diz respeito às exigências de eficiência e racionalidade econômica por parte dos economistas em contraposição às exigências de um enquadramento legal-racional pelos juristas. O que se tem para conciliar diante da referida tensão é o binômio “eficiência econômica” e “segurança jurídica” (FARIA, 2013, p.14-26).

É importante, para tanto, que entendamos um pouco acerca das razões da economia e das razões do direito, para que possamos apreender porque as crises entre esses dois setores estão constantemente se atualizando, por mais que a economia se desenvolva e que os padrões jurídicos avancem.

FARIA (2013, p.15), inspirado em MAX WEBER, defende que a tensão entre os “imperativos da economia” e as “exigências do direito” pode ser vista como resultante do choque entre duas posições diametralmente antagônicas: os economistas procuram a “eficiência” - especialmente aqueles que tomam a economia de mercado e o modo capitalista de produção como base institucional para seus diagnósticos, suas análises e suas políticas; já os juristas se preocupam com o “enquadramento legal-racional do poder” - principalmente aqueles cujo saber profissional e cuja visão de mundo foram forjados a partir do modelo legalista-liberal de Direito e de Estado que vê as normas, as leis e os códigos como instrumentos de certeza e calculabilidade das expectativas.

O posicionamento dos economistas, a serviço dos governos, e dos juristas, especializados na defesa dos direitos dos contribuintes, gera um leque de demandas cotidianas nas sociedades ditas “bem integradas”, com uma economia estável e um sistema jurídico depurado em suas concepções de direito e equidade.

No entanto, nas sociedades como a brasileira, mesmo com a economia mais estável que há 20 anos, e com um sistema jurídico também mais bem estruturado que o vigente à época da redemocratização, o que temos é, ainda, uma grande “imaturidade” por parte dos exercentes do poder estatal para lidar com as tensões decorrentes dos imperativos econômicos e das próprias exigências do direito.

Em sociedades como a brasileira, a referida tensão tende a se converter em uma verdadeira guerra de poder e pelo poder, além de um círculo vicioso, à medida em que surgem problemas econômicos crescentemente complexos que comprometem a aplicação de direitos sociais cuja efetividade depende, por sua vez, da eficiência do setor público na prestação de serviços básicos.

E isso diante da obviedade que não quer se calar, no sentido de que mesmo se o setor público falta na prestação de serviços básicos estes vão continuar a ser exigidos pela população. Assim sendo, a tensão entre a necessidade e a não satisfação das demandas públicas gera a busca de alternativas “desesperadas”, tendo em vista o apaziguamento dos conflitos, por parte do cidadão e por parte do Estado.

O uso das referidas “alternativas desesperadas”, por sua vez, fazem com que a nossa Constituição vigente e suas aspirações justas e universalizantes seja deturpada e pervertida no uso que dela se faz. Ocorre uma espécie de “subversão” da Norma Constitucional ou um uso perverso e arbitrário dos seus preceitos.

A “sub-versão” da Constituição, na atualidade do contexto da guerra fiscal, se apresenta, por exemplo, na forma do crescimento exacerbado do que se pode chamar de “judicialização” (STRECK, 2014, pp. 200 – 207). Em outros termos: a busca individual do judiciário para que resolva demandas envolvendo, principalmente, a concessão de benefícios a empreendedores, especialmente no que diz respeito à concessão de redução do ICMS por parte dos Estados.

Assim sendo, pede-se ao judiciário que legisle, sob a inércia do Poder legislativo. A referida situação molda uma verdadeira perversão da democracia normatizada pela Constituição Federal de 1988 e a conseqüente lesão à independência dos poderes nela estabelecida.

Também o funcionamento da “máquina econômica do Estado”, que no caso brasileiro tem-se mostrado em muitos aspectos incompetente - sem falar na corrupção que a atravessa, em todas as suas formas -, acarreta mudanças inadequadas, na forma como os titulares das funções estatais – Executiva, Legislativa e Judiciária- exercem seu ofício.

A solução imediatista e inadequada vem sob a forma da utilização de “mecanismos constitucionais excepcionais” e de caráter menos democrático, digamos assim, no cotidiano jurídico, como a Medida Provisória e a Súmula Vinculante, por exemplo.

DUGUIT (1930) já se posicionava contrário ao que podemos chamar de predecessor da nossa Medida Provisória, ou seja, os “regulamentos de necessidade”. Estes eram leis editadas com base no poder regulamentar do

Executivo e submetidas à ratificação convalidatória por parte do Legislativo, “para alterar de forma artificial e arbitrária o curso da história”.

