

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

**OS IMPACTOS DA ATUAÇÃO DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE  
DO STF NO COMPORTAMENTO DOS ESTADOS QUANTO A CONCESSÃO DE  
BENEFÍCIO FISCAL DE ICMS**

**KARINA CORDEIRO PASCHOAL COSTA CORPAS**

**Rio de Janeiro**

**2020 / 1**

## CIP - Catalogação na Publicação

CC822i      CORPAS, Karina Cordeiro Paschoal Costa  
              OS IMPACTOS DA ATUAÇÃO DAS DECISÕES DE  
              INCONSTITUCIONALIDADE DO STF NO COMPORTAMENTO DOS  
              ESTADOS QUANTO A CONCESSAO DE BENEFICIO FISCAL DE  
              ICMS / Karina Cordeiro Paschoal Costa CORPAS. --  
              Rio de Janeiro, 2020.  
              106 f.

              Orientador: Luigi Bonizzato.  
              Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
              Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
              Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

              1. Controle de constitucionalidade. 2.  
              Federalismo. 3. Beneficio fiscal de ICMS. 4. Guerra  
              fiscal. 5. Analise dos julgados do STF. I.  
              Bonizzato, Luigi, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a)  
autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**KARINA CORDEIRO PASCHOAL COSTA CORPAS**

**OS IMPACTOS DA ATUAÇÃO DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE  
DO STF NO COMPORTAMENTO DOS ESTADOS QUANTO A CONCESSÃO DE  
BENEFICIO FISCAL DE ICMS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Luigi Bonizzato**

**Rio de Janeiro**

**2020 / 1**

KARINA CORDEIRO PASCHOAL COSTA CORPAS

OS IMPACTOS DA ATUAÇÃO DAS DECISÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DO STF NO COMPORTAMENTO DOS ESTADOS QUANTO A CONCESSÃO DE BENEFICIO FISCAL DE ICMS.

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Luigi Bonizzato**.

**Data da Aprovação:** \_\_ / \_\_ / \_\_\_\_.

**Banca Examinadora:**

---

**Orientador**

---

**Membro da Banca**

---

**Membro da Banca**

**Rio de Janeiro**

**2020 / 1**

## DEDICATÓRIA E AGRADECIMENTOS

Dedico esta monografia primeiramente a Deus que sem ele nada disso seria possível, todas as minhas conquistas até aqui têm o envolvimento Dele que me acompanhou durante toda essa jornada e continuará guiando minha evolução educacional, profissional, pessoal e espiritual.

Além de Deus, minha vida não seria possível sem meus pais, Andrea Cordeiro e Eduardo Domingues, dedico este trabalho a eles que por todos esses anos cuidaram de mim e me ensinou a gostar de estudar, de ler e que foram essenciais para com que eu conseguisse entrar para esta faculdade e também para conseguir concluí-la. Eu sou o que sou hoje graças aos dois que batalharam muito para eu estar onde estou, eu só tenho a agradecer pelos pais que tenho.

Também dedico aos meus avós, aos vivos e aos que se foram, pois cada um contribuiu de forma diferente e única na minha vida, e jamais esquecerei dos ensinamentos e carinhos de cada um.

A Fernanda Lima e Sonia Regina que foram dois anjos na minha vida, me ajudaram muito e eu só tenho a agradecer pelo carinho das duas, e também ao Dexter e Alfredo por terem transformado esse caminho árduo e intenso em um caminho mais alegre e com muito amor.

Ao Rafael Townsend que ficou ao meu lado em todos os momentos intensos da faculdade, que aguentou meus surtos e preocupações, que me deu muito apoio e que foi pulso firme com o nascimento deste projeto.

Ao meu querido professor de direito constitucional Luigi Bonizzato que aceitou ser meu orientador e acompanhou todas as mudanças que minha monografia e eu tivemos, que me auxiliou em feriados e finais de semana, além de esclarecer todas as minhas dúvidas, só tenho a agradecer pela sua orientação e pelo carinho, agradeço por ter o senhor como meu orientador, muito obrigada por aceitar fazer parte dessa etapa da minha jornada.

Aos meus amigos que o direito uniu, a Vivian Rainha, Amanda Freitas, Larissa Almeida, Jhenyfer Pimenta e Pedro Ribeiro, espero levar a amizade de vocês para vida. Cada um de vocês me ajudaram de alguma forma, uns me dando material de apoio sobre federalismo, uns me ajudaram com apoio emocional, e outros tiveram que me ouvir diariamente meus relatos sobre minha pesquisa. Obrigada a todos vocês, pois se eu consegui terminar essa monografia foi porque vocês contribuíram para isso acontecer.

## RESUMO

CORPAS, Karina Cordeiro Paschoal Costa. **Os impactos da atuação das decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal no comportamento dos Estados quanto a concessão de benefício fiscal de ICMS.** p. Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

O presente estudo tem como principal foco abordar a reação dos Estados em frente das decisões do supremo tribunal federal. O objetivo geral é descobrir os impactos da atuação das decisões de inconstitucionalidade do STF no comportamento dos Estados quanto a concessão de benefício fiscal de ICMS para descobrir os principais impactos causados por essas decisões. Para tanto, definiram-se os seguintes objetivos específicos compreender conceitualmente o controle de constitucionalidade, federalismo, benefício fiscal e a guerra fiscal de icms, além de apreender os casos concretos para fazer a devida análise dos possíveis impactos do judiciário nos Estados. Abordar os impactos da atuação das decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal no comportamento dos Estados quanto a concessão de benefício fiscal de ICMS justifica-se porque os impactos dessas decisões colocam em discussão o ordenamento jurídico constitucional em uma federação que tem entes federados que produzem uma gama de atos que estão em desacordo com a Constituição. O presente estudo consiste em pesquisa de caráter descritiva, com resultados tratados de maneira de forma qualitativa, a partir da coleta de dados de fontes secundárias, incluindo jurisprudências. Com o levantamento de informações ao longo da pesquisa e da análise das informações, foi possível concluir que o comportamento do Estado não sofre impactos das decisões de controle do STF, não o suficiente, para reduzir o comportamento ilícito do Estado quanto a concessão de benefício fiscal de ICMS.

Palavras-chave: Guerra Fiscal, ICMS, Benefícios fiscais, Federalismo, Controle de Constitucionalidade, ADI.

## **ABSTRACT**

The present study has as its main focus the objective of addressing the reaction of the States in from of the decisions of the supreme federal court. The general objective is to discover the impacts of the actions of the STF's (Supremo Tribunal Federal) unconstitutional decisions on the behavior of States regarding the granting of ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços) tax benefits to find out the main impacts caused by its decisions. To this end, the following specific objectives were defined to understand conceptually the control of constitutionality, federalism, tax benefit and fiscal war of ICMS, in addition to learning the specific cases to make the due analysis of the possible impact of the judiciary in the States. Addressing the impacts of the actions of unconstitutional decisions of the Supreme Federal Court on the behavior of states regarding the granting of ICMS tax benefits is justified because the impacts of decisions call into question the constitutional legal system in a federation that has federated entities that owe a range of acts that are at odds with the Constitution. The present study consists of descriptive research, with results treated in a qualitative way, from the collection of data from secondary sources, including jurisprudence. With the survey of information throughout the research and analysis of the information, it was possible to conclude that the State's behavior is not impacted by STF control decisions, not enough to reduce the State's illicit behavior regarding the granting of tax benefits from ICMS.

Key-words: Fiscal War, ICMS, Tax benefits, Federalism, Constitutionality Control, ADI.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

### FIGURAS

**Figura1** – Origem e destino nas operações interestaduais de todos os Estados membros.....68

### TABELAS

**Tabela 1** – Alíquotas internas de ICMS no Estado do Rio de Janeiro.....61

## LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

ADC / ADCON	– Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADCT	– Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI / ADIN	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	– Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
BH	– Bahia
CCJ / CCJC	– Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CF	– Constituição Federal
CONFAZ	– Conselho Tributário Nacional
CRFB	– Constituição da República Federativa do Brasil
DF	– Distrito Federal
DOU	– Diário Oficial da União
EC	– Emenda Constitucional
EUA	– Estados Unidos da América
FECF	– Fundo Estadual de Combate à Pobreza
FGV	– Fundação Getúlio Vargas
ICMS	– Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços

IE	– Imposto de Exportação
IEG	– Imposto Extraordinário de Guerra
IGF	– Imposto sobre Grandes Fortunas
II	– Imposto de Importação
IOF	– Imposto sobre Operações Financeiras
IPI	– Imposto sobre Produtos Industrializados
IPTU	– Imposto Predial e Territorial Urbano
IPVA	– Imposto Sobre Propriedades de Veículos Automotores
IR	– Imposto de Renda
ISS / ISSQN	– Imposto Sobre Serviços / Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza
ITBI	– Imposto de Transmissão de Bens Imóveis
ITCMD	– Imposto de Transmissão Causa Mortis
ITR	– Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural
LC	– Lei Complementar
MG	– Minas Gerais
PEC	– Projeto de Emenda Constitucional

REsp – Recurso Especial

RICMS-RJ – Regulamento do ICMS do Estado do Rio de Janeiro

RJ – Rio de Janeiro

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>17</b>
1.1 Breve elucidação sobre a lei suprema denominada constituição.....	17
1.2 <i>Conceito de controle de constitucionalidade.....</i>	<i>22</i>
1.3 <i>Classificação do controle de constitucionalidade.....</i>	<i>24</i>
1.3.1 Controle político ou controle jurisdicional.....	25
1.3.2 Controle repressivo ou preventivo.....	28
1.3.3 Controle difuso concreto, incidental e objeto ou controle concentrado, abstrato, principal e subjetivo .....	29
1.4 <i>As ações constitucionais de controle concentrado.....</i>	<i>31</i>
1.4.1 Ação declaratória de inconstitucionalidade.....	33
1.5 <i>Controle constitucional sobre a perspectiva da modulação temporal.....</i>	<i>36</i>
1.6 <i>Importância do controle jurídico nos Estados federativos.....</i>	<i>37</i>
<b>2. FEDERALISMO BRASILEIRO.....</b>	<b>38</b>
2.1 <i>Conceito geral de federalismo .....</i>	<i>38</i>
2.1.1 Características comuns de toda federação.....	40
2.2. <i>Breve relato do Federalismo no Brasil.....</i>	<i>43</i>
2.3. <i>Jogo do resgate.....</i>	<i>49</i>
<b>3 BENEFÍCIOS FISCAIS, ICMS, GUERRA FISCAL E CONFAZ.....</b>	<b>52</b>
3.1 <i>Benefícios fiscais .....</i>	<i>52</i>
3.2. Um breve relato do imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS. ....	55
3.2.1 Conceito de ICMS.....	57
3.2.2 Alíquotas .....	59
3.2.3 Operações internas .....	61
3.2.4 Operações interestaduais .....	63
3.3 A Guerra Fiscal do ICMS.....	68
3.4 Conselho nacional de política fazendária – CONFAZ.....	70
<b>4 ANA LISES DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO COMPORTAMENTO DOS ESTADOS SUBNACIONAIS.....</b>	<b>74</b>
4.1 Maranhão.....	74
4.2 Rio de janeiro .....	79

4.3 Paraná.....	84
4.4 Mato grosso.....	91
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>97</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>98</b>

## INTRODUÇÃO

Há diversos temas envolvendo o assunto da guerra fiscal, seja com o intuito de desmiuçar seu conceito a analisar validade de leis complementares a seu respeito, isso porque esta situação é muito presente no cotidiano dos Estados e traz muitas consequências sendo elas prejudiciais ou benéficas. E é por isso que está presente monografia tem como foco principal descobrir os efeitos que as decisões de controle de constitucionalidade do STF tem sobre a conduta dos Estados a guerra fiscal de ICMS.

Conforme o entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2377 MG<sup>1</sup>, guerra fiscal se resume a uma “concessão unilateral de desoneração do tributo por um Estado federado, enquanto vigorem benefícios similares concedido por outros”. Ou seja, sobre tudo no âmbito do ICMS seguindo o entendimento do doutrinador Jorge (2007)<sup>2</sup>, os governos subnacionais que procuram atrair as empresas e ou industrias para os seus limites territoriais utilizam a diminuição de carga tributária como uma forma de atração.

Essa diminuição de carga faz parte dos benefícios fiscais<sup>3</sup>, que podem se manifestar como isenção, que é quando o Estado abre mão dessa tributação, redução de base de cálculo, concessões de créditos presumido para abater os débitos daquela empresa, anistia e remissão. Sendo assim, se de um lado desta guerra tem-se os Estados membros, do outro encontra-se o poder judiciário, com foco no STF. Pois é o Supremo que bate de frente, julgando a inconstitucionalidade ou constitucionalidade dos benefícios criados em lei. Ou seja, a própria

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2377 MG, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Ministro MENEZES DIREITO, Data de julgamento: 07/11/2007. TURMA. Data de publicação: DJ 14/11/2007 S/P. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=216&dataPublicacaoDj=07/11/2003&incidente=3702950&codCapitulo=5&numMateria=35&codMateria=1>. Acesso em 23 junho de 2020.

<sup>2</sup>JORGE, Társis Nametala Sarlo Jorge. **Manual do ICMS: direito tributário material, processual e direito penal tributário**. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2007, p. 183.

<sup>3</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 23 junho de 2020. No artigo 150, §6º, CF.

Constituição elegeu a corte, segundo artigo 102 da mesma, para ser seu guardião, afim de manter o ordenamento jurídico.

A escolha da atuação das decisões do Supremo Tribunal Federal nas atitudes ilícitas dos Estados federativos quanto a Guerra Fiscal de ICMS como tema desta pesquisa, justifica-se porque os impactos dessas decisões colocam em discussão o ordenamento jurídico constitucional em uma federação na qual possui entes federados que produzem uma gama de atos que estão em desacordo com a Constituição.

Este contexto acaba por impactar a sociedade, os contribuintes e o sistema judiciário, com base na infidelidade dos Estados membros que ao desrespeitar seu país acaba por ocasionar a insegurança jurídica, este feito traz por consequência o excesso de demandas ao poder judiciário, tornando-o moroso. Além da infidelidade, há também a quebra de confiança com a sociedade e com o contribuinte. E também, outra consequência se dá com a reincidência causada pela competição desleal entre entes que gera impactos negativos para economia do ente concorrente.

Assim, o presente trabalho partiu da necessidade de entender o comportamento do Estado pós decisão para compreender as consequências dessas decisões para o Estado. Além de conceituar controle de constitucionalidade e guerra fiscal e analisar os principais impactos que o STF causa nos Estados. Desta forma, entenderemos se esses impactos são os suficientes para a redução desta atitude ilícita, mesmo que gradativamente, ou se de fato vale apenas para o Estado abalar toda a estrutura constitucional para atingir seus fins.

Sendo assim, o presente trabalho estabeleceu como problema de pesquisa descobrir quais são os principais impactos da atuação das decisões de inconstitucionalidade do STF no comportamento dos Estados federativos quanto a concessão de benefício fiscal de ICMS? E como objetivo geral descobrir os impactos que as decisões do STF tem em face do comportamento dos Estados membros quanto guerra fiscal. Para alcançar o objetivo geral, os objetivos específicos serão conceituar controle de constitucionalidade para compreender as possíveis atuações das decisões do STF, benefício fiscal, ICMS e guerra fiscal. Apresentar o

comportamento dos Estados com relação a concessão indevida de benefício fiscal de ICMS. E por fim, analisar as decisões de inconstitucionalidade do STF no comportamento dos Estados quanto a concessão de benefício fiscal de ICMS.

O presente estudo consiste em pesquisa aplicada de natureza descritiva, que visa analisar e correlacionar os principais impactos da atuação das decisões de inconstitucionalidade do STF com o comportamento dos Estados quanto a concessão indevida de benefício fiscal de ICMS. Nesse sentido, os resultados serão apresentados de forma qualitativa, a partir da coleta de informações de fontes secundárias, incluindo jurisprudências, Ações diretas de inconstitucionalidades, a constituição federal, algumas legislações, sites e doutrinas como do Jose Afonso da Silva e Ricardo Alexandre.

A fim de alcançar o objetivo central, esta monografia foi dividida em 6 capítulos, sendo esta introdução o primeiro deles. No Capítulo 2, são apresentados o conceito de controle de constitucionalidade. No terceiro Capítulo o comportamento dos Estados federativos será apresentado. A guerra fiscal, ICMS e benefício fiscal, além de mostrar como funciona o CONFAZ serão abordados no Capítulo 4. O conteúdo do Capítulo 5 analisa as decisões do STF junto com o comportamento estatal pós decisão. E, por fim, no capítulo 6, é apresentado a conclusão desta pesquisa.

## 1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Primeiramente é importante frisar o porquê da necessidade deste capítulo, qual a relação que este tema tem com o objeto central de estudo. Tendo em vista que o objetivo de pesquisa dessa monografia é descobrir se as decisões que o Supremo Tribunal Federal vem proferindo, no decorrer da vigência desta constituição, em face dos Estados membros produzem algum efeito positivo aos Estados e se ocorre, quais seriam esses efeitos. O objetivo central deste capítulo é entender as possíveis atuações que o STF pode ter, como funciona o processo de controle, quais as ferramentas utilizadas para chegar até a Corte e quais são os efeitos que uma decisão do STF pode ter.

Entretanto essas decisões fazem parte do que os doutrinadores chamam de controle de constitucionalidade e é por isso que é necessário compreender a importância do implemento deste sistema em uma constituição e conseqüentemente para o Estado Nação. Desta forma, neste capítulo será exposto o conceito juntamente com os tipos de controle existentes e quais foram dotados pela constituição brasileira de 1988, tendo como foco o controle concentrado, principalmente na ação direta de inconstitucionalidade.

### 1.1 Breve elucidação sobre a lei suprema denominada constituição

É comum em se ver nas diversas Nações do mundo uma organização interna na qual possui uma hierarquia de normas, independentemente do tipo de governo e tipo de Estado. Como por exemplo, no Brasil existe um documento criado pelo povo onde este é o pilar de todo ordenamento jurídico chamado de Constituição. E de acordo com Sanchez Agesta (1974)<sup>4</sup> a

---

<sup>4</sup> SÁNCHEZ AGESTA, Luis. **Curso de derecho constitucional comparado. Madrid, Universidad Complutense de Madrid**, 1974, p. 1968. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/361531121/SANCHEZ-AGESTA-LUIS-Curso-de-Derecho-Constitucional-Comparado-1968-3> acesso em: 30 jun. 2020.

Constituição é uma reunião de elementos basilares que tem o objetivo de trazer harmonia e equilíbrio para a sociedade que está amparada por este sistema.

O Estado, no geral, visto como uma grande instituição precisa estabelecer regras para conseguir prever, organizar, comandar, coordenar e controlar o território no qual se situa essa nação e sua respectiva sociedade.<sup>5</sup> Com base nisso, Hobbes elucida na sua obra *Leviatã*, que o contrato social promovido por uma sociedade, criando desta forma um “ser”<sup>6</sup> superior que tomará conta do seu povo mantendo a ordem e o progresso social<sup>7</sup>. Pois, para ter eficácia em cima dos homens será necessário que aja um poder Supremo para que os homens enxerguem a validade desse contrato. E este documento traz no seu nascimento um novo conjunto de valores, de direitos e garantias fundamentais, ele regulamenta a forma de Estado e governo daquele país, estabelece os poderes que o Estado terá e seus limites.