Conforme afirmamos acima, os referidos regulamentos de necessidade muito se assemelham ao que nós conhecemos por “Medidas Provisórias”. Ocorre que a necessidade ou a exceção (urgência e relevância, utilizando-nos dos termos do Texto Constitucional – art.62) exigíveis para a edição das referidas Medidas se tornou regra ou lugar comum e passamos a ser, praticamente, por ela governados.

Como bem afirma Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1990, p.35), em face da excessiva produção desses regulamentos que emergiu nas últimas décadas, pode-se falar mesmo em “um estado de necessidade econômico no ambiente do Direito Constitucional”.

A evolução histórica do movimento constitucional tornou exigível – conforme apontamos acima - e a Constituição de 1988 consagrou em seu bojo, os Direitos das três Dimensões antes citadas – direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade. Dizemos “dimensões” e não “gerações” de Direitos Fundamentais, nos apropriando da tão repetida e tão pouco entendida doutrina difundida no âmbito jurídico brasileiro por Paulo BONAVIDES (2010, p.560-577), especialmente se se tem em conta o uso que se faz do referido entendimento.

BONAVIDES (2010, p.560-577) nos esclarece a propriedade da utilização do termo “dimensão”, em vez do termo “geração” de Direitos Fundamentais, porque aquele comporta a convivência dos direitos das três dimensões de direitos propostas, ao passo que o termo geração denota a exclusão de uma pela outra. Seguindo o sentido atribuído pelo autor acerca das “gerações de direitos”, teríamos que hoje, somente os chamados Direitos da Fraternidade existiriam como Direito Fundamental, o que não ocorre. De fato, temos Direitos Individuais, Direitos Sociais e Direitos da Fraternidade alocados no âmbito dos Direitos Fundamentais.

Os referidos Direitos Fundamentais são consagrados não de uma perspectiva programática, mas sim sob o manto da aplicação imediata das normas definidoras dos mesmos (art.5º, parág. 1º). Assim sendo temos que, se por um lado a nossa Constituição vigente aparece como uma das mais avançadas do mundo no que diz respeito ao conteúdo e à eficácia de suas normas de Direito Fundamental, a forma como as mesmas têm sido concretizadas (MÜLLER, 2011, 2011, 2012) aponta para a aplicação incorreta das normas jurídicas nela consagradas, por parte dos titulares das Funções Estatais.

A construção polissêmica de sentido ou a discricionariedade com que as autoridades se apropriam das suas possibilidades de concretização da norma revela a dificuldade de apreensão acerca da nova concepção que os

novos Direitos Fundamentais assumem no Ordenamento Constitucional. Assim como a necessidade de superação do velho paradigma no sentido de que “não interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar”(STEIN *apud* STRECK, 2014, p.23).

A “nova” concepção dos “novos” direitos exige, diante da novidade, um novo olhar para o direito. Como bem afirma e reafirma Lenio STRECK em congressos e evento jurídicos: “não podemos olhar para o novo com o olhar do velho”.

Não podemos, assim, olhar para a nova arquitetura dos Direitos Fundamentais, que comporta uma multiplicidade de direitos conviventes com o olhar que se atribuía aos Direitos Fundamentais de primeira dimensão, ou direitos individuais. Lembrando que estes, antes do surgimento das demais dimensões de direitos eram tido mesmo por únicos e universais.

Não podemos olhar para a Constituição de 1988 sob uma perspectiva herdeira do liberalismo e do Estado negativo, quando a Constituição vigente estabelece normas que apontam claramente a presença de um Estado positivo e atuante, e estabelece igualmente a medida de seu âmbito de atuação por meio de normas jurídicas.

É na medida da norma jurídica constitucional, assim como é na medida do “novo olhar” sobre o direito e os conflitos que se lhe apresentam que se deve abordar, também, o nosso objeto de estudo no presente texto: o contexto socioeconômico explosivo e conflituoso da “guerra fiscal”.

Isso porque o novo olhar sobre a legalidade que nasce com a Constituição de 1988 está muito distante daquele olhar de caráter meramente instrumental concebida pelo constitucionalismo liberal clássico do positivismo kelseniano (1979), com suas relações de caráter linear (deduções, causalidades, etc.) e com suas respostas de natureza monológica (sim/não; legal/ilegal) às questões jurídicas fundamentais e a serviço de um sistema específico de interesses.