Com isto, de acordo com a comparação que Pellegrino Rossi (1877) faz da organização em si de uma nação com um livro, onde os títulos dos capítulos seriam normas da constituição, conforme que o texto em si seria as demais leis infraconstitucionais<sup>8</sup>. Isto porque, só seria

<sup>5</sup> RIBEIRO, Antônio de Lima. **Teorias da administração**. Saraiva Educação SA, 2017, p. 70 - 74. Disponibilizado em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=yj9nDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT6&dq=Antonio+de+Lima+Ribeiro+2%C2%AA+edi%C3%A7%C3%A3o+%7C2009%7C+Teorias+da+Administra%C3%A7%C3%A3o&ots=PJ1vLIMI5F&sig=yY1CfVPPInl\\_MDt9FPTV8K50Y08#v=onepage&q=Antonio%20de%20Lima%20Ribeiro%202%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%20%7C2009%7C%20Teorias%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=yj9nDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT6&dq=Antonio+de+Lima+Ribeiro+2%C2%AA+edi%C3%A7%C3%A3o+%7C2009%7C+Teorias+da+Administra%C3%A7%C3%A3o&ots=PJ1vLIMI5F&sig=yY1CfVPPInl_MDt9FPTV8K50Y08#v=onepage&q=Antonio%20de%20Lima%20Ribeiro%202%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%20%7C2009%7C%20Teorias%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o&f=false). Acesso em 02 julho 2020. Neste livro, o autor mostra as teorias gerais da administração e uma delas é do Henry Fayol no qual compreendia que a busca pela eficiência das organizações só seria possível se colocasse ênfase na estrutura. Com isto ele delimita as funções, dando para a administração as funções de: prever, organizar, comandar, coordenar e controlar. Importando esse conceito para a Constituição, a própria é uma ação de prever, de compreender o que quer para o futuro para através desse olhar traçar as metas e programas, um exemplo disso é a erradicação da pobreza no artigo 3º, III da CF. Organizar seria constituir as organizações que neste caso fazendo uma analogia seria a criação da organização do Estado posto no título III da constituição, no qual delimita as competências para União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Comandar é a execução em si de todo o trabalho e coordenar é ter harmonia com todos os atos, com isto temos a criação do Poder Executivo. E controlar que significa para Fayol a análise de que tudo está de acordo com as regras estabelecidas e ordens dadas, seria para a Constituição a criação do controle de constitucionalidade.

<sup>6</sup> SER neste caso não se refere a um ser humano, mas sim a um conjunto de atitudes humanas que juntas acabam criando um documento formal (documento este que é a atual constituição brasileira) e consequentemente criam um Estado.

<sup>7</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. LeBooks Editora, 2019, p. 237. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=txCeDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=hobbes+leviata&ots=NaqiK88j6h&sig=3t-Vif7ayRDu7wqiQ\\_0MRPmlFmE#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=txCeDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=hobbes+leviata&ots=NaqiK88j6h&sig=3t-Vif7ayRDu7wqiQ_0MRPmlFmE#v=onepage&q&f=false). Acesso em 07 julho 2020.

<sup>8</sup> ROSSI, Pellegrino. **Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris**. Guillaumin et cie, 1877, p. 301. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Q-RcAAAaAAJ&oi=fnd&pg=PR5&dq=t%C3%AAtes+de+chapitre+pellegrino+rossi&ots=3Dbn26POR1&sig=CTRtWPF5nD1OYOIRD8JFjeq6jb4#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 15 julho 2020. Pellegrino-Rossi utiliza a frase “*têtes de chapitre*” em francês, e a sua tradução literal seria: títulos de capítulos.

possível criar o texto se houvesse um título dando um direcionamento. Além de Rossi, outro doutrinador que também faz analogia da Constituição é o Manoel Maria Diez (1981) ao comparar a organização de um Estado com o corpo humano, se referindo a espinha dorsal como a constituição. Essas alusões conseguem retratar o significado que tem este documento para um país, principalmente para o Brasil<sup>9</sup>.

Isto porque essas analogias só são possíveis e só fazem sentido devido ao fato de que a constituição possui em sua característica a rigidez<sup>10</sup>. Isto é, existe uma dificuldade para modifica-la e dependendo da matéria, pode ser até mesmo impossível suprimir sem romper com este documento e criar uma nova constituição do zero<sup>11</sup>. Ou seja, conforme o pensamento de Georges Burdeau, essa rigidez tem como uma de suas consequências a criação da soberania deste documento imposto aos demais.<sup>12</sup> Pois, se este documento central possui uma rigidez na sua mutação, os demais atos normativos só terão legitimidade se seguir os princípios e

---

<sup>9</sup> DIEZ, Manoel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. 1981, p. 108. Disponível em: <https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/5/ADMINISTRATIVO/Manual-de-D-Admin-Manuel-Maria-Diez-T-II.pdf>. Acesso em 04 julho 2020.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 37-38. De acordo com este doutrinador existe vários tipos de constituições, quanto ao conteúdo existe constituições matérias e formas, quanto a estabilidade há constituições rígidas, flexíveis e semirrígida, quanto à forma existe as escritas e as não escritas, quanto a origem, temos as democráticas e as outorgadas e assim por diante. Entretanto, como este trabalho tem enfoque no Brasil, estarei me referindo apenas as características da constituição brasileira de 1988.

<sup>11</sup> Essas matérias que menciono se refere as cláusulas pétreas que são limitações matérias ao poder de reforma da constituição federal. Em outras palavras são dispositivos que não podem ser alterados por meio de Emendas constitucionais. São consideradas, por tanto, imutáveis, por isso o nome cláusulas pétreas, sendo, portanto, normas petrificadas. Segundo a doutrina majoritária o motivo da existência de cláusulas pétreas na constituição é impedir a supressão de direitos fundamentais dos cidadãos. Essas cláusulas garantem a soberania da nação e a existência de um regime democrático de direito. Previne-se um processo de erosão constitucional. O artigo 60, § 4º da CF/1988 traz expressamente as cláusulas pétreas determinadas pelo poder constituinte originário. Assim não podem ser apresentadas propostas de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direito, universal, secreto e periódico, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da separação dos poderes. Mas é preciso ficar muito atento ao alcance da proteção das C.P. É possível a mesa alteração redacional de uma norma componente do rol das C.P. Por isso somente é inconstitucional a modificar a essência do princípio protegido e o sentido da norma. Segundo o próprio STF as limitações matérias ao poder de reforma não significam intangibilidade literal, mas proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais garantidos. Vale destacar que a doutrina também aponta limitações implícitas ao poder constituinte de reforma. São limitações a criação de emendas que não estão expressamente previstas na CF, como a alteração do titular do poder constituinte originário e do titular do poder constituinte derivado. Por fim destaca que o poder reformador não pode criar novos CP só o Poder constituinte originário, mas para isso seria necessária uma nova constituição. No entanto o poder reformador pode ampliar o catalogo de direitos fundamentais criado pelo poder originário. Como aconteceu com a Emenda Constitucional 45 que instituiu o princípio da duração razoável do processo. VIDE FERREIRA FILHO (1995), PEDRA (2006) e SARLET (2003).

<sup>12</sup> BURDEAU, Georges; **La democracia**, Caracas / Barcelona, Ariel, 1960 (versão portuguesa, Paulo António. **A democracia**. 1970) p. 47.

fundamentos desta norma central. Não haverá como um ato normativo posterior ir contra a constituição pois a constituição não convalidará com isto.

De acordo com Augusto Zimmermann (2006) não há que se falar em controle de constitucionalidade se a constituição for flexível e não houver uma distinção entre o poder constituinte originário do derivado, pois, dessa forma, o legislador não possuirá limites podendo fazer tudo da forma que bem o convir<sup>13</sup>. O doutrinador compreende que só haverá controle se a constituição possuir limites, como a delimitação de cada poder constituinte, assim como a rigidez da lei maior.

Com a atuação do poder originário em criar uma nova norma fundamental gerando um novo ordenamento jurídico tem se a criação das normas superiores compondo assim a constituição. Desta forma as normas que vierem depois, as infraconstitucionais buscarão sua validade nas normas fundamentais. Mantendo a mesma linha de raciocínio, Hans Kelsen (1998) tem o entendimento de que uma norma só emana de validade porque foi feita de uma forma específica contendo conteúdo específicos e formas já delimitados, outra norma, norma essa que representa o fundamento imediato de validade da outra norma supracitada<sup>14</sup>.

Segundo a percepção de Kelsen (1998), ao criar a concepção de pirâmide, ele delimita espaços horizontais determinado a hierarquia de normas<sup>15</sup>. Desta forma, no topo dessa pirâmide, esta que simboliza a jurisdição de um Estado, há uma legislação central que irá ditar seus preceitos por todas as camadas inferiores desta pirâmide. Isto representa a ideia de que, se uma lei inferior também chamado de norma infraconstitucional (a baixo do pico da pirâmide) ditar sobre algum assunto que esteja indo de encontro com os fundamentos (princípios da norma enquadrada como superior no pico da pirâmide), ela estará abalando todo o ordenamento jurídico.

---

<sup>13</sup> ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**, 4 ed, RJ ed lumen juris, 2006, p 407.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, 6º ed, São Paulo: Martins Fontes, 1998, tradução de João Baptista Machado. p.203.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, 6º ed, São Paulo: Martins Fontes, 1998, tradução de João Baptista Machado. p.210.

Ou seja, existe uma construção escalonada na qual serve para dar segurança ao ordenamento jurídico, pois tem como objetivo manter a estabilidade e é por isso que é necessário ter uma constituição rígida. Conforme a visão de Louis Favoreu (1996) essa rigidez faria com que se torna-se possível a anulação de atos avessos a constituição<sup>16</sup>. Para este autor é aqui que surge a necessidade de ter um controle dos atos normativos e administrativos e para ele essa função não poderia ser demandada aos poderes políticos (o poder executivo e o legislativo), pois eles agiriam por critérios de conveniência e oportunidade além do que em sua grande maioria das vezes são eles os causadores de atos inconstitucionais, fortalecendo o discurso de que o melhor órgão para fazer este controle seria um poder não político, neste caso o judiciário.

Com tudo que fora dito até aqui, entende-se que a constituição brasileira de 1988 é rígida e que possui superioridade das demais normas brasileiras. Isto se dá porque é este documento que dita as regras de como funcionará essa nação, quantos poderes existirão, dita as delegações de competências demandadas aos Estados, municípios e Distrito Federal. Isso mostra que os esses demais poderes são limitados pela própria carta magna.

Porém, a questão a ser tratada aqui é como a constituição reage quando uma norma inferior é criada sem os preceitos constitucionais, violando normas fundamentais e com isto prejudicando toda estrutura do ordenamento jurídico. Pensando nisso, o poder constituinte estabelece ao criar a constituição maneiras de como analisar, de quem será a competência para resolver essas questões e quais serão os parâmetros<sup>17</sup>. E isto acontece a fim de proteger a supremacia constitucional, consequentemente resguardar o status quo.

---

<sup>16</sup> FAVOREU, Louis; MASTOR, Wanda. **Les cours constitutionnelles**. Dalloz, 2016 APUD ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**, 4 ed, RJ ed lumen juris, 2006, p 563.

<sup>17</sup> Poder constituinte é a força ou autoridade de criar, modificar, alterar, revisar, revogar ou adicionar algo a constituição de um Estado a lei fundamental do país. Para maior parte da doutrina o poder constituinte pertence ao povo. Por outro lado, o exercício desse poder constituinte está reservado aos representantes eleitos. O poder constituinte é bastante amplo e pode ser dividido basicamente em duas espécies. O poder constituinte originário e o derivado. O primeiro também é denominado de inaugural, genuíno, inicial ou de primeiro grau, instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem anterior. O objetivo fundamental, por tanto do poder constituinte originário é criar um novo Estado diferente do que já existia. A constituição federal de 88 por exemplo foi elaborada através da assembleia nacional constituinte, por meio de uma emenda constitucional 26 de 1985. Ele caracteriza-se por ser inicial, autônomo, incondicionado e ilimitado. É inicial, pois a sua obra, a CF, é base da norma jurídica, também é incondicionado pois não está sujeito a qualquer forma prefixa para manifestação da vontade. É ilimitado e autônomo pois não está limitado de modo algum ao direito anterior. Mas isso não quer dizer que o poder constituinte originário detém um poder Supremo e arbitrário. Isso porque existe limitações de ordem

## 1.2 Conceito de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade resumidamente falando é um gerenciamento das normas infraconstitucionais, na qual verifica se estas estão ou não de acordo com os preceitos da constituição. É analisar os atos normativos tendo como parâmetro a Lei Maior, e caso esses dois elementos entrem em conflito, o ato normativo será descartado deste ordenamento.

De acordo com Jose Afonso (2005), não basta apenas fazer ou produzir uma norma diversa dos ditames constitucionais para ser considerada inconstitucional<sup>18</sup>. Ou seja, caso aja uma omissão apenas, não cumprir com o que a carta magna interpôs a ser feito também se enquadrará numa inconstitucionalidade, não necessitando de uma ação. Desta forma, a Constituição de 1988 expressa nos artigos 102, I, “a”, e III, “a”, “b”, “c”, e 103, §§ 1º e 3º a existência deste dois tipos de inconstitucionalidade, a por ação e a por omissão<sup>19</sup>.

A inconstitucionalidade por ação se dá quando há criação de atos administrativos ou legislativos que desrespeitam as normas ou princípios constitucionais. Jose Afonso (2005), explica que isto acontece devido a compatibilidade vertical onde as normas inferiores precisam ter para com as normas superiores<sup>20</sup>. Essa compatibilidade torna-se necessária devido ao princípio da supremacia. Pois desta forma as normas inferiores só possuirão validade se forem

---

política que devem ser observadas, sob pena de ser tornada ilegítima a sua atuação. E que a titularidade do PCO pertence ao povo e aquele que se propõem a representar deve levar em consideração os valores éticos, culturais sociais religiosos que de fato representam a vontade popular. Já o poder derivado também conhecido como instituído, constituído, de segundo grau, secundário ou remanescente tem natureza eminentemente jurídica. Ele deve obedecer às regras jurídicas impostas pelo PCO, que cria limitações e condições ao seu exercício. Pode ser subdividido em poder derivado reformador, recorrente e revisor. O reformador é um poder de reforma constitucional através de um procedimento específico estabelecido pelo PCO é o caso das emendas constitucionais. Já o decorrente é o poder concedido aos estados membros para elaborar suas próprias constituições, foi por meio dele que foram instauradas as constituições estaduais e também a lei orgânica do DF. Por fim tem o poder revisor, ele está previsto no art.3 da ADCT para revisar de forma mais simples a CF cinco anos após a sua promulgação, ele proporcionou a elaboração de seis emendas de revisão e não pode mais ser utilizado pois tece sua eficácia exaurida e sua aplicabilidade esgotada. VIDE FERREIRA FILHO (1995), PEDRA (2006) e SARLET (2003)

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 45.

<sup>19</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 7 de julho de 2020.

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 53.

compatíveis com a Constituição. Ou seja, essas normas de grau elevado operarão como fundamentos de validade para a permanência das normas de grau inferior.

Segundo o doutrinador Gilmar Mendes (2008) essa inconstitucionalidade por ação pode se dar diante de duas formas<sup>21</sup>. Pode acontecer da lei ou decreto desrespeitar os tramites legais para sua criação. Ou seja, será incompatível sobre o aspecto formal. Outra forma seria se o conteúdo da lei fosse oposto ao da constituição, que é denominado de aspecto material.

Já a incompatibilidade por omissão é quando a própria lei máxima requer que seja criado algum instituto através de uma lei posterior para que possa garantir algum direito determinado pela norma constitucional e com isto possua aplicabilidade. Entretanto, essa demanda não é respeitada pelo legislativo deixando de fazer o que foi pedido pela Constituição, ocorrendo desta forma a inconstitucionalidade por omissão<sup>22</sup>.

E de acordo com Manoel Gonçalves (1999) há normas constitucionais que não funcionam por si só, é necessário um ato administrativo ou legislativo para estas normas sejam efetivas e com isto tem-se a vontade da constituição atendida<sup>23</sup>. E é por isso que a questão da omissão não é por estar desrespeitando a lei maior em si e sim porque essa falta de ação é incompatível com as normas programáticas criadas pela constituição no intuito de serem efetivadas posteriormente.

Conforme a visão de Augusto Zimmermann (2006) a constituição dita as regras para a criação das normas infraconstitucionais, e essas regras possuem caráter formal e material<sup>24</sup>. Ou seja, se uma norma infraconstitucional é aprovada no âmbito legislativo e começa a vigorar porem o processo de seu nascimento foi incompatível com as regras formais de como dever expostas pela constituição, logo haverá nessa norma uma inconstitucionalidade formal. Caso o tramite

---

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. In: \_\_\_\_\_. **Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias**. 2008, p 1114.

<sup>22</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. In: \_\_\_\_\_. **Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias**. 2008, p 1139.

<sup>23</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. SP ED SARAIVA, 1999. p. 34.

<sup>24</sup> ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional** 4 ed, RJ ed lumen juris, 2006 p. 570.

processual ocorra conforme a lei maior porem o assunto tratado contrariará os princípios constitucionais, haverá então uma inconstitucionalidade material.

Desta forma compreender-se que o conceito de controle de constitucionalidade está em ser um processo exercido, num primeiro momento, pelos três poderes na qual o objetivo é analisar se os atos normativos são compatíveis com a constituição. E essa compatibilidade deve ser vista tanto pelo lado material (que trata dos princípios, direitos, deveres e garantias expostas na CF) quanto pelo lado formal (este pode ser subjetivo referindo-se a competência e objetivo que diz respeito a forma, prazo e rito processual).

Independentemente se a norma é inconstitucional por ação formal, ação material ou omissão, deve ser compreendido a visão que juiz John Marshall teve ao julgar o caso *Marbury vs. Madison*, no qual se deparou com um ato normativo em questão ia contra a constituição norte americana da época e ele se viu num impasse, pois existia a constituição deliberando um direito e existia uma lei infraconstitucional expondo um direito oposto<sup>25</sup>. E esse caso é mencionado aqui como exemplo do que é controle de constitucionalidade, é claro que existe outras formas de praticar este sistema controlador que será visto mais para a frente.

Como o jurista Zimmermann (2006, p577) comentou sobre esse caso “Ou a Constituição é superior às leis ordinárias, e estas, quando a contrariam, não são leis, ou não lhes é superior, e então a Constituição escrita representa um esforço inútil”<sup>26</sup>. Com isto, percebe se que é este o cerne do controle de constitucionalidade, assegurar a superioridade que a carta magna possui, pois sem esse sistema controlador todo trabalho que o poder constituinte originário brasileiro teve para criar as regras que deveriam reger o país passam a ser inútil.

### 1.3 Classificação do controle de constitucionalidade

---

<sup>25</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. **O caso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. Brasília a. 43, n. 172 outubro/dezembro 2006, p. 37 – 43. Disponível em <https://docplayer.com.br/131317319-O-acaso-john-marshall-e-o-controle-de-constitucionalidade.html>. Acesso em 19 de julho de 2020.

<sup>26</sup> ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional** 4 ed, RJ ed lumen juris, 2006 p. 577.

### 1.3.1 Controle político ou controle jurisdicional

Antes de falar do controle concentrado que é o foco deste trabalho é necessário compreender os diversos sistemas que o controle constitucional possui. Começando com que diz respeito a natureza do órgão de controle de constitucionalidade. Esse órgão pode ser político ou judicial no que tange ao Brasil, esses órgãos são os três poderes do Estado, o poder legislativo, executivo e o judiciário, tanto o sistema político quanto o jurisdicional podem realizar o ato de controle<sup>27</sup>.

No primeiro sistema supracitado este controle é feito pelo poder político, onde essa função de resguardar a supremacia da constituição é passada para o poder que detém como sua característica interesses políticos, desta forma, não possui natureza jurisdicional. Ou seja, o controle de constitucionalidade político será realizado pelos órgãos que são eleitos, órgãos esse que tem natureza política.

Com isto, esse controle seria realizado pelos poderes legislativo e executivo que são os órgãos que recebem o voto popular. De acordo com Pinto Ferreira (2003) um dos doutrinadores a favor deste sistema, por entender que não seria ideal o poder judiciário anular leis proferidas pelo legislativo, por exemplo, pois estaria interferindo no trabalho do outro que foi conferido pela própria constituição<sup>28</sup>. Este autor compreende que o certo seria criar um órgão neutro de natureza política paralelo aos três poderes já existentes.

---

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. In: \_\_\_\_\_. **Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias**. 2008, p. 1304.

<sup>28</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. **As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido**. In: \_\_\_\_\_. **La Constitución de 1978 y el constitucionalismo ibero-americano**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Espanã), 2003. p. 279.; ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional** 4 ed, RJ ed lumen juris, 2006 p. 574. E BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, ed Saraiva p 306. Segundo estes autores, a criação de mais um órgão político, mesmo que autônomo não funciona, pois ele

Já o controle judicial, conhecido como jurisdicional, é realizado pelo órgão que não é eleito, logo é realizado pelo órgão do poder judiciário. O famigerado *judicial review*, no qual analisa os atos do poder público e julga a sua inconstitucionalidade. Na visão de Manoel Gonçalves (1981) incumbir o controle ao poder judiciário é apenas ele fazer o que já está dentro de duas atribuições típicas.<sup>29</sup> Pois a função deles é analisar a legalidade de um ato, ele existe exatamente para resolver os conflitos existentes utilizando como fundamento a legislação pensando na legalidade dos fatos. No dever ser, se aquela parte tem ou não direito, se esse direito possui ou não legalidade. Pois fica claro compreender que é papel do judiciário nos dizer através dos processos o que é direito, até para poder dizer de quem será o direito nos casos concretos, então nada mais natural do que ser deste órgão a competência de olhar para as leis e nos dizer se os deveres e direitos criados nessas leis possui validade perante a constituição.