A Constituição vigente estabelece em suas normas uma espécie de legitimidade de conteúdo já mediada pela legalidade. Por sua vez, é legítimo todo ato de autoridade ou decisão gerada pela observância da Norma Constitucional e dos procedimentos formais nela prévia e devidamente estabelecidos.

O problema não está na norma – Constitucional ou infraconstitucional – conforme afirmamos acima, mas sim na compreensão e no uso que se faz da norma. A pressão sobre o governo e o Estado deve ocorrer no caminho da concretização da Norma Constitucional, em primeiro lugar, assim como das normas dela decorrentes. Não no caminho da multiplicação excessiva de normas: sejam elas normas para cada caso concreto ou na forma de Súmulas Vinculantes e Medidas Provisórias.

2 Algumas contribuições do Direito para a (des)construção da “guerra fiscal”

Diante da situação de “guerra” fiscal que se nos apresenta, passaremos a descrever algumas soluções jurídicas que vêm sendo apresentadas, como forma de contribuição no sentido da desconstrução da guerra fiscal e respectivo restabelecimento da paz tributária entre os estados, os municípios e a União. Apontaremos também algumas reflexões e posicionamentos da doutrina acerca dessas mesmas soluções.

Antes de adentrarmos na questão jurídica propriamente dita, cumpre lembrar que a fonte principal do impasse de constitucionalidade que envolve o tema da “guerra fiscal” diz respeito à isenção de ICMS – imposto devido nas operações interestaduais - por parte de estados sem a autorização unânime dos membros do CONFAZ, requisito imprescindível, segundo a Lei Complementar 24\75 .

A dúvida jurídica diz respeito à constitucionalidade da exigência de unanimidade dos membros do CONFAZ (art.2º, §2º da Lei Complementar 24\75). Em outras palavras, discute-se – no legislativo e no judiciário – se a Constituição recepcionou ou não a Lei Complementar em comento.

No que diz respeito a uma possível solução ao impasse criado pela chamada “guerra fiscal” temos, por parte do Poder Legislativo a oferta do projeto de Lei Complementar 130\14, de autoria da senadora Lucia Vania (PSDB\GO), que defende a eliminação da necessidade de unanimidade do CONFAZ, no que diz respeito a decisões sobre benefícios fiscais. De uma perspectiva geral, temos que a referida eliminação teria por principal efeito e objetivo legitimar a continuação da “guerra fiscal”.

Por parte do Poder Judiciário, mais especificamente do STF, temos posição contrária na forma do “projeto de súmula vinculante” número 69. De acordo com a súmula em gestação, o Supremo Tribunal Federal se manifestaria no sentido da recepção constitucional da regra do CONFAZ que determina a necessidade da unanimidade acima referida, ou seja, por entender que a LC 24\75, especialmente no que diz respeito ao art.2º , §2º foi recepcionada pela Constituição de 1988. O principal efeito decorrente da edição da referida súmula seria o de legitimar a “guerra fiscal”.

Assim temos que a “guerra” acerca da constitucionalidade da norma em comento, travada entre os dois poderes não diz respeito a convicções, estas já estão bem definidas e são opostas, como se pode verificar.

O que não se conhece são os fundamentos (constitucionais) que levaram as respectivas funções estatais a se posicionarem de forma diametralmente opostas. Além do fato da efetiva postura “concorrente” entre as referidas funções estatais quando, na verdade, o que deveria ocorrer seria uma postura de cooperação e coordenação (em consonância com os princípios da unidade e da supremacia da Constituição), no sentido da solução do impasse fiscal.

Diante do impasse criado, resta ao cidadão (contribuinte), além de conviver com a crise fiscal e seus efeitos, conviver com a “guerra jurídica” sem saber mesmo para quem “torcer” já que tanto o projeto de lei oriundo do Poder Legislativo parece ser insuficiente no sentido de uma solução correta tendo em vista o fim da “guerra fiscal” como o conteúdo da súmula vinculante 69 também não representa avanço no sentido da solução do conflito.

Além de que, mesmo se pensarmos que a solução “regular” deve vir do Poder Judiciário, a quem cabe legislar sobre o assunto de forma ampla e geral, por meio de lei, esse não parece ser o futuro que nos espera. Isso porque estamos em ano de eleição, quando os membros do Poder Legislativo estão mais preocupados em se manter no cargo que ocupam ou em eleger seus próprios sucessores do que com o cumprimento de seus deveres como representantes dos interesses do povo no aqui e agora da lei que necessita acontecer.