Conforme o caso *Marbury vs Madison*, o John Marshall se pergunta, diante um caso inédito, qual é o papel do poder judiciário e ele chega à conclusão de que o objetivo é fazer com que as leis sejam de fato exercidas da melhor forma e como consequência disso a estabilidade e ordem se instauram na sociedade.<sup>30</sup> Ou seja, se um indivíduo ou a própria sociedade tem seu direito resguardado pela constituição sendo arrancado por uma lei infraconstitucional, a quem elas vão pedir proteção senão ao poder judiciário. É na justiça que as pessoas vão resolver seus conflitos de direitos e deveres. Então dar a esse órgão o poder de proteger a constituição é apenas formalizar e reforçar o trabalho que já fazem com todo o ordenamento jurídico.

---

tende de assemelhar com o legislativo. O Zimmermann comenta que a constituição francesa adotou esse sistema e não funcionou, pois, o poder legislativo produzia uma lei e o órgão político controlador por obter um pensamento político acabava convalidando com a prática do legislativo. Pois, segundo Bastos, ao invés de usar fundamentos válidos pela constituição eles tinham uma predisposição a avaliar as leis perante a conveniência e oportunidade.

<sup>29</sup> DIEZ, Manoel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. 1981, p. 206. Disponível em: <https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/5/ADMINISTRATIVO/Manual-de-D-Admin-Manuel-Maria-Diez-T-II.pdf>. Acesso em 04 julho 2020.

<sup>30</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. **O caso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. Brasília a. 43, n. 172 outubro/dezembro 2006, p. 37 – 43. Disponível em <https://docplayer.com.br/131317319-O-acaso-john-marshall-e-o-controle-de-constitucionalidade.html>. Acesso em 19 de julho de 2020.

Segundo a visão de Hamilton (1973 p572), um advogado norte americano que defendeu a ideia de o controle ser judicial, ele disse numa publicação de artigos federalistas que<sup>31</sup>:

“ (...) não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter esta última nos limites das suas atribuições. ”

Tendo em vista que o poder constituinte originário é o povo e ele que criou a constituição federal da república federativa do brasil em 1988, distribuindo poderes aos três órgãos, com a ideia de um fiscalizar o outro para não haver abusos de poder, dar aos órgãos políticos o poder de fiscalizar a si próprio, pois a maioria dos atos inconstitucionais são eles que produzem, seria uma forma deles passarem por cima da constituição, por cima da vontade do povo. E é por isso que o Hamilton defende que o poder judiciário seria a melhor opção para proteger a Carta, pois como eles devem fundamentar legalmente suas decisões, e se uma lei infraconstitucional criada por representantes do povo fosse contrária a norma constitucional criada pelo próprio povo, os juristas teriam a obrigação de buscar fundamentos na constituição.

Há doutrinadores como é o caso do Jose Afonso (2005) que elegem um terceiro sistema, que seria o misto<sup>32</sup>. Como o próprio nome já nos faz deduzir, é uma mistura dos dois sistemas elucidados anteriormente na qual a constituição demanda competências para ambos os poderes estabelecendo regras específicas para quando cada poder poderá utilizar o controle constitucional. No Brasil há possibilidade de haver o controle pelos dois sistemas, conforme o entendimento de Gilmar Mendes, porem em momentos diferentes e com pesos diferentes conforme será elucidado no próximo tópico<sup>33</sup>. Vale ressaltar que mesmo que no Brasil aja um sistema misto, a regra, é o controle jurisdicional, mesmo que o controle político falhe, haverá o judicial para assegurar as normas fundamentais.

<sup>31</sup> HAMILTON, Alexandre; MADISON, James e JAY John. **O federalista**, São Paulo: Abril Cultural, 1973. APUD ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional** 4 ed, RJ ed lumen juris, 2006, p. 572.

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005, p. 60.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, Editora Saraiva, 2000, p. 305.

### 1.3.2 Controle repressivo ou preventivo

Quanto ao momento de exercício do controle de constitucionalidade, se o controle for realizado durante o processo legislativo, ou seja, antes da promulgação estará diante de um controle preventivo, se for exercido após a promulgação o controle será repressivo. Em regra, o controle político é preventivo e o controle jurídico é repressivo<sup>34</sup>.

Exemplo de controle político, quando se tem a comissão de constituição e justiça e ou a comissão de constituição de justiça e cidadania, que são as comissões existentes dentro do senado e da câmara, essas comissões vão emitir um parecer sobre a constitucionalidade do projeto, ou seja, elas vão dizer se o projeto de lei ou projeto daquela espécie normativa se é constitucional ou não. Quando a CCJ ou CCJC emitem esse parecer elas estão realizando dentro dessa fase de discussão um controle político preventivo<sup>35</sup>.

O poder executivo também poderia utilizar deste controle como por exemplo dentro de um processo de criação de lei ordinária, o presidente da república se manifesta na fase de sanção ou veto. Se o presidente vetar, que não é uma ação livre, ou o presidente veta porque a norma é inconstitucional ou ele veta por que a norma é contrária ao interesse público. Se tem o veto político se o presidente realizar um veto jurídico significa o poder executivo realizando um controle político preventivo.

Há exceções, quando o controle jurídico é preventivo e o político repressivo. O jurídico preventivo, como o Barroso (1999) elucidou, ocorre quando o mandado de segurança é impetrado no STF por parlamentar para tentar bloquear o tramite de proposta de emenda constitucional, exemplo tem uma PEC com o objetivo de violar clausula pétrea.<sup>36</sup> De acordo com artigo 60 §4 da Constituição brasileira de 1988 não pode ser deliberado nem tramitar no congresso nacional uma PEC que tenha por objetivo abolir cláusula pétrea. Neste caso, o

---

<sup>34</sup> ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional** 4 ed, RJ ed lumen juris, 2006, p. 573.

<sup>35</sup> ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional** 4 ed, RJ ed lumen juris, 2006, p. 602.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 1999. p. 67

parlamentar com direito a observância do devido processo legislativo pode ajuizar mandado de segurança no STF. O Supremo quando for analisar, estará diante de uma PEC sendo assim, está no bojo do processo legislativo, sendo um controle jurídico preventivo.

Já o político repressivo aconteceria no caso se depois que a norma é promulgada, ter o período de *vacatio legis*<sup>37</sup>, a norma entrou em vigor, pode ser que essa norma esteja extrapolando os limites da delegação e o texto constitucional vai determinar o seguinte o congresso nacional terá competência para suspender atos editados pelo poder executivo sempre que esses atos exorbitarem o poder da regulamentação<sup>38</sup>. Ou seja, terá um decreto regulamentar por exemplo que deveria regulamentar a lei, mas ele dispõe para além do que a lei permite, com isto o Congresso Nacional poderá editar um decreto legislativo com o objetivo de suspender esse decreto regulamentar, porque ele está violando os limites da regulamentação e consequentemente violando uma disposição constitucional.

Dessa forma, entende-se que por mais que o poder judiciário seja o sistema principal no controle de constitucionalidade, não pode negar que os outros poderes do Estado também têm sua importância quanto o assunto é manter a ordem no ordenamento jurídico.

### 1.3.3 Controle difuso concreto, incidental e objeto ou controle concentrado, abstrato, principal e subjetivo

Primeiramente vale ressaltar que essa classificação é inerente ao controle de constitucionalidade jurídico, ou seja ao falar de controle difuso e concentrado tem que ter em mente que essa intervenção ocorre pelo judiciário. A natureza dessa classificação tem como

---

<sup>37</sup> BRASIL. Senado Federal. *Vacatio Legis* é uma expressão latina que significa vacância da lei, correspondendo ao período entre a data da publicação de uma lei e o início de sua vigência. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/vacatio-legis>. Acesso em 03 de setembro de 2020.

<sup>38</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 03 de setembro de 2020.

objetivo responder o número de órgãos que serão responsáveis pelo controle. Desta forma ou haverá um controle difuso ou concentrado.

O difuso é aquele controle difundido, de caráter individual, na qual toda a esfera do poder judiciário tem capacidade para atuar como um fiscal da constituição, pode ser realizado por qualquer juízo ao tribunal, ele pode ser realizado em todas as instâncias do poder judiciário. Ou seja, qualquer juízo pode escolher não aplicar uma norma que esteja em desacordo com a Lei Maior.

Este controle é incidental pois, a questão constitucional será discutida como causa de pedir. O que se quer é alcançar um determinado bem de vida. É um provimento jurisdicional que garante uma determinada prestação de dar, fazer ou não fazer e para conseguir essa determinada prestação antes tem que analisar os motivos de fato e direito e a causa de pedir do controle incidental é a inconstitucionalidade.

Neste caso a norma é inconstitucional e por isso quer ter garantido aquela bem da vida. É o incidente dentro do processo, neste caso o efeito da decisão proferida no controle concreto, também chamado de incidental, será Inter partes, influenciando apenas as pessoas que estão na ação. Ou seja, a norma que o jurista considerou inconstitucional, não possuiu validade para aquele caso concreto, devido também ao seu caráter subjetivo, pois a relação envolvida no processo apenas entre as partes<sup>39</sup>.

Agora o poder concentrado não, esse controle possui um número limitado de órgãos, não será qualquer órgão que poderá realizar o controle. Ou seja, um órgão é criado apenas para isso, normalmente chamado de Corte Constitucional. Também chamado de controle principal, também conhecido como controle abstrato, a inconstitucionalidade será o próprio pedido, aqui se quer a declaração de inconstitucionalidade porque aquela norma viola o ordenamento jurídico por contrariar o texto constitucional.

---

<sup>39</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2º ED 2006, p. 251. A chamada tríade do processo, que envolve o autor juiz e réu.

Isso trará consequências, pois a questão da constitucionalidade só produzirá coisa julgada dentro de um controle principal. Ou seja, o efeito que uma decisão feita dentro deste controle supracitado é *erga omnes*, no qual todos os indivíduos desse ordenamento sofreram o impacto desse processo. Isto acontece devido ao caráter objetivo desse controle no qual não existe partes e sim legitimados passivos e ativos que são previamente estipulados pela constituição. Abstrato tem como objetivo a análise da lei em tese, verificar se no plano teórico aquela norma viola o texto constitucional.

No Brasil tem se um controle misto, realiza-se no ordenamento jurídico tanto controle difuso, qualquer juiz ou tribunal pode conhecer a inconstitucionalidade em um caso concreto mas também utiliza-se do controle concentrado e este no Brasil fica ao cargo do STF, quando há violação do texto constitucional federal, bloco de constitucionalidade, órgão judicial competente para realizar este controle é o STF, agora se o parâmetro for a constituição de Estado membro, o órgão competente será o tribunal de justiça do Estado respectivo. E é no concentrado que mora o interesse por estudar esse tema, pois é nele que reside o objeto de estudo a ser discutido mais à frente.

Pois, como fora elucidado na introdução, a pesquisa que será desmiuçada no capítulo quatro consiste em analisar decisões do Supremo, e essas decisões são de controle concentrado de constitucionalidade. E é por isso que nesse próximo tópico será detalhado como funciona esse processo de controle concentrado.

#### 1.4 As ações constitucionais de controle concentrado

Os Estados vêm se atracando há décadas e o STF tem acompanhando de perto esse conflito que se tornou a Guerra fiscal, que será explicando em um próximo capítulo. E o papel do STF nisso é declarar a inconstitucionalidade ou não das leis que esses Estados produzem. Pois, é papel do Supremo analisar se estão agindo de acordo com a constituição. Com isto, as

formas de para debater esse conflito pode ser por meio de controle concreto através de recurso extraordinário e também pode acontecer por meio de controle abstrato através das ações constitucionais, que podem ser ação direta de inconstitucionalidade (ADI ou ADIN), ação declaratória de constitucionalidade (ADC ou ADCON) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Entretanto, a ação que mais terá importância para esta monografia é a ação declaratória de inconstitucionalidade.

Com isto, a ADC diz respeito a uma ferramenta do controle concentrado que surgiu na emenda constitucional 03/93. Usa a declaração por parte do STF confirmando que lei ou ato normativo federal é constitucional<sup>40</sup>. O cabimento dela é em face de lei ou ato no federal. Leis são as disposições legais como lei ordinária, lei complementar, emenda constitucional, medida provisória e os atos normativos são todos aqueles que são decretos, regulamentos, resolução, regimentos, toda essa gama de dispositivos jurídicos. Ou seja, esta ação não abrange leis estaduais, apenas leis federais é cabível em face de controversas judiciais relevantes.

Um exemplo foi quando a lei maria da penha foi considerada por vários julgadores que feria a isonomia porque tratava a mulher no âmbito das relações do lar de forma diferente de que os outros cidadãos. Ocorreram uma serie de julgados tanto para uma corrente quanto para outra. Ou seja, julgados com mérito em contrário em relação a esse provimento jurisdicional, então isso gerou uma confusão jurídica e todos esses processos que tratavam do tema foram suspensos até o julgamento do mérito. Nesse sentido o STF referendou que a lei maria da penha é constitucional, nesse caso vinculando o provimento desse processo sobre todo o Estado<sup>41</sup>.

Conforme o apontamento de Clèmerson Merlin Clève (2006), o que se quer é que seja confirmado pelo órgão guardião da CF de que a lei é constitucional, confirmando uma presunção<sup>42</sup>. Porque a partir do início da vigência de uma lei presume se que ela seja

---

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, Editora Saraiva, 2000, p. 306.

<sup>41</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 19**, Relator: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2024 RTJ VOL – 00229-01 PP- 00011.

<sup>42</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. Editora Revista dos Tribunais, 2000. APUD ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional** 4 ed, RJ ed lumen juris, 2006, p. 594.

constitucional, pois ela passou por um processo legislativo e que inclusive houve um controle político preventivo de constitucionalidade lá. Para que essa lei integralmente seja confirmada como constitucional em casos de instabilidade da norma precisará de uma ADC.

Já a ADPF, é uma ação diferente das demais, está prevista numa legislação diferente das demais, na lei 9882/99, é a única das ações que está regulamentada em outra lei. As normas que podem ser objeto de arguição são as leis e atos normativos federais, estaduais, distritais e municipais, inclusive anteriores à constituição federal de 88, que ofenda ou ofereça risco a preceito fundamental. Em outras palavras, quando não couber as outras ações, aí sim essa será requisitada. Esta ação é a mais ampla dentro dos instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade, é por isso que se fala no princípio da subsidiariedade. Ou seja, quando não couber nada, caberá arguição de descumprimento de preceito fundamental.

#### 1.4.1 Ação declaratória de inconstitucionalidade

ADI possui generalidade e abstração, discute apenas a norma e pode ser já perpetrada diretamente de forma abstrata ou difusamente que seria um incidente que ocorre dentro de um processo que discute um direito subjetivo de duas partes, no qual uma das partes compreende que foi prolatada uma decisão que violou um direito previsto constitucionalmente, abre um incidente, o processo é suspenso de imediato até o julgamento do mérito do incidente de inconstitucionalidade. Então o objetivo é declarar inconstitucional lei ou ato normativo federal e estadual. Quando o ato normativo for estadual ou municipal e contrariar soma da Constituição estadual a ADI será julgada pelo tribunal da Justiça estadual<sup>43</sup>.

A ADI tem subespécies, existe a ADI genérica, interventiva e por omissão. De todas essas ações a ADI e sua espécies, adcon e adpf somente uma não vai seguir a regra para ingressar com a ação. Via de regra os legitimados para ajuizar uma das ações supracitadas são os previstos

---

<sup>43</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 10 de setembro de 2020. Artigo 102, I, “a”, §2º, da CF.

no artigo 103 da CF. Essa regra só não se aplica a ADIN interventiva, as demais o artigo 103 é quem indica quem são os legitimados.

Na interventiva só há um legitimado que é o procurador geral da república e o órgão que acolhe essa ADI é o próprio Supremo, conforme artigo 36, inciso III da CF. Via de regra não há hierarquia entre as vias políticas, porque a divisão de competência constitucional não estabelece um entre mais forte, mais importante que o outro, todos os entes do artigo 18 da CF possui autonomia devido ao princípio da igualdade das pessoas políticas. Então, se não há hierarquia, um ente não pode em regra intervir em outro ente da federação, assim a união não pode intervir nos Estados da mesma forma que os Estados não podem intervir nos municípios. Todavia é permitido que a união intervenha somente nos Estados e os Estados somente nos municípios de forma excepcional nos termos que dispões a carta magna, porem isto só acontecerá se houver uma quebra nos princípios constitucionais sensíveis, que são os elencados no artigo 34, inciso VII da CF.

No que diz respeito as outras categorias de ADI, também compreende que não é qualquer pessoa que pode apresentar no Supremo o pedido para análise abstrata de uma lei em face da Constituição Federal seja para reconhecer a sua inconstitucionalidade seja para declarar a sua constitucionalidade. Dentro dos legitimados tem os universais e os especiais ou também chamados de interessados. O que diferencia um legitimado especial de um legitimado universal é a chamada pertinência temática que consiste na relação que aquele que está entrando com a ação deve mostrar no que tange ao interesse que ele está defendendo e a norma que ele está questionando. Se há necessidade de analisar qual é o interesse de estar aqui e qual é a sua relação com a norma questionada existe análise da pertinência temática<sup>44</sup>.

Se não há necessidade existe, portanto, uma legitimidade universal. Então todos aqueles que devem apresentar uma relação de causalidade entre um interesse defendido e a norma

---

<sup>44</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 10 de setembro de 2020. Artigo 103, da CF.

questionada deve demonstrar pertinência temática, portanto serão legitimados especiais. Caso não precise demonstrar o interesse da causa, será um legitimado universal.

Adin significa ação direta de inconstitucionalidade genérica porque questiona a constitucionalidade a compatibilidade da norma em face da CF. A competência para conhecer é do STF (artigo 102 I a CF) pois estamos diante de um controle concentrado de constitucionalidade e é incumbido ao órgão máximo do judiciário, aquele que tem a guarda da CF a análise dessa compatibilidade de forma abstrata. Os atos que podem ser objetos de controle por meio de ADIN artigo 102 I A lei ou ato normativo federal ou estadual, ou seja lei municipal não entra nesse tipo de controle por ADIN. Os efeitos da ADI genérica são *ex tunc* e erga omnis via de regra. Ou seja, o STF quando julga uma ADI a decisão que ele proferir terá efeitos *ex tunc*, desta forma, a decisão retroage a data da vigência dessa lei e efeitos erga omnis, produz efeito contra todos. Com relação ao *ex tunc*, entende-se que a norma não é inconstitucional a partir de agora ela já nasceu inconstitucional. Percebe-se então que a natureza decisão do Supremo é declaratória, tendo em vista que impor sanção ao legislativo por ele está legislando seria uma afronta ao princípio dos três poderes, cabendo apenas a fiscalização para que nenhum dos três abuse do poder que lhe foram oferecidos.

Desta forma, a ADI não vincula o legislativo e a si próprio em decisões futuras. Isso porque a prerrogativa de legislar é autônoma então se o legislativo propor alguma lei contra uma decisão em ADI, o STF será chamado para deliberar e vai suspender e fazer com que essa lei seja anulada. A decisão dessa ação possui efeito vinculante apenas para administração pública e judiciário, deixando de fora a própria corte, o efeito é erga omnes, repercussão geral para todos.

O STF pode declara uma palavra uma parte apenas inconstitucional isso se dá tendo em vista o princípio da parcelaridade e a preservação da constitucionalidade das normas. Outro princípio aplicável aqui é o chamado princípio da congruência ou do arrastamento. Se o STF declara a inconstitucionalidade de um artigo e outros artigo dependem logicamente destes. Todos que dependem serão considerados também inconstitucionais. Ademais, outra

competência do Supremo consiste em poder julgar medida cautelar de ADI, neste caso, aderindo a medida, a corte poderá suspender o objeto de ação até o julgamento da decisão.

### 1.5 Controle constitucional sobre a perspectiva da modulação temporal

É natural que esse efeito *ex tunc*, que retroage ao nascimento da norma agindo como se ela nunca tivesse existido, possa causar certos problemas dependendo do caso, isso de acordo com o Daniel Sarmento (2009)<sup>45</sup>. Isto porque as vezes a lei está produzindo efeitos a tanto tempo que ao considerar sua inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* torna prejudicial para certa parcela da sociedade que obteve direitos advindos desta norma inconstitucional. Com isto, percebe-se que é necessário flexibilizar o efeito de uma decisão em casos que o *ex tunc* prejudique a sociedade.