O mais provável é que a súmula vinculante número 69 venha a ser editada antes da votação do projeto de lei já que, além dos fatores empenho e interesse, temos que o procedimento para aprovação da súmula pode ser muito mais rápido do que aquele relativo à aprovação da lei: a excessão percorre caminho mais curto que a regra, no âmbito jurídico.

Uma outra possibilidade, a pior de todas, é que o “estado de limbo” da situação se prolongue por um lapso temporal ainda maior do que o que já vivenciamos e que não tenhamos nem lei nem súmula vinculante e que, com isso, a situação de regulamentação envolvendo a chamada “guerra fiscal” e seus efeitos negativos se tornem ainda maiores e mais devastadores.

Grande parte da doutrina específica em Direito Tributário e Financeiro, conforme aponta SCAFF (2014), se posiciona no sentido da constitucionalidade da exigência de unanimidade por parte do CONFAZ, ou seja, pela recepção da Lei Complementar número 24\75 pela Constituição Federal e em prol do teor da súmula vinculante que está por vir. Dentre os doutrinadores que apoiam a unanimidade destacam-se Paulo de Barros CARVALHO, Ives Gandra da Silva MARTINS, Everardo MACIEL e Marco MARRAFON.

Parte da doutrina que se posiciona pela inconstitucionalidade da referida Lei Complementar, mais especificamente o próprio SCAFF, utiliza como

argumentos o fato de que a exigência de unanimidade não existe nem mesmo para alterar a própria Constituição Federal: a proposta de Emenda Constitucional de ser aprovada por $\frac{3}{4}$ dos membros do Congresso Nacional – art.60. Partindo desse padrão de exigência de legitimidade, tem-se que todo processo legislativo possui regras de aprovação inferior à proporção máxima estabelecida pela Constituição Federal, que é de $\frac{3}{5}$.

Assim sendo, seguindo a linha de coerência e integridade da Constituição (STRECK, 2014, p.27-37), temos que o parágrafo 2º do art.2º da Lei Complementar 24/75 é inconstitucional, não tendo sido recepcionado pela Constituição democrática.

SCAFF afirma, ainda, que a lógica de unanimidade torna o CONFAZ “dono” do ICMS e não cada estado individualmente considerado, conforme dispõe a Constituição que estabeleceu o “federalismo participativo”. O CONFAZ deveria exercer o papel de harmonização fiscal em um Estado Democrático de Direito e não de órgão coator fiscal, função que era propriamente exercida pelo referido órgão por ser adequada ao período em que o mesmo foi criado.

SCAFF se posiciona, ainda, acerca da improbabilidade do fim da guerra fiscal, por meio da simples confirmação de constitucionalidade da regra inserida na Lei Complementar número 24 de 1975, assim como se posiciona acerca das consequências dela decorrentes no mundo concreto das relações econômico-fiscais envolvidas.

Para ele, se hoje a “disputa” ocorre abertamente, através de atos normativos publicados no Diário Oficial, com a edição da súmula haverá o “reinado do regime especial”, onde cabe tudo o que se pretende que seja alterado no regime normal. Assim sendo, caso a unanimidade do CONFAZ se confirme – via inércia legislativa e ativismo judicial – SKAFF (2014) profetiza não o fim da “guerra fiscal”, mas a própria potencialização do estado beligerante fiscal: se agora a guerra fiscal ocorre “às claras” e sob uma argumentação jurídica fundamentada na própria Constituição democrática, a mesma guerra pode passar a ocorrer “às escuras”. Ou seja, a guerra fiscal permanece sob as escusas ou artimanha de uma fundamentação jurídica perversa chamada “regime fiscal especial”: quando o benefício fiscal é, muitas vezes, individualizado para cada empresa e não concedido de forma isonômica para todas as empresas instaladas em um estado respectivo da federação.

Outro problema decorrente da possível edição da súmula 69, de acordo com o mesmo autor, estaria relacionado à segurança jurídica, com a possibilidade de que as empresas beneficiadas por longos anos pela redução de tributos tenham de pagá-los *a posteriori*, gerando instabilidade às relações

socioeconômicas teoricamente consolidadas durante o temp do benefício. Além da instabilidade, tem-se em vista uma intensa confituosidade, com o aumento de demandas jurídicas pela proteção do ato jurídico perfeito e consolidado em período anterior à súmula.