Pensando nisso, em 1999 foram publicadas as leis 9868 e 9882, na qual permitiam que os juízes possam decidir que efeito temporal seria mais cabível diante de um caso. Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro (2003), isso se dá por resguardar a segurança jurídica das relações que foram firmadas<sup>46</sup>. A lei 9882 diz respeito a ADPF, enquanto que a lei 9868 trata da ADI e ADC. Essa aponta para um efeito diferente, o efeito *ex nunc*, no qual a decisão só produzirá efeitos a partir de um determinado momento. Que de acordo com o art. 11 §1 da lei 9868 isso acontecerá quando o Supremo ceder medida cautelar, caso a corte entenda que esse é o melhor a se fazer, caso entenda que a retroação não causará impactos de grande escala que desta forma poderá ter efeitos *ex tunc* a medida liminar<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2009, p. 127.

<sup>46</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, p.77, 2003.

<sup>47</sup> BRASIL, **Lei nº 9.868 de 10 novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em 14 de setembro de 2020.

O artigo 27, desta mesma lei, estipula requisitos para haver modulação temporal nos efeitos de decisões judiciais que só poderá restringir os efeitos ao momento do trânsito em julgado ou em outra ocasião a ser fixado pelos juristas se esta decisão inconstitucional puder causar uma transgressão a segurança jurídica ou por excepcional interesse social. E para que isto aconteça é necessário um quórum de 2/3 dos membros.

#### 1.6 Importância do controle jurídico nos Estados federativos

Quando a constituição que vige atualmente no Brasil foi elaborada instituíram como forma de organização o sistema federativo de governo. Com isto foram criados a união, os Estados membros e os municípios, eles são entes autônomos, ou seja, como já fora supracitado um não pode intervir no outro. Desta forma, compreende-se que essas figuras estão na vertical, todas possuindo características políticas, no qual cada um cuida das suas finanças, das suas políticas públicas, da população de um determinado território.

Devido a existência desse sistema dito acima é necessário um poder neutro, para que esses entes não ultrapassem os poderes que lhe foram conferidos pela Constituição. Essa neutralidade advém dos tribunais no qual tentam manter o equilíbrio entre os entes. Isto porque esse sistema é composto por diversas esferas do poder político descentralizados no qual todos precisam obedecer e seguir os ditos da carta magna. Com isto, fica evidente a necessidade da existência de um órgão que defenda a Carta das possíveis transgressões causadas pelos entes desse sistema que será explicado melhor como funciona no próximo capítulo.

## 2 FEDERALISMO BRASILEIRO

No capítulo anterior foi elucidado o porquê da existência do controle de constitucionalidade e um desses motivos é manter a ordem na federação como fora supracitado. Desta forma, o foco neste capítulo será explanar a teoria do jogo do resgar com o intuito de compreender o federalismo no Brasil e as atitudes dos Estados subnacionais em frente a guerra fiscal. Entretanto, essa teoria não será aprofundada, terá o intuito apenas de mostrar o necessário para o auxílio no entendimento do resultado da pesquisa. Pois o jogo do resgate revela a causa da crise fiscal, o que o Estado faz para chegar na famigerada guerra fiscal.

Este estudo será importante para o quarto capítulo onde será apresentado as decisões do STF e as atitudes dos Estados após essas decisões. Pois com essa análise e com o conhecimento do comportamento desses entes devido a essa teoria, haverá uma arguição melhor delineada dos reflexos das decisões da corte obtendo uma compreensão mais adequada dos impactos que o STF pode ocasionar aos Estados membros nessa situação de concessão indevida de benefício fiscal.

### 2.1 Conceito geral de federalismo

Primeiramente, vale salientar que conforme o exposto pelo doutrinador Geraldo Ataliba (1987), não há um conceito completo e fechado sobre o federalismo. Isso acontece porque cada Estado ao organizar do seu jeito como acontecerá as competências, em como será exercido esse federalismo<sup>48</sup>. Desta forma, o que será conceituado no primeiro momento serão alguns requisitos básicos que são encontrados em federações além da brasileira, a essência para a existência do federalismo em si.

---

<sup>48</sup> ATALIBA, Geraldo. **Constituição e Constituinte: Regime Federativo**. São Paulo: RT, 1987. p. 63.

A propósito do tema, o autor Edward Gibson (2004) entende que a essência desse sistema se encontra na descentralização política e econômica, sendo um Estado que possui a pretensão de distribuir esses poderes a todos os entes ao invés de concentrar tudo em um único ente denominado de Estado central<sup>49</sup>. Além disso, como primeiro conceito pode-se afirmar que o federalismo é uma forma de Estado e não de governo, isso já revela quais serão os aspectos que esse modelo irá atuar dentro de um Estado.

A forma de Estado nada mais é do que a maneira que o Estado escolhe de se organizar internamente podendo essa organização ser de caráter unitário ou federal. Na forma de Estado unitário não há uma descentralização interna com atribuições para pessoas com competências próprias e autonomia nos termos do documento constitucional<sup>50</sup>. Isso não significa dizer que no Estado unitário não há uma descentralização geral, o que não se tem é a descentralização do próprio Estado da própria estrutura desse Estado. A uma descentralização meramente administrativa em um Estado unitário. Desta forma, não há autonomia com competências próprios, com funções de Estado legislativo, executivo e judiciário própria a essa organização interna.

Entretanto, no modelo federal Oswaldo Aranha (1948) diz que tem se internamente uma descentralização não só administrativa mais também uma descentralização política<sup>51</sup>. Isso significa que descentraliza também as funções que decorrem do poder legislativo, executivo judiciário principalmente as funções das duas primeiras. Em um Estado federal internamente os entes ou pessoas criadas vão ter poder legislativo e executivo próprio.

Com isto, entende-se que existe uma esfera de poder dentro desse Estado unitário que é muito mais poderosa que as demais, o que não ocorre no Estado federal. Ou seja, o federalismo nada mais é do que a união de coletividades políticas que são autônomas, diversas coletividades

---

<sup>49</sup> GIBSON, Edward. **Federalism and Democracy in Latin America: Theoretical Connections and Cautionary Insights**. Baltimore: Johns Hopkins University, 2004, s/p.

<sup>50</sup> GIBSON, Edward. **Federalism and Democracy in Latin America: Theoretical Connections and Cautionary Insights**. Baltimore: Johns Hopkins University, 2004, s/p.

<sup>51</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**, São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948, p. 102.

políticas diferentes esferas se unem em um Estado federal, sem que cada uma dessas entidades perca sua autonomia<sup>52</sup>.

Conforme o entendimento do doutrinador Ricardo Lobo (2000, p. 297) “O federalismo é princípio constitucional orçamentário geral. Penetra em todos os princípios específicos vinculados à justiça e à segurança”<sup>53</sup>. Outro doutrinador que também expressa um conceito para o federalismo é o Oswaldo Aranha (1948) que compreende que esse pacto federativo é sustentado pela constituição ao constituir uma nova forma de organização política<sup>54</sup>. Assim como todas as regras para a formação do Estado, essas também são criadas pela própria lei fundamental. Com isto, percebe-se que para alguns autores a prioridade da constituição em instituir esse modelo de organização encontra-se no orçamentário, na autonomia do poder financeiro que cada ente possuirá. Enquanto, por outro lado há doutrinadores que acreditam que a prioridade está na autonomia do poder político e administrativo que todos os entes terão.

Entretanto o que todos os discursos têm em comum é o fato de que ser um Estado federalista é ser um Estado dotado de poderes fragmentados e divididos tornando todos os estes autônomos. Porém isso não os tornam soberanos, são autônomos perante a constituição onde além de auferir poderes, competências e atribuições também lhes dão limites. Vale fortificar que é poder da suprema corte de fiscalizar os entes, para que eles mantenham se dentro dos limites constitucionais.

### 2.1.1 Características comuns de toda federação

Com relação as características comuns desse modelo de Estado e com o que foi visto até aqui, dá para perceber algumas dessas características. Uma delas é essa descentralização do

---

<sup>52</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**, São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948, p. 102.

<sup>53</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Orçamento na Constituição**. Vol. 5. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 297.

<sup>54</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**, São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948, p. 110.

poder político, pois, como já fora supracitado, para esse tipo de Estado não há o controle de todo poder em um único ente, sendo essa uma característica que consegue apreciar em diversos modelos de federações. Outro requisito básico advém dessa, que é a autonomia das unidades federativas. Autonomia essa que está conectado ao poder da autocriação, que é ter a faculdade do ente criar sua própria constituição<sup>55</sup>. Essa divisão de poder junto com a autonomia de reger seu território do modo que quiserem levando em consideração os limites constitucionais criam-se as repartições de competências.

Pois a Carta Magna possui uma série de competências a serem supridas e com essa forma de Estado acaba por distribuí-las aos entes federativos<sup>56</sup>. Surgindo dessa forma o critério de igualdade (pode ser simétrico, que é quando há um tratamento igualitário fortalecendo a desigualdade ou assimétrico no qual há tratamentos desiguais para entes desiguais procurando diminuir as desigualdades) de que todos possam evoluir cooperando juntos, sem falar de competição, tendo em vista que isso pode abalar esse espírito de união. Pois se compreende que se tiveram a intenção de se unirem, foi para serem mais fortes, com o intuito de evoluírem juntos, não fazendo sentido haver competitividade extrema<sup>57</sup>.

Desta forma, apesar de haver diferenças entre cada Estado que adotou esse modelo como no caso da federação brasileira e do modelo norte americano, dá para reconhecer as características comuns<sup>58</sup>. A federação norte americana se deu num momento diametralmente oposto da federação brasileiro, porque nos EUA teve se historicamente um movimento de agregação de soberania, ou seja, os territórios independentes, que eram chamados de 13 colônias uniram-se para formar uma coisa só um Estado único. Movimento que se deu de fora para dentro, chamado de centrípeto<sup>59</sup>. Já no Brasil houve um acontecimento oposto, primeiro teve se um Estado único ligado a Portugal e que posteriormente foi internamente subdividido

---

<sup>55</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, Editora Saraiva, 2000, p. 848.

<sup>56</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, Editora Saraiva, 2000, p. 850.

<sup>57</sup> REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Federalismo Numa Visão Tridimensional do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 13.

<sup>58</sup> RAMMÊ, Rogério Santos. **O federalismo em perspectiva comparada: contribuições para uma adequada compreensão do federalismo brasileiro**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 10, n. 4, p. 2303, 2015.

<sup>59</sup> DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4ª edição, tradução Hermínio A. Carvalho São Paulo: Martins Fontes (Coleção justiça e direito) 2002. p. 470.

para fins do exercício de suas atividades próprias do Estado. Desta forma o movimento aqui foi de dentro para fora, chamado de centrífugo<sup>60</sup>.

Porém, independentemente de qual seja o modelo de federação, todas as federações possuem características comuns como a descentralização político administrativa, pois não basta que haja uma descentralização de gestão, há essa outorga de repartição de competência que também estão ligadas as funções inerentes ao Estado. Além dessa repartição de competência que é própria da ideia do modelo federal, tem se o documento único que vá reger a regra comum de todos esses entes criados. Ou seja, uma constituição como a que outorga essas atribuições, essas competências garantindo assim a autonomia e o equilíbrio dessa descentralização<sup>61</sup>.

Vale ressaltar mais um motivo para haver uma constituição rígida, além da que foi explicitada no capítulo anterior. Existe uma necessidade de ter um documento que valha para todos os entes em todas as esferas, sendo o mais ideal uma constituição forte que seja mais importante do que qualquer outro documento que venha ser criado posteriormente<sup>62</sup>. É por isso que a Lei Fundamental é rígida, fortalecido como base jurídica, mantendo dessa forma tanto o ordenamento jurídico quanto a federação em equilíbrio e segurança.

Outro aspecto geral é a inexistência do direito de secessão que há nos entes de uma mesma federação. Essa privação diz respeito a indissolubilidade, pois uma vez que começa a fazer parte desse modelo não há mais meios para dissolver esse pacto<sup>63</sup>. Compreende-se que todas as unidades federativas estão condicionadas ao Estado como um todo. Ou seja, a soberania é apenas do Estado federal, já os membros internos desse Estado, que nesse caso chamamos de entes detêm apenas a autonomia.

---

<sup>60</sup> RAMMÊ, Rogerio Santos. O federalismo em perspectiva comparada: contribuições para uma adequada compreensão do federalismo brasileiro. **Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí**, v. 10, n. 4, p. 2307, 2015.

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 851.

<sup>62</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 247, 248 e 1051.

<sup>63</sup> BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. **Novos rumos do federalismo**. Revista brasileira de estudos políticos, v. 56, janeiro, 1983. p. 90.

## 2.2. Breve relato do federalismo no Brasil

De acordo com o primeiro artigo da constituição de 1998 o modelo de forma de Estado escolhido para o atual ordenamento jurídico brasileiro foi o federal<sup>64</sup>. Isso significa que haverá uma descentralização tanto no âmbito político quanto no administrativo conforme foi determinado na Lei Fundamental<sup>65</sup>.

Neste artigo supracitado percebe-se que também aborda a questão da autonomia, essa liberdade constitucional regrada, deixando transparente essa temática ao declarar que cada um desses entes que nesse caso serão a união, os Estados, o distrito federal e os municípios serão autônomos entre si. Essa autonomia que esse artigo garante nos entes da federação é confirmada por outros dispositivos desse mesmo documento.

De acordo com o Gilberto Bercovici (2004) afirma que autonomia é a possibilidade de se manter com seus próprios recursos<sup>66</sup>. Desta forma, quando não ha os próprios recursos livres de verdade o exercício de autonomia fica prejudicado. Com isto, além da Carta Magna estabelecer diversas atribuições, tarefas e prerrogativas próprias, também outorgou respectivas fontes de custeio para que os entes consigam realizar seus deveres com autonomia. É por isso que a autonomia é composta de atribuições juntamente com aptidão de também ter a fonte de custeio para fins de realização de todas essas atividades. Desta forma, todos os entes da federação podem cobrar tributos nos termos do artigo 145 da lei maior, pois será da tributação

---

<sup>64</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 23 setembro de 2020. Artigo 1º da CF.

<sup>65</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 23 setembro de 2020. Art. 18. A organização **político-administrativa** da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (Grifo nosso.)

<sup>66</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.

que esses entes extrairá os recursos necessários para fins de manutenção de toda estrutura e para que assim realize todas as atribuições que o título 3 da CF está lhe outorgando<sup>67</sup>.

No Brasil a constituição consagra uma parte das funções para união, outro para os Estados e outro pedaço de funções para os municípios<sup>68</sup>. Evidenciando dessa forma a existência da repartição de competência entre os entes federativos. Entretanto, essa repartição não acontece apenas com relação a divisão de atribuições, mas também quanto a fonte de receita advindas de impostos<sup>69</sup>. Isso significa que uma porcentagem dos impostos da união é repassada para os Estados membros e uma porcentagem dos tributos recolhidos pelos Estados são repassados para os municípios que contribuíram de alguma forma para com o recolhimento de tributos estatais<sup>70</sup>.

Uma constituição rígida com base jurídica que garante a autonomia dos entes está consagrada no artigo 1º da lei maior que fala que a república federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel<sup>71</sup>. Ou seja, essa constituição garante a rigidez do Estado federado como já fora supracitado. Também, neste mesmo artigo há uma inexistência do direito de secessão, os entes federativos não podem se separar. Desse modo, se eventualmente um dos Estados membros quiser constituir um país independente será motivo para uma intervenção, uma guerra pois não há direito de um ente federativo sair do Estado federal.

A propósito do tema, há também a possibilidade de intervenção, exatamente para garantir as características a existência desse Estado federal. Todavia, para haver uma interferência da união nos Estados, por exemplo, é necessário que seja em casos excepcionais

---

<sup>67</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 23 de setembro de 2020. Art. 3º da CF.

<sup>68</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 23 de setembro de 2020. art.22, competência privativa da União, art. 25, competências aos Estados membros, art. 29, competências dos Municípios art. 32, competências ao Distrito Federal.

<sup>69</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.) **Direito Tributário**. Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 908

<sup>70</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 849

<sup>71</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 23 de setembro de 2020.

como última alternativa e com intuito de “auto preserva da desagregação” como aponta os doutrinadores Mendes, ciclano e fulano (2008)<sup>72</sup>. E por fim nos Estados federais em geral existe um órgão responsável por ser o guardião da constituição é expressa previsão constitucional, o STF, como já fora citado no capítulo anterior.

Como já fora enunciado anteriormente é necessário haver formas de controlar, de fiscalizar, os poderes independentes, pois só assim esse sistema seria viável. Como se sabe em 1988 no Brasil houve o nascimento de um novo ordenamento jurídico, no qual instituiu como forma de Estado o federalismo, dividindo o poder que no início dos governos brasileiros eram centralizados na mão se uma única pessoa passando agora há uma criação de entes para repartir esse poder.

Em geral o país tem duas esferas de soberania que seriam o poder central e o poder de províncias e ou departamentos. Entretanto no Brasil há três esferas de soberania, de coletividade políticas autônomas, a união; os Estados e; os municípios.

O federalismo foi introduzido pela Lei maior conferindo um sistema de governo descentralizado, isso significa que todos os entes federados possuam autonomia para governar e de acordo com CARVALHO (2014) a grandeza territorial do Brasil é um dos fatores pelo qual esse sistema é a melhor escolha. Pois cada ente ficaria responsável por um território, podendo a sociedade, dessa forma, ser atendida de todos os cantos do Brasil.<sup>73</sup>

O federalismo foi instituído no Brasil em 1889 quando da proclamação da república, pois quando mudaram a forma de governo da monarquia para a república, se teve a necessidade da implementação de um Estado Federal. Todavia em âmbito constitucional apenas em 1891

---

<sup>72</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.851

<sup>73</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Descompasso entre a Federação brasileira e a realidade nacional**. In: \_\_\_\_\_. **Guerra Fiscal: Reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. São Paulo: Noeses, 2014. p. 203.

que foi estatuído o Estado federal no ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, de fato, desde 15 de novembro de 1889, porem juridicamente falando em âmbito constitucional desde 1981.

Isso deu continuidade em todas as demais constituições, muito embora em certos momentos essa forma de Estado tenha sido de um federalismo de faixa, como o exemplo do Estado novo e também diante da ditadura militar. Entretanto em 1988 já com o Estado federativo e republica restaurados o artigo 1º da Lei Maior preconiza que a república federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados municípios e distrito federal. Já o artigo 18 desse mesmo documento traz quem são os chamados entes federativos dessa republica, ele aduz que existem três esferas de soberania, como já fora supracitado, e existem quatro entes federativos, união, Estados, municípios e distrito federal.

Além da inexistência do direito de secessão que é também o que o artigo primeiro confirma. Ou seja, a república federativa do brasil é formada pela união indissolúvel, não dá para separar os entes que compõem a federação<sup>74</sup>. A chamada indissolubilidade do pacto federativo também prevista na nossa constituição como uma clausula pétrea<sup>75</sup>.

Todos eles são autônomos e essa autonomia está intimamente relacionada, corresponde com a organização; legislação; governo e; administrativo.

Na organização cada ente se organiza como bem entender, a união se organiza pela constituição federal, os Estados se organizam pelas constituições estaduais, os municípios se organizam pelas leis orgânicas. Cada um tem um documento próprio de organização. E o Distrito Federal se organiza também por leis orgânicas, mesmo não sendo um município.

---

<sup>74</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 23 de setembro de 2020. Art. 1º CF.

<sup>75</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 23 de setembro de 2020. Art. 60º CF.

Já na Autonomia legislativa, ou seja, dentro de sua competência, eles podem legislar sobre determinados assuntos a hora que eles bem entenderem, além disso existe a autonomia de governo no qual cada ente federativo tem seu representante de governo, quem governa a união é o presidente da república, os Estados têm o governador como representante e os municípios tem os prefeitos. No Distrito Federal quem governa é o governador.

Essa autonomia de governo existe porque cada um dos entes pode ter o governante que bem entender, não existe uma vinculação. Se o presidente da república for de um determinado partido não há necessidade nem obrigatoriedade para os governadores e prefeitos também terem que ser do mesmo partido.