Pensamos, no entanto, que o “olhar doutrinário” acima apontado apresenta alguns argumentos pertinentes, mas é insuficiente no que diz respeito a uma “resposta jurídica correta” no âmbito da contribuição do Direito para a desconstrução da chamada “crise fiscal”. Pensamos ser importante uma análise doutrinária que nos permite um olhar “menos míope” - sem se transformar, no entanto, em um olhar “hipermétrope” – acerca do conflito jurídico em apreço.

É preciso, portanto, avaliarmos a própria conformidade com a Constituição das soluções fornecidas pelas funções legislativa e judiciária para a solução dos conflitos gerados pela “guerra fiscal” antes de tomarmos ambas como igualmente constitucionais, no sentido de serem passíveis de concorrer em pé de igualdade, de acordo com os padrões constitucionais democráticos, para solução ao conflito dado.

Isso porque “a Constituição é um espaço garantidor das relações democráticas entre o Estado e a sociedade” (VIEIRA *apud* STRECK, 1999, p.214). A Constituição de 1988 configura o instrumento do pacto resultante do “contrato social” realizado por ocasião da ruptura com o regime não-constitucional autoritário (STRECK, 1999, p.215). Ela configura, portanto, o “topos” hermenêutico que conduzirá a interpretação jurídica de todo o sistema jurídico. É imprescindível, pois, após 1988, seguir os ditames de uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela.

A solução fornecida pelo Poder Judiciário se dá por meio da edição de uma súmula, prerrogativa a ele conferida pela Emenda Constitucional 45 de 2004, que inseriu no texto constitucional o art. 103-A, nos termos que se seguem:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal **poderá**, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre **questão idêntica**.

§ 2º **Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei**, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” (grifo nosso)

De acordo com o texto do art. 103-A caput e §2º, temos que o Poder Judiciário “poderá” aprovar Súmula Vinculante, “sem prejuízo do que vier a ser decidido em lei”, apontando claramente para a primazia e anterioridade da lei em relação à Súmula Vinculante. O que destacamos aqui pode parecer uma “obviedade”, no entanto, quando nos deparamos com a situação concreta envolvendo a “guerra fiscal”, temos que o que ocorre, de fato, é uma concorrência entre “súmula vinculante” e “lei”, o que é claramente inconstitucional.

Assim sendo, temos que a súmula, decorrente de ato do Poder Judiciário, não pode ser tida como um enunciado com a mesma carga normativa da lei, ato oriundo do Poder Legislativo. O Poder Judiciário tem como função própria ou primordial decidir sobre casos concretos.

A súmula é, também, fruto da jurisprudência: a súmula é jurisprudência na medida em que tem por fundamento decisões reiteradas sobre casos concretos “idênticos”, conforme reza a letra do Texto Constitucional – art.103-A. Ela vincula casos concretos idênticos. Não é, portanto, texto normativo genérico, mesmo que vinculante.

A lei, produzida pelo Poder Legislativo tem por própria definição configurar um texto normativo genérico sobre determinado interesse jurídico. Lembrando que o que confere legitimidade ao caráter de generalidade da lei é o “fator democracia”. A lei é construída pelos representantes do povo eleitos para o fim de legislar.

Assim sendo, entendemos ser correta a afirmação no sentido de que deve-se primeiramente “aplicar” a lei e nos “utilizar” da súmula vinculante em casos específicos e excepcionais, como mecanismo de possibilidade no sentido da integração da ordem jurídica constitucional.

Lembrando, ainda, como reforço ao argumento acima, que o direito brasileiro é de tradição romano-germânica, ou seja, tem a lei como fonte primordial. Os países que adotam o sistema da *Common Law* é que têm como fonte primordial os precedentes jurisdicionais. Nada nos impede, no entanto, de “utilizar” a súmula vinculante – conforme afirmamos acima -, já que a própria Constituição nos confere essa possibilidade. No entanto, a “aplicação” da lei deve despontar como primeira possibilidade.

Como bem afirma Lenio STRECK (2014), o efeito vinculante do precedente decorre do funcionamento do sistema. A compreensão da atividade vinculante no precedente da *common law* é decorrência natural do próprio sistema. Na *civil law* a decorrência natural é a lei. Assim sendo, na *civil law* a jurisprudência deve ter função subsidiária na aplicação do direito, sendo invocada para auxiliar na interpretação de lei ou em caso de lacuna.