Autonomia administrativa, as competências que a constituição federal atribui aos entes podem ser instrumentalizadas da forma como eles preferirem eles podem criar uma pessoa jurídica por desempenho de um serviço público, uma autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou podem eles mesmos prestarem determinados serviços públicos, o que deferência o método são os próprios entes. Eles escolhem a maneira que vão administrar, é por isso que em um determinado Estado uma autarquia é responsável pelas rodovias e em outro Estado é o próprio Estado que presta o serviço de conservação de rodovia, ou seja, varia de Estado para Estado.

O documento que vai literalmente dizer que cada um deve fazer, que se der mais poder para um do que para outro, a possibilidade de um atuar e o outro submeter, não estaria falando propriamente de uma atuação autônoma, a atuação equilibrada e sim um subordinando ao outro que descaracterizaria a própria ideia de federação. É até por isso que a competência que a constituição estabelece é indelegável quando um este recebe da federação uma competência, não se pode delegar porque para fazer isso seria utilizado como dispositivo uma lei e a discussão é se poderia uma lei alterar um dispositivo constitucional.

Dito isso, é o documento constitucional prevalecendo sobre qualquer outro instrumento jurídico. Garantindo a estabilidade dos entes da federação e a distribuição das competências. Também inexistência do direito de secessão que é a ideia de insolubilidade do pacto federativo.

A partir do momento em que nós estabelecemos um pacto com este modelo, não é possível sair deste pacto. Isso não significa que não possa ter internamente uma redistribuição de como será organizado a casa de modo interno. Mas não pode ninguém sair, parcela desse pacto literalmente romper este pacto e querer ser independente, isso não é admitido.

O Estado Federal como soberano e os membros como autônomos. Essa soberania é a liberdade de fazer o que quiser sem limitação interna e externa, já a autonomia é a liberdade dentro dos limites que a constituição estabeleça. A CRFB é soberana, mas os entes são autônomos. Ou seja, tem liberdade, mas dentro de um certo limite, limite esse estabelecido pela Lei Maior. É por isso que para elaborar a constituição o poder constituinte originário não encontra limites porque o exercício do poder do Estado soberano. Agora os entes que o próprio documento constitucional criou esses sim estão limitados pelo próprio documento constitucional.

A possibilidade de auto-organização em âmbito interno, inclusive em especial com auto-organização dos Estados membros por meio de constituições estaduais tem se ainda a respectiva fonte de custeio. Com isto, não adianta ter um monte de atribuições se não há condições de realiza lá. Ou seja, distribui-se as competências, mas também estabelece respectiva fonte de custeio.

Os Estados membros precisam conseguir bancar tudo o que precisa ser feito que a famigerada repartição de receitas e além das competências tributarias e por fim um ajuda o outro no modelo federalista<sup>76</sup>. Ou seja, um ente colabora, auxilia, ajuda, teoricamente não deveria ter competição é a busca do equilíbrio e cooperação entre todos os que internamente foram criados perante o poder central que seria literalmente o poder do Estado soberano<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 27 de setembro de 2020. Art. 157º e 159º da CF.

<sup>77</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 27 de setembro de 2020. Art. 23º, art. 43º, art. 151º, “i”, art. 155º, “i”, “b”, §2º, VI, XII, “g” da CF.

### 2.3 Jogo do resgate

Nesta teoria percebe-se que a idealização de um Estado Fiscal cooperativo e colaborativo no intuito de erradicar as desigualdades regionais e implementar o equilíbrio federalista no Brasil encontra-se apenas no mundo das ideias. Isso porque esse estudo desenvolvido por Hamilton, Madison, Rodden entre outros, busca entender o real motivo da guerra fiscal, o porquê de os Estados falirem, qual é o pilar para roda estar sempre girando<sup>78</sup>. E o objetivo aqui não é aprofundar nessa teoria, e sim elucidar pontos que serão necessários para uma melhor compreensão da pesquisa que será discutida.

Primeiramente esse jogo do resgate trata do “ciclo vicioso de irresponsabilidade fiscal” conforme Andrea e Gustavo (2018 p. 642) expressam<sup>79</sup>. Isso porque os Estados buscam a todo momento se manter autônomos no âmbito financeiro para manter o que foi prometido, fazer uma boa governança no primeiro mandato para poder voltar no segundo, e para conseguir tais recursos acaba se endividando, pegando empréstimos entre outros comportamentos irresponsáveis como a concessão exacerbada de benefícios fiscais, a própria concessão indevida como será explicado posteriormente. E isso vira uma bola de neve, pois o Estado fica o tempo inteiro buscando possuir mais recursos financeiros, pois não consegue arrecadar o suficiente para pagar os empréstimos e para manter suas políticas públicas.<sup>80</sup>

De acordo com o pensador Dalby (2005) há duas formas de haver o desequilíbrio fiscal, de modo horizontal que é a briga incessante dos Estados entre si disputando por indústrias e o ciclo fica em o Estado querer aumentar sua economia, resolver criar benefícios fiscais para atrair o investimento privado desejado retirando de outra região, o outro Estado prejudicado

---

<sup>78</sup> ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. **O Supremo Tribunal Federal como Árbitro ou Jogador? As Crises Fiscais dos Estados Brasileiros e o Jogo do Resgate**. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, 2018, p. 637.

<sup>79</sup> ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. **O Supremo Tribunal Federal como Árbitro ou Jogador? As Crises Fiscais dos Estados Brasileiros e o Jogo do Resgate**. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, 2018, p. 642.

<sup>80</sup> TAVARES, Marcus. **Vinte anos de política fiscal no Brasil: dos fundamentos do novo regime à Lei de Responsabilidade Fiscal**. Revista de Economia & Relações Internacionais, v.4, n7, 2005, p.84.

ajuíza uma ADI, trazendo o STF para o problema com o intuito de que esse considere inconstitucional a prática do primeiro Estado<sup>81</sup>.

Entretanto muitas das vezes a empresa acaba não voltando para a região anterior, permanece no novo Estado, com isto o ente que perdeu acaba por criar outro incentivo para tentar recuperar os danos causados com a saída daquela empresa de seu território. E esse ciclo consiste nesse toma lá da cá, uma disputa incessante por desenvolvimento econômico. E essa atitude revela que na prática eles são competitivos e como Hamilton já elucidava em sua época sobre os possíveis riscos do federalismo, ele estava retratando exatamente esse desequilíbrio fiscal que vivemos atualmente<sup>82</sup>.

A outra forma é a vertical, que é quando o desequilíbrio é causado pela relação dos Estados subnacionais para com o Estado central. Este caso também se trata de irresponsabilidade fiscal, mas por dependência, os Estados agem como se independentemente do qual falido eles possam ficar o Estado central sempre estará ali como último recurso para a salvação da crise. Ou seja, os Estados nessa sede por autonomia, acabam tomando medidas duvidosas sabendo que se não der certo o Estado central o ajudará a sair dessa. Todavia o que importa para essa monografia é a dinâmica horizontal.

Na dinâmica horizontal vê-se governadores se preocupando apenas com seu mandato, analisam o que precisa ser feito para conquistar os objetivos de interesse público. O problema é que as consequências das medidas que foram tomadas para ter sucesso do seu governo costumam demorar para aparecer, surgindo no mandato de um outro governador e esse para não ter sua imagem manchada, pois a população colocara a culpa da crise nele, ele adquire um comportamento prejudicial para o Estado ao empurrar a crise para debaixo do tapete até não ser mais possível escondê-lo.

---

<sup>81</sup> DALBY, Simon. **Political space: autonomy, liberalism, and empire. Alternatives**, v. 30, n. 4, 2005, p. 435.

<sup>82</sup> HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787-1788**. Tradução Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 132, 1993.

E o que tudo o que foi dito até aqui tem a ver com esse objeto de pesquisa, é que essa prática denominada de guerra fiscal, de serem competitivos abalando com o federalismo, essa falta de harmonia entre os Estados se dá por estarem o tempo inteiro tentando alcançar a autonomia custando o que custar, pegando essa desculpa para justificar suas medidas irresponsáveis gerando, desta forma, um ciclo de crise que não acaba. Pois ao achar que “roubar” a economia do outro é uma solução viável acaba por ir contra toda a estrutura que o federalismo representa dita acima, esquecendo que o Estado federalista é mais que um bom mandato.

Ou seja, não adianta ter essa briga interna pois no final quem sai perdendo é própria Nação. Isso se dá porque não houve de fato uma melhora na economia, pois sempre tem um subnacional necessitando da ajuda do Estado Central por não conseguir se manter e a competitividade entre os Estados só dificulta mais ainda esse processo. E então, como o controle judicial é uma das bases de sustentação desse regime federal, a pesquisa irá tentar validar a hipótese desse trabalho. Pois será que o STF vindo para salvar a federação de fato é suficiente para trazer ordem e consciência para os subnacionais fazendo-os reduzirem com essa prática algo destrutivo e egoísta?. Como foi delimitado o tema, o único problema que será avaliado é a concessão indevida de benefícios fiscais e antes de começar a analisar as decisões do STF e conseqüentemente a atitude do Estado perante a corte, será abordado no próximo capítulo o que é de fato o benefício fiscal, o que é o ICMS, quais os limites constitucionais para a concessão de incentivos fiscais.

### 3 BENEFÍCIOS FISCAIS, ICMS, GUERRA FISCAL E CONFAZ

#### 3.1 Benefícios fiscais

O benefício fiscal é um regime especial que pode isentar totalmente um imposto ou somente uma parte dele através de legislação específica podendo atingir somente uma mercadoria ou uma operação. Com isso, consiste em uma prática do Estado em abrir mão da arrecadação do imposto, nesse caso o ICMS, por inteiro ou pela metade com a intenção de autodesenvolvimento econômico ao ofertar um benefício tributário no intuito de atrair alguma indústria para seu território<sup>83</sup>. Assim sendo, esse benefício tem como escopo incentivar a instalação de empresas no Estado que está dando a oferta, pois a chegada deles nesse território propulsiona a economia ao trazer junto consigo empregos entre outros benefícios para a sociedade e para o Estado. Assim sendo, Cretella Júnior (1993 apud TRAMONTIN, 2008, p. 110), afirma que <sup>84</sup>:

(...) Incentivo é a segunda das funções exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, aliás, a mais moderna forma da presença do Estado na economia. Os incentivos podem ser de natureza não fiscal, como ocorre nos casos de doações de áreas a empresas para a exploração de atividades econômicas – industriais, comerciais, de exportação e importação – ou de natureza fiscal, como as isenções de tributos a empresas, em pleno funcionamento, quando se trata de atividade que interesse à região ou ao País.

São duas as funções que pode se ter o incentivo, sendo eles a fiscalidade e a extrafiscalidade. Segundo André (2010), aquela tem a ver com a alteração de recursos do setor privado para o público sendo que a outra função aborda as ferramentas dadas pelo Estado para influenciar os contribuintes a tomarem medidas, a se comportarem de uma forma vantajosa para os interesses Estatais <sup>85</sup>. Dentro dessa extrafiscalidade o Estado procura desestimular

---

<sup>83</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e a crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 103.

<sup>84</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**, v. Rio de Janeiro: Forense, 1993. Apud TRAMONTIN, Odair. **Incentivos Públicos a Empresas privadas e Guerra Fiscal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 110.

<sup>85</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e a crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 105.

determinadas práticas com o aumento elevado de certo tributo, e para encoraja outras acaba utilizando da diminuição do tributo.

E é aqui que esse trabalho irá focar, nessa atuação do Estado em encorajar os colaboradores. Pois, para isso os entes possuem diversos mecanismos como é o caso do crédito presumido, remissão, redução de alíquota, isenções, entre outros métodos de impulso fiscal. Pois com a utilização desses artifícios os entes conseguem viabilizar para a sociedade uma gama maior de empregos, além de haver um aumento no consumo local. Tendo em vista que, com o aumento de pessoas empregadas haverá dentro desse território, mais indivíduos com poder de compra e com isto haverá conjuntamente um fomento no desenvolvimento da economia desta região que adotou essa manobra que é denominada de benefício fiscal<sup>8687</sup>.

Conforme o pensamento de Morsch (2006) essa pratica é uma forma de reajustar o nivelamento econômico entre os entes. Pois é fato que o desequilíbrio existe, há Estados que possuem uma maior concentração de recursos do que outros. Então, encontrou-se nos incentivos fiscais uma maneira de erradicar essa desigualdade que existe entre os entes<sup>88</sup>. Ou seja, a utilização dos incentivos é válida, há em diversas normas a autorização dessa ação. Nota-se que isso preserva a autonomia, pois como já fora elucidado no tópico anterior, sem dinheiro não há como exercer sua autonomia, então é necessário obter artifícios para garantir a autonomia no âmbito financeiro e o incentivo fiscal é uma das alternativas para isso<sup>89</sup>.

Quanto a quem pode conceder esses benefícios a Constituição compreende que será o mesmo ente que tem a competência para instituir aquele determinado tributo. Um exemplo estaria no próprio ICMS, no qual o ente responsável são os Estados membros, logo apenas eles

---

<sup>86</sup> TRAMONTIN, Odair. **Incentivos públicos a empresas privadas e guerra fiscal**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 112.

<sup>87</sup> Em diversos momentos da norma jurídica encontra-se expressões como incentivo, auxílio, estímulo entre outros no intuito de se referir ao benefício fiscal.

<sup>88</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 02 de outubro de 2020. No artigo 165, §7º da Constituição expressa que “Os orçamentos previstos no §5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de **reduzir desigualdades inter-regionais**, segundo critério populacional.” (grifo nosso).

<sup>89</sup> MORSCH, Natália de Azevedo. **Justiça fiscal e neutralidade fiscal: a questão do ICMS nas operações interestaduais**. 2006. 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifca Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 143.

poderão ceder incentivos aos contribuintes desse imposto, conforme expressa o artigo 150, §6º, e EC nº. 3 de 1993 que além disso, aponta o documento necessário para isso que em regras gerais será a lei específica que cuidará desse assunto. Todavia, quando o assunto é o ICMS, a regra muda, pois nesse caso, de acordo com o artigo 155, §2º, XII, 'g', o processo será por intermédio de uma lei complementar, além de ser necessário a mediação dos demais estados membros tanto para a revogação quanto para concessão desses incentivos fiscais. A propósito do tema Odair (2008, p. 112) reforça o entendimento do que foi elucidado acima ao afirmar que<sup>90</sup>:

O que deve ficar claro é que sempre deve haver a indicação dos beneficiários, a finalidade da concessão, as condições para a fruição, o prazo da vigência e o montante dos benefícios concedidos. É indispensável que, após a concessão dos benefícios, o Poder Público faça uma adequada fiscalização para aferir a sua efetiva aplicação em prol da recuperação econômica regional ou setorial, bem como do fortalecimento da economia nacional.

Isso evidencia que atualmente o Estado é considerado um Estado fiscal devido ao fato de necessitar da arrecadação dos tributos para conseguir manter a instituição, a administração e as políticas públicas<sup>91</sup>. Conforme doutor Jose Péricles (2017) disse no seu discurso na palestra da FGV SP sobre Modulação de efeitos pelo STF e seus reflexos na matéria tributária “ De acordo com Thomas Nagel Sem Estado não há instituições, não há direito, não há mercado, Estado sem tributo não é Estado”<sup>92</sup>.

No que tange os limites constitucionais quanto a concessão de benefícios fiscais no âmbito do ICMS, esse limite encontra-se na cumulatividade que neste caso significa que é necessário obedecer aos requisitos impostos pelo ordenamento jurídico a fim de não ultrapassar o limite constitucional. E os requisitos são, criar o benefício através de uma lei ordinária, a pessoa competente para isso ser os Estados e o distrito federal, além disso é necessário haver uma aprovação no CONFAZ, que será abordado mais a frente, precisa ter uma mediação dos demais Estados membros, além de ter que seguir com as imposições da Lei Complementar 24/1975.

---

<sup>90</sup> TRAMONTIN, Odair. Incentivos públicos a empresas privadas e guerra fiscal. Curitiba: Juruá, 2008, p. 112.

<sup>91</sup> ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal, mobilidade financeira e a crise do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 103.

<sup>92</sup> PÉRICLES, JOSE. **Modulação de Efeitos em Matéria Tributária**. Canal FGV DIREITO SP. 7 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VQj--sKertU&t=3400s>. Acesso em 18 de março de 2020.

Desta forma, por mais que a competência da criação dos incentivos seja do Estado, é o convenio que tem o poder de aceitar ou declinar o pedido. Valendo ressaltar que para acontecer o aceite é necessário voto unanime dos demais Estados membros presentes na sessão. Pois esse benefício acaba por afetar as demais regiões, por isso a inevitabilidade de um convenio para os demais estados subnacionais deliberarem sobre o assunto em pauta.

### 3.2. Um breve relato do imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS.

O ICMS como pode ser deduzido com o nome desse subtítulo faz parte de uma parcela de tributos denominado de imposto. Então, antes de explorar as peculiaridades desse tributo será necessário abordar o conceito de imposto que conforme consta expresso no artigo 16 do Código Tributário Nacional – CTN, o imposto é uma espécie de tributo que visa através do fato gerador criar obrigações. Este fato gerador é constituído a partir de situações relativas ao cotidiano do contribuinte independentemente de qualquer atividade estatal. Seu conceito é complementado pelo artigo 167, IV, da Constituição Federal de 88, in verbis<sup>93</sup>:

Art. 167. São vedados: (...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

O doutrinador Aliomar Baleeiro (2018, p. 261)<sup>94</sup> possui um entendimento no qual o imposto nada mais é uma prestação paga pelos contribuintes a fim de poder sustentar as diversas

---

<sup>93</sup> BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 196. **Código de Tributário Nacional**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 02 nov. 2019.

<sup>94</sup> BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, ed: 14ª, 2018, p. 261. Disponível: <https://docero.com.br/doc/c15s1v>. Acesso em: 03 nov. 2019

políticas públicas com o objetivo de atender os interesses da sociedade. Ele afirma que “[...] sem que lhes assegure qualquer vantagem ou serviço específico em retribuição desse pagamento”. Ou seja, pelo fato da arrecadação advinda deste tributo específico não possuir um destino específico, pode com isto ser administrado para qualquer fim estatal.

No entender de Francesco Tesouro (2017, p.21)<sup>95</sup> o imposto é “um fato econômico posto ser do sujeito passivo, sem qualquer relação específica com uma determinada atividade de ente público. É um evento no qual são estranhos o ente e a atividade pública”. Desta forma, os impostos são tributos cuja o fato gerador é uma situação desvinculada de uma atividade estatal. Ou seja, representa um agir do contribuinte, e cuja receita arrecadada não pode ser afetada. Não está atrelada a qualquer gasto específico, salvo as exceções previstas na própria constituição.

Isto ocorre porque os impostos se prestam a financiar as atividades comuns do Estado. Como são atividades que não podem ser imputadas a um contribuinte específico ou a um grupo de contribuintes específicos, todos são chamados a contribuir com o financiamento dessas atividades. Um exemplo seria a segurança pública, não é possível identificar qual cidadão usou ou não da segurança pública ou em que medida se deu esse uso, como é um serviço geral prestado a toda coletividade e usufruído por ela, todos devem ser chamados para financiá-lo<sup>96</sup>.

Por essa razão, como as atividades gerais não são prestadas diretamente a figura do contribuinte, mas a coletividade, não pode o fato gerador do imposto ser um agir do Estado, ainda como são diversas as atividades gerais desempenhadas pelo Estado também não são possíveis afetar a receita oriunda da arrecadação dos impostos que devera custear todos os gastos estatais. E mesmo que aja exceções na própria constituição federal, vinculando a receita dos impostos, ainda sim, essas afetações representam gastos comuns a toda coletividade como saúde e educação.

---

<sup>95</sup> TESAURO, Francesco. **Instituições de Direito Tributário**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2017, p. 21.

<sup>96</sup> ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. São Paulo: Método, 2016, p. 45. Disponível em: [https://www.academia.edu/29070636/Direito\\_Tribut%C3%A1rio\\_Esquematizado\\_-\\_Ricardo\\_Alexandre?auto=download](https://www.academia.edu/29070636/Direito_Tribut%C3%A1rio_Esquematizado_-_Ricardo_Alexandre?auto=download). Acesso em 04 nov. 2019. Ricardo Alexandre exemplifica o conceito de imposto com uma afirmativa dita por muitos contribuintes, que é: ‘ não se deve pagar o IPVA, caso as rodovias estejam esburacadas’ essa é uma afirmativa errônea tendo em vista que pelo fato de não haver vínculo entre o imposto e atividade estatal.

Por tanto, mesmo quando há afetação da receita dos impostos em que o constituinte priorizou certos gastos em detrimento de outros ela ainda é utilizada para financiar as despesas gerais do Estado. Conforme o entendimento de Ricardo Alexandre (2017)<sup>97</sup> os impostos então têm como fato gerador uma manifestação de riqueza do contribuinte e o produto de sua arrecadação destina-se a gastos gerais de toda coletividade<sup>98</sup>, por não ser um tributo que nasce da relação contraprestacional, como os demais tributos, o pagamento de impostos não exige uma contraprestação por parte do Estado.

### 3.2.1 Conceito de ICMS

O ICMS é um imposto de operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação e é de competência dos Estados e do Distrito Federal, conforme o inciso II do Artigo 155 da Constituição Federal. Sua regulamentação profissional está prevista na Lei Complementar nº 87/ 1996, a chamada lei Kandir, alterada posteriormente pelas leis complementares nº 92/1997, nº 99/1999 e nº 102/ 2000.

É um tributo que incide sobre circulação de produtos como eletrodomésticos, alimentos, serviços de comunicação e de alimentos, serviços de comunicação e transporte intermunicipal e interestadual, entre outros. Desta forma, acaba se tornando um dos principais impostos ao obter uma porcentagem significativa para que sozinho consiga uma arrecadação considerável para a manutenção estatal.

---

<sup>97</sup> ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. São Paulo: Método, 2016, p. 47. Disponível em: [https://www.academia.edu/29070636/Direito\\_Tribut%C3%A1rio\\_Esquematizado\\_-\\_Ricardo\\_Alexandre?auto=download](https://www.academia.edu/29070636/Direito_Tribut%C3%A1rio_Esquematizado_-_Ricardo_Alexandre?auto=download). Acesso em 04 nov. 2019.

<sup>98</sup> O autor traz aqui uma ideia de solidariedade social, onde as pessoas ao manifestarem suas riquezas em diversas situações uma pequena parte é repassada para os entes competentes para que estes recursos sejam usados em prol de toda coletividade, possuindo assim caratêz contributivo.

De acordo com o entendimento de Aliomar Balleiro (2018)<sup>99</sup>, a constituição Federal trouxe no seu texto uma série de regras envolvendo o ICMS com o objetivo de minimizar os conflitos entre os Estados membros. Isto porque foi dado aos Estados o poder de instituir e administrar este tributo, e como esse imposto grava toda a economia fica evidente a presença de competição acirrada entre os entes regionais.

A arrecadação que vem desse tributo é encaminhada para os Estados membros e distrito federal e usado por eles para diversas funções. O seu cálculo varia bastante de um Estado membro para outro, além de ser um imposto que possui um sistema de crédito, ou seja, gera valores a recolher e também valores a recuperar que, confrontados, geram o saldo a pagar.

Segundo Ricardo Alexandre (2016)<sup>100</sup>, O ICMS é um tributo cujas configurações constitucional e legal estabelecem que a pessoa nomeada contribuinte (o comerciante) repassa para uma outra (o consumidor) o ônus econômico do tributo. Este tributo é gerado toda vez que existe a circulação de mercadorias, incluindo as importadas. A incidência do ICMS ocorre durante todas as etapas de produção, ou seja, toda vez que uma mercadoria é vendida, o fato gerador do ICMS é concretizado, gerando obrigação para quem vende e direito para quem compra, desde que seja outra empresa e não o consumidor final.

No que tange a competência, a constituição delegou competência tributária a todos os entes, instituindo impostos federais que são II, IE, IR, IPI, IOF, ITR, IGE, IEG e Imposto Residuais; impostos estaduais que são ITCMD, ICMS e IPVA; e impostos municipais que são IPTU, ITBI e ISS ou ISSQN.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> BALEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, ed: 14ª, 2018, p. 388. Disponível: <https://docero.com.br/doc/c15s1v>. Acesso em: 03 nov. 2019

<sup>100</sup> ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquemático**. São Paulo: Método, 2016., p. 95. Disponível em: [https://www.academia.edu/29070636/Direito\\_Tribut%C3%A1rio\\_Esquem%C3%A1tico\\_Ricardo\\_Alexandre?auto=download](https://www.academia.edu/29070636/Direito_Tribut%C3%A1rio_Esquem%C3%A1tico_Ricardo_Alexandre?auto=download). Acesso em 04 nov. 2019.

<sup>101</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 nov. 2019. Nos artigos da CF / 88: art. 153 CF incisos I, II, III, IV, V, VI, VII; art. 154 CF incisos I, II; art. 155 CF incisos I, II, II; e art. 156 CF incisos I, II, III respectivamente.

### 3.2.2 Alíquotas

As alíquotas servem para determinar o montante de arrecadação do tributo e poderão ser atribuídas conforme a essencialidade do produto ou serviço, a critérios dos Estados. Para melhor o entendimento das alíquotas do ICMS é de suma importância a leitura do que se encontra no artigo 155 da Constituição Federal.

Art. 155

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;

(...)

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

(...)

IV - resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;.

V - é facultado ao Senado Federal:

a) estabelecer alíquotas mínimas nas operações internas, mediante resolução de iniciativa de um terço e aprovada pela maioria absoluta de seus membros;

b) fixar alíquotas máximas nas mesmas operações para resolver conflito específico que envolva interesse de Estados, mediante resolução de iniciativa da maioria absoluta e aprovada por dois terços de seus membros;

VI - salvo deliberação em contrário dos Estados e do Distrito Federal, nos termos do disposto no inciso XII, "g", as alíquotas internas, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, não poderão ser inferiores às previstas para as operações interestaduais;

Segundo Sabbag, Eduardo (2015)<sup>102</sup> “as alíquotas do ICMS são distintas para diferentes produtos, admitindo-se a seletividade do imposto em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, consoante artigo 133, p 2º, III da CF.” Essa seletividade, comentada pelo professor Sabbag<sup>103</sup>, faz parte de um dos princípios constitucionais, no qual os produtos e serviços são selecionados de acordo com o nível de essencialidade deles na vida dos indivíduos.

Pelo fato deste princípio não possuir natureza impositiva e sim apenas possuir uma função de orientar o valor das alíquotas, cada Estado acaba tendo uma ideia diferente do que é essencial.

<sup>102</sup> SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. Ver., atual. e ampl. São Paulo: método, 2015, p. 197.

<sup>103</sup> SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. Ver., atual. e ampl. São Paulo: método, 2015, p. 199.

Com isto, cada Estado acaba por ter uma variação de alíquotas internas sobre os mesmos produtos e serviços, mas isso será abordado adequadamente no próximo tópico.

Todo tributo tem que ter a sua alíquota definida juntamente com a base de cálculo. Esses dois objetos formam os aspectos quantitativos do imposto. Toda lei precisa definir o valor da base e o valor das alíquotas. Em relação ao ICMS, os Estados têm a autonomia de definir quais as alíquotas internas eles vão utilizar. Ou seja, para aplicação nas operações e prestações internas as alíquotas serão determinadas por meio de lei estadual, podendo ser regulamentadas por decreto. O motivo para essas operações serem internas é pelo fato das atividades como remetente e ou prestador de serviços e o de destinatário acontecerem dentro do mesmo Estado.

Já as alíquotas interestaduais são determinadas por meio de resolução do senado federal, atualmente, a Res nº 22 de 1989, 95/1996 e 13/2012<sup>104</sup> é que dispõe sobre as alíquotas interestaduais do ICMS, *in verbis*:

Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, nas operações e prestações interestaduais, será de doze por cento.  
 Parágrafo único. Nas operações e prestações realizadas nas Regiões Sul e Sudeste, destinadas às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e ao Estado do Espírito Santo, as alíquotas serão:  
 I - em 1989, oito por cento;  
 II - a partir de 1990, sete por cento.  
 Art. 2º A alíquota do imposto de que trata o art. 1º, nas operações de exportação para o exterior, será de treze por cento.  
 Art. 3º Esta Resolução entra em vigor em 1º de junho de 1989.

Conforme visto acima o Senado Federal tem competência dada pela Carta Magna para instituir as alíquotas mínimas e máximas para as operações internas ICMS. Entretanto até o presente momento o poder legislativo não se pronunciou, com isto, na ausência de uma resolução os Estados membros tiveram a oportunidade de decidir sobre as alíquotas dentro de seus Estados apenas. Destarte, como já fora apresentado a base de cálculo, esta será utilizada na aplicação da alíquota obtendo como resultado a importância devida a ser paga na obrigação tributária. Por isso é importante conhecer tanto a base quanto a alíquota, pois quando o Estado

<sup>104</sup> BRASIL, **Resolução nº 22 de 1989**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/CONGRESSO/RSF/RSF%2022-89.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/RSF/RSF%2022-89.htm). Acesso em 15 de outubro de 2000.

diminui a base ou isenta a alíquota sem o consentimento do convenio gera uma série de consequências que será apresentado no próximo capítulo, ocasionando a famosa guerra fiscal.

### 3.2.3 Operações internas

Como dito anteriormente, é de suma importância entender como cada Estado membro organiza suas operações internas referente ao imposto tratado neste projeto. Para administrarem essas operações dentro de seus próprios territórios os Estados criaram os regulamentos internos. Estes regulamentos por mais que sejam individuais, cada Estado faz o seu, eles têm que ir em de acordo com o que está expresso na CF/88 e na LC nº 87/96. Ou seja, as regras expressas nesses dispositivos legais não poderão ser modificadas nesses regulamentos, muito pelo contrário, terão que manter exatamente igual.

Mesmo não podendo alterar o que se encontra no texto constitucional e na lei complementar já supracitados com um simples regulamento, fazendo com que todos os Estados seguissem as mesmas regras, como as hipóteses de incidências e base de cálculos, a CF permitiu que certas decisões a cerca deste tributo pudessem ser avaliadas e decididas por cada Estado individualmente. Uma dessas decisões individuais está relacionada as alíquotas, elas podem ser seletivas de acordo com o grau de necessidade e de essencialidade de cada produto e serviço como já foi informado no tópico anterior.

Este entendimento de quais produtos ou serviços são mais ou menos essenciais dependerá da visão de casa Estado. Uma forma de entender melhor como isso acontece, observe-se a tabela 2 das alíquotas de mercadorias e serviços do Estado do Rio de Janeiro:

Alíquota do ICMS	Mercadoria/serviço
0,9%	<b>Máquina, aparelho e veículos usados</b>
5,6%	<b>Máquina e implemento agrícola</b>
6%	Energia elétrica utilizada no transporte público eletrificado de passageiros.
	Produtos de informática e automação beneficiados com a redução de IPI e fabricados por empresa que atenda ao disposto no artigo 4º da lei federal 8248 /

7%	91; Cesta básica( feijão, arroz, açúcar refinado e cristal, leite pasteurizado líquido, não incluído o que sofreu tratamento térmico de ultrapasteurização –UHT-, café torrado ou moído, sal de cozinha, gado, aves, bem como os produtos comestíveis resultantes de sua matança, em estado natural, resfriado ou congelado, pão francês até 200 gramas, óleo de soja, farinha de mandioca, farinha de trigo inclusive pre-mistura destinada exclusivamente a fabricação de pães, massa de macarrão desidratada, sardinha em lata, charque, salsicha, linguiça, mortadela, pescado, crustáceos, salmão, hadoque, bacalhau, moluscos, salvo mexilhão, alho, margarina vegetal exclusive creme vegetal acondicionada em embalagem de até 500 gramas, fubá de milho, escova dental, creme dental, sabonete, papel higiênico, vinagre, preparador antissolar com fator de proteção solar igual ou superior a 30, repelente de insetos com ao menos um dos componentes como icaridina, DEET ou IR 3535 na sua composição); operação com material ou equipamento especializado para pessoas portadoras de deficiência física e medicamentos para os doentes renais crônicos e transplantados;
8,8%	<b>Maquina, aparelho e equipamento industrial</b>
11%	Querosene de aviação;
12%	<b>Pedra britada e de mão</b> ; arroz ( salvo branco, integral e parabolizado que estão incluídos na cesta básica), Gado, ave e coelho, produto comestíveis resultantes de sua matança, em estado natural, resfriado ou congelado; Ferro e aço não planos comuns; Pão ( exceto o francês de até 200 gramas que está incluso na cesta básica); Sal ( salvo o refinado de cozinha que está incluso na cesta básica); <b>Areia lavada</b> ; serviços promovidos por restaurantes, lanchonete, bar, café e similares no quesito de fornecimento de alimentação; Energia elétrica para cooperativas de eletrificação rural e sua distribuição para produtor rural.
13,6%	<b>Tijolo, tijoleira, tapa-viga e telha</b>
16%	Refrigerantes;
17%	Aguardente de cana e de melão; Cerveja e chope;
18%	Alíquota padrão para operações ou prestações internas. Energia elétrica até o consumo de 300 kw;
25%	Perfume e cosméticos listados no § 1º do artigo 14 do livro I do RICMS/00; Embarcações de esporte e de recreio; Energia elétrica acima do consumo de 300 kw; bebida alcoólica salvo cerveja, chope;
27%	Bebida alcoólica ( salvo cerveja, chope e aguardente de cana e de melão);
28%	Nos serviços de comunicação
30%	Gasolina e álcool carburante
35%	Cigarro, cigarrilha, charuto, fumo e artigo correlato;
37%	Peleteria e suas obras e peleteria artificial; arma e munição, suas partes e acessórios; embarcações de esportes e de recreio;

Tabela 1: **Alíquotas internas de ICMS no estado do Rio de Janeiro**<sup>105</sup>

Fonte: RICMS – RJ de 2019.

De acordo com o quadro supracitado, percebe-se qual é a visão que o Estado do Rio de Janeiro tem sobre necessidade. Com esta relação de mercadorias feita acima, fica perceptível que para as mercadorias e prestações em que este Estado considera essencial para a população obteve a alíquota a 7%. Isto sem contar com algumas concessões fiscais que geraram uma diminuição em certos produtos, caindo a alíquota para 0,9%; 5,6% e 6%. E para mercadorias e

<sup>105</sup> As mercadorias e serviços em negrito, estão desta forma por serem isentos de FECF (Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais).

prestações em que este Estado membro entende não ter nenhuma necessidade para seus cidadãos, encontra-se uma alíquota bem acima do padrão<sup>106</sup>, obtendo como máxima de 37%.

Ademais, nas operações que ocorrem apenas dentro do próprio Estado, no qual a alíquota padrão varia entre 17% e 18%, no caso do Rio de Janeiro em específico<sup>107</sup>, é 18% e adota-se o FECP (Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais) em todas as mercadorias, salvo as exceções. Esse FECP possui um adicional padrão de 2%, entretanto, quando a operação se refere a energia elétrica este fundo adicional sobe para 4%. Ou seja, continuando no caso do Rio de Janeiro, numa situação hipotética de operação interna, onde houvesse uma tradição da mercadoria aguardente de cana, além dos 17% de alíquota em cima da base de cálculo, seria adicionado mais 2% e esse aditivo é destinado ao próprio fundo, no final das contas este produto fica com uma alíquota de 19%.

Vale ressaltar no que de fato se consiste em uma operação interna. Conforme exposto no artigo 14º parágrafo 4º 1, 2, 3 do RICMS-RJ existem três formas de obter este formato de operação.

Art. 14º(...)

§ 4.º Considera-se operação interna:

1. aquela em que remetente e destinatário estejam situados neste Estado;
2. o recebimento, pelo importador, de mercadoria proveniente do exterior.
3. aquela em que as mercadorias são entregues a consumidor final não contribuinte do imposto no território deste Estado, independentemente do seu domicílio ou da sua eventual inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS de outra Unidade Federada.

### 3.2.4 Operações interestaduais

O ICMS é um imposto de competência dos Estados, e por isto, algumas nuances podem gerar alguns problemas. Se a operação por exemplo, de circulação de mercadoria ocorrer dentro

---

<sup>106</sup> Alíquota padrão de operações internas de acordo com o RICMS-RJ 2019 em seu artigo 14º inciso I é de 18%, mais 2% do FECP, possuindo no geral uma alíquota padrão de 20%.

<sup>107</sup> Vale ressaltar aqui que pelo fato deste fundo ser opcional, nem todos os Estados membros incorporaram este fundo em suas operações.

de apenas um Estado, ou seja, se o comerciante e o adquirente estiverem situados dentro do mesmo Estado, não há dúvidas de qual Estado será o titular deste tributo incidente desta operação. Esta denomina-se operação interna como já fora exposto no tópico anterior.

Entretanto, ao acontecer uma operação interestadual, poderá haver alguns problemas. Este tipo de operação ocorre na hipótese em que o adquirente da mercadoria está em um Estado da federação diverso da do comerciante, ou seja, aquele que vende está em um Estado e aquele que compra está em outro Estado. Como houve uma mudança relativamente recente nesta sistemática, aqui será exposto como esta operação acontecia antes e depois da mudança vinda com a Emenda Constitucional nº 87/2015<sup>108</sup>. Antes desta EC 87/2015, o artigo 155, § 2º, inciso VII CF<sup>109</sup> dizia o seguinte:

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

(...)

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

(...)

VII- em relação as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:

- a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
- b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;

A alíquota interna é a alíquota cheia, padrão, que incide em regra nas operações internas, gerando em torno de 18% em média. Já a alíquota interestadual é menor que a interna e ela é cobrada pelo Estado de origem quando adquirente da mercadoria está em outra unidade federativa. Segundo a Resolução 22/99 do Senado Federal, essas alíquotas interestaduais irão variar entre 7% ou 12% a depender do Estado<sup>110</sup>.

Quando incide a alíquota interestadual e o Estado de origem cobra essa alíquota menor, o Estado de destino vai cobrar a diferença entre essa alíquota cobrada pelo Estado de origem e a alíquota interna do Estado de destino. Entretanto, pela redação anterior do artigo 155 CF

<sup>108</sup> BRASIL, **Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc87.htm). Acessado em 10 nov. 2019.

<sup>109</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 10 de novembro de 2019.

<sup>110</sup> Operações do Sul e Sudestes destinadas ao norte nordeste centro oeste e espírito santo 7% e demais operações 12%.

supracitada, essa sistemática da aplicação da alíquota interestadual só acontecia se o adquirente situado em outro Estado da federação fosse também contribuinte do imposto. Se o adquirente fosse consumidor final não contribuinte do imposto não haveria aplicação da alíquota interestadual e sim da alíquota interna pelo Estado de origem, pelo Estado onde estivesse situado o contribuinte.

Um exemplo hipotético para melhor ilustração, seria se um comerciante estabelecido no Estado do Rio de Janeiro ao vender uma mercadoria para um outro comerciante estabelecido no Estado da Bahia. Neste caso o Estado do RJ cobrará do comerciante situado no RJ a alíquota interestadual de 7%, e o Estado da Bahia vai cobrar do comerciante situado na Bahia a diferença entre o que já foi pago pelo comerciante da origem e o que seria a alíquota interna no Estado da Bahia.

Como a alíquota interna padrão do Estado da Bahia é de 18% e os 7% é da alíquota interestadual, a Bahia cobrará deste comerciante 11%. O total será 18%, só que desses 18%, 7% vai para o Rio de Janeiro e 11% vai para Bahia. Ou seja, o ICMS incidente nesta operação interestadual é dividido entre o Estado de origem e o Estado destino. Para isso tem que saber qual é a alíquota interestadual que incide no Estado de origem e qual é a alíquota interna que incide no Estado de destino, a diferença a ser aplicada para o destino.

Antes desta EC, se essa mesma operação ilustrada acima fosse destinada a um consumidor final situado no Estado da Bahia que não fosse contribuinte do ICMS, ou seja, se ele também não fosse comerciante, o Estado do RJ cobraria todo o ICMS apenas do comerciante situado no seu Estado, neste caso o RJ cobraria 20 %, ou seja todo o ICMS ficaria concentrado na origem não haveria divisão entre o RJ e BH.

Porém, antes havia uma lógica para esta sistemática veja que o próprio exemplo faz questão de ressaltar que o Estado do RJ vai cobrar o ICMS do comerciante nele estabelecido e o Estado da BH vai cobrar o ICMS sobre o comerciante nela estabelecido, ou seja esta sistemática só se aplicava quando o destinatário também era contribuinte do ICMS porque neste caso o Estado de destino tinha de quem cobrar o ICMS. Só que o Estado de destino não pode

cobrar o ICMS daquelas pessoas que não são contribuintes do ICMS, que não tem inscrição estadual que não cumpre a obrigação acessórias relativas a este tributo. Então por esta logica quando a mercadoria era destinada ao consumidor final não contribuinte do imposto, não havia está divisão, porque havia uma questão pratica que impedia o Estado de cobrar o imposto do destinatário da mercadoria.