3 Reflexões Conclusivas

A abordagem do Direito em liame com o que chamamos de “(des) construção da guerra fiscal” foi o tema central do presente estudo.

De início, abordamos a forma como a tensão entre a economia e o direito nos levou à “crise fiscal”, que ocorreu nos “anos de chumbo”, anteriores ao surgimento do Estado Constitucional de 1988. Referimo-nos, mais precisamente, ao período em que o poder sobre os tributos era centralizado pela União, sob rígido controle do CONFAZ. A referida experiência centralizadora, na perspectiva econômica, mostrou-se inadequada em seus resultados a curto prazo, quando o Brasil passou do “milagre econômico” à “crise econômico-fiscal”. A perspectiva do Direito relacionada a esse tema e a esse período da nossa história nos mostrou que a centralização do poder sobre os tributos feria a própria apreensão do Brasil como sendo uma República “Federativa”, ou seja, que a “res” pública (também em sua dimensão fiscal) deveria ser dividida entre os membros da federação.

Seguindo a cronologia histórica e alinha de pensamento acima exposta, apontamos o paradoxo que se nos aparace na forma da “construção” da “guerra fiscal” – que pela própria nomenclatura se apresenta como uma “evolução *in pejus*” da chamada “crise fiscal” à “guerra fiscal” – ocorrida após o advento da Constituição de 1988.

Apontamos, em seguida algumas respostas que o Direito vem se propondo a oferecer no sentido da “desconstrução” da “guerra fiscal”. Apresentamos, primeiramente, a visão do fenômeno da “guerra fiscal” oferecida, especificamente, por um doutrinador especializado na matéria e que apresentou a tensão existente entre as propostas para a solução do impasse: uma súmula vinculante – contra a manutenção da guerra fiscal - e uma nova lei (projeto de lei) – que, em linhas gerais, manteria a referida guerra. Apresentou também a saída jurídica perversa e previsível para os investidores, caso a súmula vinculante seja editada nos moldes previstos.

Por fim, abordamos as reflexões de alguns doutrinadores, priorizando os posicionamentos epistemológicos do prof. Lenio STRECK (1999, 1014), no sentido de se questionar as próprias soluções propostas pelas Funções Judiciária e Legislativa como cabíveis e adequadas dentro da moldura constitucional. Assim como da possibilidade das mesmas se apresentarem constitucionalmente sob o patamar de soluções passíveis de concorrer “em pé de igualdade” para a solução do conflito – melhor dizendo, da guerra – em apreço.

Concluimos defendendo que a solução mais adequada, ou “correta” entre as duas propostas seria, primeiramente, a lei, “regra” para regulamentação da matéria em apreço, já que a “súmula” configura um elemento de integração do ordenamento jurídico a ser utilizada em casos específicos e excepcionas.

Mas antes, ou concomitantemente à lei que não recepção o dispositivo inconstitucional da Lei Complementar 24\75, existe outra lei mais importante no que diz respeito ao contexto fiscal em geral e ao contexto fiscal específico do nosso estudo: a chamada lei da Reforma Fiscal. A única exigência que parece óbvia, mas que é constantemente esquecida é a de que qualquer lei, assim sendo também a lei da Refoma Fiscal, deve se ater aos moldes estabelecidos na nossa Constituição democrática e vigente!

Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo: Ed. Unissinos, 2009.
- DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: LGDJ, 1930.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *A disciplina constitucional das crises econômico-financeiras in Revista de Informação Legislativa*: 1990.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1999.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo* 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Teoria Estruturante do Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCAFF, F. F. *Súmula Vinculante não é solução para a Guerra Fiscal*. 17 de Junho de 2014. Disponível em <http://www.conjur.br/2014-jun-17/sumula-vinculante-nao-solucao-guerra-fiscal>.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Livro I. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz e TRINDADE, André Karam (org.). *Direito e Literatura. Da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Ed. Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Súmula Não Vinculante 500 do STJ é inconstitucional e ilegal*. 8 de novembro de 2013. Disponível em <http://www.conjur.br/2014-nov-8/sumula-nao-vinculante-500-do-stj-e-inconstitucional-e-ilegal>.

Submetido em: 21/09/14.

Aprovado em: 13/02/15.