Esta sistemática começou a ser muito questionada ao longo do tempo. Vejam que muita coisa mudou de 1988 a 2015, que foi quando a EC foi aprovada. O próprio comercio mudou devido ao avanço tecnológico através do próprio surgimento do comercio virtual. Isso fez com que as empresas não tivessem a necessidade de ir até o consumidor através de lojas físicas, as empresas não precisam mais se estabelecer em todos os lugares para realizar comercio em todo país, cresceu a quantidade de lojas virtuais , de comercio eletrônico e essas empresas costumam se estabelecer mais no sudeste, a maior concentração deste tipo de empresa no sudeste seja por razoes de logísticas, de infraestrutura, de mão de obra qualificada, seja por razoes de benefícios fiscais concedidos nesta região, fez com que as outras regiões comesçassem a questionar muito esta questão da concentração do ICMS na origem e não no destino. E com isto, depois de muitos questionamentos nesta linha de raciocínio foi aprovada a EC 87/2015.

Se for visualizar esta situação sobre a ótica da capacidade contributiva e da transferência do ônus do ICMS para o consumidor final, a riqueza tributada, ou seja, aquela que gasta com o consumo está no destino e não na origem. Entretanto a tributação estava toda concentrada na origem. Com isto a EC 87 alterou a regra desta incidência do ICMS nas operações interestaduais e com isto o parágrafo 2, inciso 7 do artigo 155 CF passou a ter a seguinte redação:

Art. 155 (...)

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

(...)

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;

Desta forma a alíquota interestadual passou a ser aplicada em qualquer caso de operação interestadual, ainda que o adquirente não fosse contribuinte do imposto. Ou seja, em qualquer caso vai se aplicar a alíquota interestadual no Estado de origem e o Estado de destino vai cobrar a diferença entre a sua alíquota interna e a alíquota interestadual que já incidiu. Entretanto essa sistemática não foi alterada de imediato no ano de 2015, o artigo segundo da EC 87/2015, acrescentou o artigo 99 no ADCT e ele dispõe o seguinte:

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 99:  
 "Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:  
 I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o Estado de origem;  
 II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem;  
 III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;  
 IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;  
 V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino."

Ou seja, os Estados já estavam acostumados a concentrar esses ICMS nessas operações na origem e para não haver uma mudança brusca no orçamento desses Estados, houve uma mudança gradual de 2015 até chegar a situação que temos em 2019 em que a diferença entre a alíquota interna do destino e a interestadual que incidiu na origem ficara toda para o Estado de destino. Isso não quer dizer que o ICMS ficara todo para o Estado destino. Apenas quer dizer que a diferença ficara para o Estado de destino.

Voltando ao exemplo dado neste tópico, no caso de um comerciante localizado no RJ vendendo uma mercadoria para qualquer pessoa contribuinte ou não do imposto situado no Estado da Bahia, vai incidir a alíquota interestadual cobrada pelo Estado do RJ e o Estado da Bahia vai cobrar a diferença entre o que o RJ cobrou e a alíquota interna da BH. O que mudou é que agora apenas em 2019 o Estado da Bahia pode cobrar esses 11% nos casos em que os destinatários não é contribuinte do imposto. Isto porque até 2019 havia uma partilha desses 11%, além da alíquota interestadual o rio de janeiro ainda ficava com uma parte desses 11%.

Tendo em vista que cada Estado possui uma alíquota interna diferente do outro então a pergunta que fica ‘é qual alíquota será aplicada quando houver uma operação entre os Estados?’. Para compreender a logística da situação e saber qual seria a alíquota aplicável nestes casos, segue figura 1<sup>111</sup>:

ORIGEM	DESTINO																											
	AC	AL	AM	AP	BA	CE	DF	ES	GO	MA	MT	MS	MG	PA	PB	PR	PE	PI	RN	RS	RJ	RO	RR	SC	SP	SE	TO	IM
AC	17	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
AL	12	18*	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
AM	12	12	18	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
AP	12	12	12	18	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
BA	12	12	12	12	18	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
CE	12	12	12	12	12	18	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
DF	12	12	12	12	12	12	18	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
ES	12	12	12	12	12	12	12	17	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
GO	12	12	12	12	12	12	12	12	17	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
MA	12	12	12	12	12	12	12	12	12	18	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
MT	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	17	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
MS	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	17	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
MG	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	18	7	7	12	7	7	12	12	7	7	12	12	7	7	12	4
PA	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	17	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
PB	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	18	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
PR	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	12	7	7	18	7	7	12	12	7	7	12	12	7	7	12	4
PE	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	18	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
PI	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	18	12	12	12	12	12	12	12	12	12	4
RN	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	18	12	12	12	12	12	12	12	12	4
RS	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	12	7	7	12	7	7	7	18	12	7	7	12	12	7	7	4
RJ	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	12	7	7	12	7	7	7	12	20	7	7	12	12	7	7	4
RO	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	17,5	12	12	12	12	12	12	4
RR	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	17	12	12	12	12	4
SC	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	12	7	7	12	7	7	7	12	12	7	7	17	12	7	7	4
SP	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	7	12	7	7	12	7	7	7	12	12	7	7	12	18	7	7	4
SE	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	18	12	4	
TO	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	12	18	4	
IM	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4	4

Figura 1: Origem e destino nas operações interestaduais de todos os estados membros.  
Fonte: <https://blog.sage.com.br/tabela-icms-2019-atualizada/>

Embora a tributação no Estado de origem seja a mais evoluída do ponto de vista de uma integração político-econômica, em contrapartida, é forma complexa, porque exige um rigoroso controle interno sobre os incentivos e demais benefícios. Problemas graves se dão quando os Estados instalam verdadeira guerra fiscal entre si, concedendo-se benefícios e incentivos de forma irregular, tema que abordaremos mais à frente.

### 3.3 A Guerra Fiscal do ICMS

<sup>111</sup> Rio de Janeiro: 18% + 2% de FECP; Alagoas 17% + 1% de FECP

O conceito da guerra fiscal sobre tudo no âmbito do ICMS envolve os Estados que procuram atrair as empresas e ou indústrias para os seus limites territoriais e uma das formas de atração é com a diminuição de carga tributária. No que se refere ao ICMS, um tributo deveras importante em termos arrecadatórios, seria conceder incentivos fiscais como, isenção, que é quando o Estado abre mão dessa tributação, redução de base de cálculo, concessões de créditos para abater os débitos daquela empresa entre outros. De acordo a própria Corte na ADI 2377 MG<sup>112</sup> possui um entendimento de que a guerra fiscal é uma “concessão unilateral de desoneração do tributo por um Estado federado, enquanto vigorem benefícios similares concedido por outros.”

Esse processo de guerra fiscal vem se intensificando com o tempo, principalmente a partir da década de 1990. Pois, historicamente a industrialização do Brasil ficou muito concentrada na região sudeste isto porque no início do século XX esta região já possuía uma capital, mão de obra e uma relativa infraestrutura que permitia o crescimento e inúmeros investimentos. Entretanto ao longo deste século outras regiões como nordeste e norte começam a se desenvolver tanto em questão estrutural quanto na populacional e essas áreas tendem a ser mais baratas para a promoção de certos investimentos, logo tornando-se novas áreas de atração<sup>113</sup>. Por conseguinte, a vinda de novas indústrias para outras regiões do Brasil fez com que fosse gerado mais empregos nesses lugares, com isto estas regiões começaram a ter um crescimento significativo.

Desta forma a competitividade entre os Estados tem gerado um aumento considerável pois ao invés de todos crescerem gradativamente, aos poucos, porém juntos, eles estão sempre tendo como foco maior seu próprio Estado, deixando de lado o Brasil como um todo e criando situações desconfortáveis para os contribuintes e para com o próprio ordenamento jurídico. Com isto, Cavalcanti e Prado (1998, p7)<sup>114</sup> prescrevem que:

---

<sup>112</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 2377**, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 22/02/2001, DJ 07-11-2003 PP-00083 EMENT VOL-02131-02 PP-00367 RTJ VOL -00191-03 PP-00848.

<sup>113</sup> Esta evolução é um processo de interiorização que é justamente as outras regiões chamando para si atrações de investimentos, gerando um acréscimo no capital desses Estados e consequentemente gerando uma melhor qualidade de vida.

<sup>114</sup> CAVALCANTI, Carlos Eduardo G; PRADO, Sérgio. **Aspectos da guerra fiscal no Brasil**. IPEA, p. 7, 1998.

[...] a guerra é um caso de uma classe geral de fenômenos que emergem quando iniciativas políticas (o uso de benefícios e incentivos fiscais) dos governos subnacionais adquirem conotações negativas e geram efeitos econômicos perversos em decorrência do caráter insuficiente ou conjuntamente inoperante do quadro político-institucional que regula os conflitos federativos, o que se revela incapaz de garantir um equilíbrio mínimo entre interesses locais de forma a evitar efeitos macroeconômicos e sociais perversos.

BALLEIRO (2018) também possui o mesmo posicionamento no qual observa que os ônus da guerra fiscal, incrementada e praticada pelos Estados Federados, serão suportados pelos contribuintes, em especial aqueles de outros Estados, que nenhuma ilicitude praticara<sup>115</sup>. Um dos problemas dessa guerra é que quem fica no meio é o contribuinte que aceita o incentivo fiscal, concedido sem convenio no Estado, e o adquirente das mercadorias que ele fornece no outro Estado acaba sofrendo retaliação do Estado que está o estabelecimento que adquire a mercadoria. Percebe-se que há um problema entre os Estados envolvendo os contribuintes, tanto aquele que recebe benefícios como aquele que recebe mercadorias operação com esse benefício unilateral.

BALLEIRO (2018) compreende que a Constituição Federal estabeleceu outras medidas, como não poderia deixar de ser, que garantissem o controle dos incentivos e dos demais benefícios concedidos por cada ente estatal. Esses mecanismos de controle vêm falhando com a guerra fiscal entre os Estados Federados, que atuam exatamente sobre as alíquotas interestaduais, de modo que agressões diretas de um Estado à economia de outro são praticadas ao arrepio da Constituição<sup>116</sup>.

### 3.4 Conselho nacional de política fazendária – CONFAZ

---

<sup>115</sup> BALLEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, ed: 14<sup>a</sup>, 2018, p. 301. Disponível: <https://docero.com.br/doc/c15s1v>. Acesso em: 03 nov. 2019.

<sup>116</sup> BALLEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, ed: 14<sup>a</sup>, 2018, p. 316. Disponível: <https://docero.com.br/doc/c15s1v>. Acesso em: 03 nov. 2019.

A criação do CONFAZ se deu, pois, a constituição no seu artigo 155, §2º, XII, 'g', instituiu a necessidade da edição de uma lei complementar para regulamentar as peculiaridades do ICMS, como seria a aprovação e a revogação parcial e total dos benefícios fiscais desse imposto elaborado pelos entes. Com isto, foi originado a lei complementar n. 24/75 que concebeu um órgão colegiado no qual ficaria responsável pela regulamentação das decisões estatais que possam interferir aos outros Estados.

Para as reuniões acontecerem é necessário ter a presidência de um representante do Governo Federal, além de ter a obrigatoriedade de convidar todos os Estados membros e o Distrito Federal, no qual cada um deles enviará um representante para representá-los nessas reuniões do CONFAZ<sup>117</sup>. Sendo que para a reunião acontecer é preciso ter pelo menos a presença da maioria simples dos Estados, caso possua menos que isso a reunião não poderá dar início.

Com a existência desse conselho qualquer benefício fiscal colocado em pratica sem passar antes pela reunião do CONFAZ não possuirá validade jurídica. Além de ser uma pratica considerada inconstitucional pelo STF. Pois, por mais que a natureza jurídica do conselho não seja de caráter impositivo, ele é considerado um dos requisitos para a implementação do incentivo<sup>118</sup>. O poder de decidir criar um benefício é dos entes subnacionais, entretanto há uma necessidade da autorização do convenio através do aceite unanime de todos os outros Estados membros presentes, obtendo desta forma uma natureza de cunho autorizativo.<sup>119</sup> A propósito do tema, a incumbência do CONFAZ elucidada na LC 24 entende que:

Art. 1o - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias **serão concedidas ou revogadas nos termos dos convênios** celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta lei.  
Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica:  
I - à redução da base de cálculo;  
II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta, condicionada ou não, do tributo ao contribuinte, a responsável ou a terceiros;  
III - à concessão de créditos presumidos;  
IV - à **quaisquer outros incentivos ou favores fiscais** ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte

<sup>117</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **ICMS**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006 p. 427-429.

<sup>118</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 635.688**, relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014, processo eletrônico repercussão geral – mérito DJe -030 DIVULG 12-02-2015 PUBLIC 13.02.2015.

<sup>119</sup> FERREIRA, Ricardo J. **Manual do ICMS**. Rio de Janeiro: Ferreira, 2003, p. 23.

redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus; V - às prorrogações e às extensões das **isenções** vigentes nesta data. (Grifo nosso)

Além disso, para haver aprovação de um incentivo é necessário que todos os entes presentes votem a favor, ocorrendo desta forma a unanimidade dos votos. Isso acontece pelo fato de que um Estado membro pode editar uma lei concedendo um super incentivo atraindo todos os contribuintes para ele em detrimento dos outros entes e afronta os princípios federalistas e constitucionais. Pois, se apenas um membro declinar significa que esse benefício para este Estado é prejudicial, abala suas estruturas econômicas, por isso a necessidade da unanimidade<sup>120</sup>. Agora com relação a anulação, esse dependerá de quatro quintos dos representantes, sendo que esses convênios acontecerão somente com a presença da maioria dos entes estaduais e distrito federal, como já fora supracitado.

Em conformidade com a Lei Complementar 24/1975, todos os convênios celebrados entre as unidades federadas deverão ser publicados no DOU, 10 dias após a data final da reunião do órgão colegiado. Ainda, os Estados têm prazo de 15 dias após a publicação no DOU para regulamentar internamente o que foi acordado. Caso isso não ocorra em 100% das unidades federativas (quando da criação de benefício) ou 4/5 das unidades federativas (quando da revogação do benefício), considera-se o convênio rejeitado. Por fim, 10 dias após a ratificação ou rejeição dos convênios, é publicada a decisão novamente no DOU. Caso não haja data expressa no convênio, ele passa a valer no trigésimo dia após a publicação no DOU. Segundo Peres e Mariano (2009), existem duas modalidades de convênios<sup>121</sup>:

a) Modalidade impositiva: é aquela que obriga todos os Estados membros a adotarem o que foi ratificado no convênio, independentemente de alterarem a sua legislação interna. Geralmente vem seguida da expressão: “Ficam isentas as saídas...”

---

<sup>120</sup> Por mais que esse quesito da unanimidade esteja em discussão atualmente, obtendo projeto de lei para mudar a regra de aprovação tendo em vista a dificuldade de ser aceito os incentivos. Esse não é o foco do trabalho, por isso que não será adentrado essa questão problemática da unanimidade.

<sup>121</sup> PERES, Adriana Manni e MARIANO, Paulo Antônio. **ICMS e IPI: Teoria e Prática**. 4 ed. São Paulo: IOB, 2009, p. 290.

b) Modalidade autorizativa: é aquela que dá aos Estados a faculdade de adotar ou não o benefício pré-estabelecido no convênio. Neste caso, quando decidido por adotar o que foi acordado, os Estados deverão alterar seus regulamentos internos para que entre em vigor em seu território e seus contribuintes possam passar a gozar de tal benefício. Geralmente vem seguida da expressão: “Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção...”

Outro fator importante é que mesmo que os municípios tenham 25% da parcela da receita do ICMS, não estão autorizados pelo CONFAZ a concederem quaisquer dos benefícios atribuídos aos Estados, sob pena de sanções legais.

Mesmo tendo ficado explícito que os favores fiscais admitidos às empresas somente poderão ser instituídos sob forma de acordos unânimes entre todas as unidades da federação representadas nas reuniões do CONFAZ, há aquelas, que oferecem benefícios de forma unilateral, deixando de lado os textos legais que através dessa guerra fiscal entre Estados desencadeou superlotação de processos no STF, que será apresentada no próximo capítulo.

## **4 ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO COMPORTAMENTO DOS ENTES SUBNACIONAIS**

É de conhecimento de todos que o Brasil é composto por 26 Estados mais o Distrito Federal e ficaria muito extenso a pesquisa com a análise de todos eles. Por isso, foi determinado a escolha de quatro Estados para obter uma pesquisa mais focada. E os atributos para escolha desses entes foi elaborar uma pesquisa dos Estados que mais tendem a utilizar da prática da concessão indevida de incentivos fiscais deturpando assim com o federalismo. Como tinha muitos Estados tendo esse comportamento resolveu-se escolher um ente por região, a região do sudeste o escolhido para análise foi o Rio de Janeiro, região do sul foi representado pelo Paraná, já a região nordeste teve como representante o Maranhão e por último porém não menos importante Mato Grosso, Estado localizado na região centro oeste.

Todas as análises seguiram o mesmo ritmo, primeiro será abordado uma prática irregular do Estado, depois acompanhar o comportamento do STF perante a isso, o tempo de demora para decidir, tanto a medida cautelar quanto a decisão do processo, para depois ver a reação do Estado perante a decisão do STF e por último haverá uma pesquisa dizendo se houve ou não reincidência da prática.

### 4.1 Maranhão

O primeiro caso escolhido para a análise do judiciário, mais precisamente análise do STF, foi a ADI nº 930. E os requisitos utilizados para tal opção fora ser uma ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade, ter como objeto de discussão a guerra fiscal, tendo um Estado violando o artigo 155, §2, XII, “g” da CF. Desta forma, é de extrema importância informar que todos os demais casos que serão abordados nesta capítulo também terão os mesmos requisitos para com isto, obter uma pesquisa mais consistente.

Em julho de 1993, Maranhão publicou a lei nº 244 e no conteúdo de seu art. 2 e parágrafo único do art. 1º havia a concessão de benefício fiscal no qual os contribuintes que trabalhassem com transmissão, retransmissão entre outros aspectos de serviços de televisão e rádio teria a benesse de não precisar pagar o ICMS sem passar pelo crivo do CONFAZ. Diante disso, o procurador geral da república ajuizou uma ADI nº 930 com pedido de medida cautelar, sendo autuado em 31 de agosto do mesmo ano.

O deferimento da liminar suspendendo a norma apontada pelo requerente três meses após a autuação. Ou seja, a partir de novembro de 1993 a lei parou de produzir efeitos, tendo exercido seus efeitos durante apenas quatro meses. Pois, no próprio artigo segundo da lei estadual supracitada estava descrito que haveria perda da vigência quando uma lei complementar federal surgisse, que aconteceu com a chegada da LC 87/96. Desta forma a lei estadual teve sua vigência cessada, encerrando por fim o caso, pois quando o STF foi de fato julgar em 2002, já não havia objetivo para tal<sup>122</sup>.

Percebe-se aqui uma morosidade do Supremo em julgar após nove anos de autuação. Isso implica diretamente nos efeitos temporais da decisão, pois a lei ainda em vigor no momento do julgamento de inconstitucionalidade produzirá algum impacto no Estado, mesmo que mínimo. Impactos esses que divergem, dependendo do efeito temporal escolhido pela corte, a regra é que seja *ex tunc*. Com isso o Estado que nesse caso é o Maranhão que antes não possuía nenhum desses contribuintes, agora com a prática de conceder indevidamente um incentivo, possui essas indústrias no seu território, e com a revogação da lei e de seus efeitos desde o seu nascimento faz com que esses contribuintes tenham que devolver um tributo que se não houvesse benefício indevido, o Estado não teria como recolher esse tributo desses contribuintes.

E caso a corte escolha a exceção que é o efeito *ex nunc*, a decisão valendo a partir do julgamento, faz com que as empresas que estavam em um Estado melhor tributariamente falando, mas decidiu mudar por ver que agora Maranhão tem mais benefícios, após essa inconstitucionalidade por *f*, a empresa passa a estar em um Estado desvantajoso em comparação com o Estado na qual ele se encontrava antes dessa lei inconstitucional. O que se quer deixar

---

<sup>122</sup> ADI 930

claro aqui é que independente dos efeitos temporais, quem mais sai perdendo não é o Estado, e sim os demais que acreditaram na seriedade da federação. É evidente que ambos os efeitos trazem alguns impactos, mesmo que mínimos, para os Estados, mas não é o suficiente para quebrar com este ciclo que será mais evidenciado ao longo dos diversos resultados trazidos ao longo deste capítulo.

Meses antes do julgamento do caso supracitado, no dia 18 de junho de 2002, este ente publicou o Decreto nº 18.741 concedendo outro incentivo fiscal sem a anuência do CONFAZ. Dessa vez o foco foi na importação de máquinas e equipamentos destinados a ativo imobilizado de indústrias beneficiadoras de madeiras e indústrias de moveis de madeira. Segundo São Paulo, essa pratica estava prejudicando o, por isso interpôs uma ADI nº 5145 com medida cautelar para suspender a lei enquanto o processo tramita para não prejudicar a federação. Com isto, Maranhão foi autuado em julho de 2014 e teve sua norma suspensa pela liminar concedida do STF no mesmo ano. Desta forma, teve 12 (doze) anos de efeitos práticos e concretos até a suspensão. A reação de Maranhão foi de procurar o CONFAZ para celebrar do convenio nº 160/2017, ocorrendo desta fora a remissão dos créditos tributários e a perda do objeto da ação.

Quanto a reincidência, em março de 2010 publicou a Lei nº 9.121 e RICMS/MA aprovado pelo Decreto nº 26.689 de junho do mesmo ano instituindo isenções parciais e totais para incentivar a implantação de novas indústrias localizadas no seu território. Diante desta atitude, em novembro de 2010 foi autuado pela ADI nº 4499 e em janeiro de 2015 autuado pela ADI nº 5225, ambas referindo as mesmas normas e requerendo a mesma coisa, a inconstitucionalidade na norma com pedido de medida cautelar. Em ambas as ações não houve a análise do pedido de medida cautelar, pois ao adotarem o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/99, resolveram por terem primeiro mais informações para depois julgar diretamente. A reação do Estado intimado foi de revogar as normas através da Lei nº 10.259 de junho de 2015. Ou seja, quando o STF foi julgar os dois casos em 2019, já não tinha mais o que ser julgado, desta forma a ação fora mais uma vez prejudicada.

Entretanto essa lei de 2015 que revogou as normas objetos da ADI anterior, também possuía elementos inconstitucionais, por também criar benefícios sem o amparo do convenio.

Com isto a ADI nº 5.467 foi ajuizada no dia 18 de fevereiro de 2016 pelo partido Solidariedade (SD) contra a Assembleia legislativa do Estado do Maranhão e o Governador do Maranhão. Isto aconteceu porque Maranhão criou uma lei nº 10.259 de 16 de junho de 2015 com o intuito de criar um programa de desenvolvimento industrial e de integração econômica chamado MAIS EMPRESAS. E nessa lei fora estabelecido dispositivos para ofertar benefícios fiscais, no caso dessa lei credito presumido, sobre o valor de ICMS mensal apurado para as empresas que faziam parte do programa MAIS EMPRESAS. Sendo assim, os produtos com saída do Maranhão entrarão nos demais Estados com uma carga tributária muito inferior àquela praticada em relação aos produtos oriundos de outros locais.

No parágrafo primeiro do artigo segundo dessa lei, fora estipulado porcentagens de credito presumido para cada tipo de seguimento empresarial, conforme segue exposto:

[...]

Art. 2º

[...]

§1º Os segmentos industriais ou agroindustriais receberão, a título de crédito presumido, o equivalente a:

I - até 95% (noventa e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de implantação nos 30 (trinta) municípios de menores IDHM, conforme a última divulgação oficial, pelo prazo de 15 (quinze) anos;

II - até 85% (oitenta e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de implantação de empreendimentos que gerem 500 (quinhentos) empregos diretos ou mais, ou que reciclem resíduos sólidos urbanos e utilizem logística reversa, ou que exerçam atividade inexistente no Estado, ou que sejam considerados prioritários, conforme art. 11 desta Lei, pelo prazo de 12 (doze) anos;

III - até 75% (setenta e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de implantação ou ampliação, pelo prazo de 10 (dez) anos;

IV - até 65% (sessenta e cinco por cento) do valor do ICMS mensal apurado, em decorrência de reativação, modernização ou realocização, pelo prazo de 8 (oito) anos;

O requerente alegou inconstitucionalidade deste artigo 2º, caput e § 1º da lei n.º 10.259 do maranhão, tendo como sustentação o artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea ‘g’ da CF. Ou seja, para o solidariedade, essa concessão de credito presumido, que é um incentivo fiscal, deveria ter passado pelo crivo do CONFAZ. Entretanto, os benefícios fiscais não foram concedidos sem aprovação prévia em convênio interestadual, no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), o que viola regra constitucional. Com isto, requereu que o STF reconhecesse a inconstitucionalidade da expressão “ credito presumido”, que esta decisão

tivesse caráter vinculante, *erga omnes* e efeito *ex tunc*.<sup>123</sup> Além desses pedidos no âmbito material, o partido também pediu a concessão de medida cautelar para suspender os efeitos do artigo 2º da lei supracitada.

Em 29 de março de 2017, o ministro Luiz Fux, concedeu a liminar. Desta forma, o artigo 2º caput e a íntegra do parágrafo, primeiro que permitia a liberação de benefícios fiscais de ICMS para os participantes sem o crivo do Confaz, tiveram seus efeitos suspensos até a data da decisão do STF. Ou seja, a lei nº 10.259 produziu efeitos da data de seu nascimento até a concessão da medida cautelar, dependendo agora da decisão da ADI para saber se voltará a produzir efeito ou se de fato haverá uma inconstitucionalidade. Segundo o portal do STF, o relator salientou que “a instituição unilateral de benefício fiscal estimula a guerra fiscal e representa risco ao equilíbrio do pacto federativo. A decisão será submetida a referendo do Plenário do STF”.

No dia 30 de agosto de 2019 houve a decisão do STF, julgando como procedente a inconstitucionalidade da expressão “ crédito presumido sobre o valor do ICMS” exposto no artigo 2º caput, bem como a integralidade de seu parágrafo primeiro. Obtendo esta decisão com efeito *ex nunc* <sup>124</sup>, a contar da data na qual foi concedida a medida cautelar resultando na suspensão do lei do Estado de Maranhão que concedia benefícios fiscais sem autorização do Confaz.

Com relação a materialidade do voto do Luiz Fux, todos os ministros seguiram com o voto do relator. Entretanto, com relação ao efeito escolhido para esta decisão houve divergência. O ministro Marco Aurélio compreende que os Estados apostam na morosidade da justiça para que seus atos ilícitos continuem a produzir efeitos até a decisão final da ADI. Desta forma, ele entende que o efeito *ex tunc* seria o mais adequado, pois, desta forma, a concessão indevida de benefícios fiscais não produziria nenhum efeito, com isto os Estados não conseguiriam obter vantagens em cima da morosidade judiciária.

---

<sup>123</sup> *Ex tunc*: significa que o efeito da decisão será retroativo. Sendo assim, a decisão produzirá efeitos para desde o início da ação irregular que fora objeto do processo judicial.

<sup>124</sup> *Ex nunc*: seus efeitos não retroagem, valendo somente a partir da data da decisão tomada.

Resumindo, o Estado de Maranhão violou o artigo 155, §2º, XII, “g” da carta magna, pois na lei que fora instituída estava permitindo concessões de crédito presumido. Concessões essas sem acordo de convênio interestadual. Esta lei produziu efeitos de seu nascimento em 2015 até 29/03/2017, fora a lei anterior que foi revogada por essa, mas acabou que essa também concessão, mudou um pouco as regras para revogar a norma anterior, mas os benefícios em si tiveram seus efeitos produzidos de 2010 até 2017, onde fora suspensa até a decisão final do STF que foi de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*. Ou seja, de 2015 a 2017 a lei objeto de inconstitucionalidade produziu seus efeitos mesmo que inconstitucionais, não suspendendo o que já aconteceu e com isto a decisão não surtiu tanto efeito assim.

Outra reincidência que trago para esta monografia é a ADI 6152, que tem o objeto de analisar a constitucionalidade da Lei nº 11.011 de abril de 2019 do Estado do Maranhão no qual mais uma vez fez o mesmo ao instituir incentivo fiscal sem a concessão do CONFAZ, dessa alterando a porcentagem da alíquota. Essa ADI foi autuada em junho de 2019 com pedido de medida cautelar que até o presente momento não foi analisado da mesma forma o julgamento ainda não saiu. Além disso, até o momento que essa monografia foi escrita a lei ainda está em vigor. Ou seja, até o presente momento a lei continua produzindo efeitos nos contribuintes e nos Estados vizinhos e há a possibilidade do Maranhão revogar, como fez diversas vezes, para manter o que já fora feito. Porém, mesmo o STF conseguindo julgar a tempo, com *ex nunc* ou *ex tunc*, percebe-se que esta não será o último processo contra Maranhão.

#### 4.2 Rio de Janeiro

Na data do dia 27 de junho de 1994 o Rio de Janeiro editou a lei n. 2273 regulamentada pelo decreto estadual nº 20.326/94 com o intuito de conceder prazo especial de pagamento do ICMS para indústria ou agroindústria que utilize tecnologia inovadora conforme é explicitado no artigo primeiro desta lei. Estabelecendo, desse modo, reiterada hipótese de remissão parcial do imposto, cumulado com a possibilidade de pagamento em afronta ao art. 155, §2º, XII, “g” da Constituição Federal, já que possibilitou a essas empresas pagar o imposto vencido, a partir

de abril de 1996, consolidando em um único débito fiscal, em 60 meses, sem multa nem juros de mora e com um prazo de carência de 12 meses<sup>2</sup>.

Isso porque, esses benefícios tributários concedidos pelo Estado do RJ, com base nos mencionados diplomas legais, não contam com o devido amparo permissivo do citado órgão de congregação de política tributária federal – CONFAZ, que torna obrigatória a aprovação unânime consignada em termo de “convenio interestadual”, o que, ab initio, contamina as referidas concessões por flagrante inconstitucionalidade.

O Estado de São Paulo sentindo-se altamente prejudicado com a atitude do RJ, ajuizou uma ADI nº 1179 no dia 19 de dezembro do mesmo ano do início da vigência da lei supracitada. E teve como objetivo pleitear pela inconstitucionalidade dessa lei pela violação ao art. 155, §2º, XII, “g” e art. 152 da CF ; art. 10 da LC 24, além de pedir pela suspensão da citada norma através de uma medida cautelar para a lei não continuar produzindo efeitos enquanto a decisão na corte não é tomada<sup>3</sup>.

A defesa do RJ se manifestou apontando que não houve uma inconstitucionalidade das violações da LC e do Convenio 38/88<sup>4</sup> na sua cláusula primeira tratou<sup>5</sup> de limitar “a possibilidade de concessão de prazos amplos para recolhimento do tributo, permitindo a dilação, para o caso de industriais, no máximo até o décimo dia do segundo mês subsequente ao em que tenha ocorrido o fato gerado (...)” e sim que tudo isso não passou de uma mera ilegalidade. Outro argumento foi no sentido de invalidade a matéria analisada, ao informar que a lei em discussão por depender de regulamento, não viabiliza qualquer benefício fiscal relativo ao ICMS, limitando-se a autorizar o poder executivo a fazê-lo, desta forma, de acordo com esse argumento haveria uma impossibilidade do prosseguimento da ação<sup>6</sup>.

No que diz respeito a atuação do Supremo, dois anos após a distribuição do processo, no dia 29 de fevereiro de 1996 o tribunal pleno julgou a liminar, deferindo-a por unanimidade. Desta forma, desta data até o julgamento do caso a referida lei não mais produzira efeitos, conforme exposto na ementa<sup>7</sup>:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR – BENEFÍCIO FISCAL. Exsurgindo, ao primeiro exame, a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plenos efeitos o diploma atacado impõe-se a concessão de liminar. Isto ocorre relativamente a Lei do Estado do Rio de Janeiro de nº 2.273, de 27 de junho de 1994, no que disciplinou benefício fiscal, prevendo prazo especial de pagamento do ICMS – Imposto sobre Operações Relativas a Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação e redução da percentagem de correção monetária, a margem, em princípio, do disposto na alínea g, inciso XII, §2º, do artigo 155, da Carta Política da República, recepcionada a Lei Complementar Federal nº 25/75. Precedente: ação direta de inconstitucionalidade nº 1.247-9/PA, relatada pelo Ministro Celso de Mello, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 8 de Setembro de 1995, ementário nº 1.799-01.”

Em 13 de novembro de 2002 a corte chegou a um veredito mais uma vez unânime, por considerar a lei carioca inconstitucional. Tendo em vista que o conteúdo dessa norma violou o artigo 155, §2º, XII, “g” da CF. No voto, o relator cita o parecer do Procurador-Geral da República, na época era o professor Geraldo Brigadeiro que nesse processo (fl. 265) disse:

(...)

8. Não resta dúvida que a lei fluminense ora atacada concede verdadeiros incentivos fiscais as empresas instaladas em seu território ao disciplinar concessão de prazo especial de pagamento do ICMS de até 5 (cinco) anos (art. 2º) e, ainda, ao permitir a redução de 40% (quarenta por cento) sobre o valor devido no cálculo da correção monetária, se houver, nas condições que especifica (art. 2º, §2º).

9. Estes benefícios, concedidos unilateralmente pelo Estado do Rio de Janeiro, ignorando a necessidade de se estabelecer um convênio com os demais Estados e o DF, inquina de vício de inconstitucionalidade a norma legal ora impugnada, pois flagrante a violação ao imperativo constitucional.

(...)”

Com isto, o relator manteve o mesmo posicionamento da liminar, vide ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. "GUERRA FISCAL". BENEFÍCIOS FISCAIS: CONCESSÃO UNILATERAL POR ESTADO-MEMBRO.

Lei 2.273, de 1994, do Estado do Rio de Janeiro, regulamentada pelo Decreto estadual nº 20.326/94. C.F., art. 155, § 2º, XII, g. I. - Concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, por Estado-membro ao arrepio da norma inscrita no art. 155, § 2º, inciso XII, alínea g, porque não observada a Lei Complementar 24/75, recebida pela CF/88, e sem a celebração de convênio: inconstitucionalidade. II. - Precedentes do STF. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 1179, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00069 EMENT VOL-02096-01 PP-00054)

Após a corte ter suspenso os efeitos da lei 2.273 na medida liminar em 1996 e só ter

tomado uma decisão em 2002, essa lei ficou suspensa por aproximadamente 6 (seis) anos. Entretanto, quatro anos após a suspensão, no ano de 2000, mais precisamente no dia 04 de maio, editou a Lei 3.394 regulamentada pelo Decreto 26.273 da mesma data no intuito de regularizar a situação das empresas que tiveram suspenso, por medida liminar deferida no âmbito da ADIN nº 1.179, proposta por São Paulo. Nesta nova lei o RJ insistiu em conceder remissão parcial do imposto, cumulada com a possibilidade de pagamento em afronta ao art. 155, §2º, XII, “g” da CF, já que possibilitou a essas empresas pagar o imposto vencido, a partir de abril de 1996, consolidado em um único débito fiscal, em 60 meses, sem multa nem juros de mora, e com um prazo de carência de 12 meses.

É evidente o flagrante desrespeito que o Estado do Rio de Janeiro teve com a decisão da suprema corte, ao insistir em conceder as empresas beneficiárias do incentivo anteriormente concedido, também unilateralmente e em prejuízo da harmonia federativa, redução da carga tributária em seu favor, e ainda assim uma forma parcelada de pagamento do imposto precedida de carência e em prazo extremamente dilatado, de modo a fazer reviver benefícios fiscais para o setor. Desta forma, cometendo novamente o mesmo erro de conceder anistia e remissão parcial, dessa vez, literalmente, pois fez o mesmo de antes, ignorando os demais Estados, a Constituição Federal e invalidando parcialmente os efeitos da decisão proferida pelo STF.

Neste caso, fica perceptível os impactos que a decisão do STF teve no Rio de Janeiro, mesmo demorando apenas dois anos para conceder a liminar e mais seis anos para julgar, mesmo já possuindo um entendimento pacífico e consolidado, não foi o suficiente para resguardar a Federação. Pois tirando os mínimos impactos causados pela modulação temporal como já fora explicado e analisado no caso de Maranhão, essa decisão não fez o RJ parar ou diminuir com suas práticas de irresponsabilidade fiscal, como será elucidado ao longo deste tópico.

Desta forma, o Estado paulista ajuizou novamente uma ação em face da suprema corte, ADI nº 2906, com o mesmo intuito de antes, levar a conhecimento do Supremo e que o mesmo considere a lei e o decreto supracitado inconstitucional, além de pedir a suspensão deles na medida cautelar.

De acordo com o Rio de Janeiro em sua defesa, a nova legislação não trata-se de concessão de benefício fiscal de icms , não tendo o porque fazer reunião no CONFAZ e sim fruto do cumprimento da própria medida cautelar da ADIN n° 1179 implementada pela corte brasileira. E o desfecho desse processo não é diferente do primeiro, a não ser pela visibilidade do desprezo do Estado fluminense pelo ordenamento jurídico e pelo Supremo, segue ementa desse processo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGITIMIDADE E CAPACIDADE POSTULATÓRIA. Descabe confundir a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade com a capacidade postulatória. Quanto ao Governador do Estado, cuja assinatura é dispensável na inicial, tem-na o Procurador-Geral do Estado. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NATUREZA DA NORMA E ALCANCE. O fato de a norma disciplinar matéria balizada não a torna de efeito concreto. Este pressupõe a individualização. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe o § 3º do artigo 103 da Constituição Federal, cumpre ao Advogado-Geral da União o papel de curador da lei atacada, não lhe sendo dado, sob pena de inobservância do múnus público, adotar posição diametralmente oposta, como se atuasse como fiscal da lei, qualidade reservada, no controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo, ao Procurador-Geral da República. “GUERRA FISCAL” – PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO – DRIBLE. Surge inconstitucional lei do Estado que, para mitigar pronunciamento do Supremo, implica, quanto a recolhimento de tributo, dispensa de acessórios – multa e juros da mora – e parcelamento. Inconstitucionalidade da Lei n° 3.394, de 4 de maio de 2000, regulamentada pelo Decreto n° 26.273, da mesma data, do Estado do Rio de Janeiro.

(ADI 2906, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011 PUBLIC 29-06-2011 EMENT VOL-02553-01 PP-00001 RT v. 100, n. 911, 2011, p. 412-418 RSJADV out., 2011, p. 47-50)

É evidente que nesse caso o RJ demonstra o animo de fomentar o seu setor industrial, através da dispensa de juros e multa de mora e da concessão de prazo e forma de pagamentos especialmente vantajosas, após um prazo de carência de 12 meses sem qualquer correção e suprimida a aplicação dos acréscimos legais, o que evidencia a reflexa redução do imposto devido, preservando-se sempre o privilegio tributário de remissão parcial anteriormente concedido, de modo indevido.

Ao analisar os passos seguintes desse Estado subnacional foi apurado que este continuou com suas praticas duvidosas no âmbito de concessão indevida de ICMS, sendo um dos Estados que mais teve ADIN ajuizada em face dele no que se refere a essa matéria em questão. Dessas Adins n° 4.994, 4.933, 4.949, 4.834, 3.664, 1.577 e 2.376, apenas duas consideraram a lei e decreto do RJ inconstitucional sendo elas (ADI 3664, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal

Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-181 DIVULG 20-09-2011 PUBLIC 21-09-2011 EMENT VOL-02591-01 PP-00017 RTJ VOL-00219-01 PP-00187) e (ADI 2376, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2011, DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 EMENT VOL-02555-01 PP-00006).

As demais tiveram suas ações prejudicadas por dois motivos, ou o Rio de Janeiro conseguiu uma remissão de ultima hora no CONFAZ, graças a nova LC 160/2017 e convenio 190 do mesmo ano que permitiu a possibilidade para remissão de créditos cedidos indevidamente desde que cumpra com as imposições interpostas pelo conselho, e ate o momento da decisão desses processos o RJ estava cumprindo com os requisitos, segundo a própria ministra Carmem Lucia na (ADI n. 4.933, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Plenário, DJe 29.11.2019), alem da (ADI n. 4.997, Relator o Ministro Luiz Fux, Decisão monocrática, DJe 18/06/2018) e (ADI 4.834, Relatora a Ministra CÁRMEN LÚCIA, Decisão monocrática, DJe 28 / 11/ 2019).

E o segundo motivo para a ação prejudicada foi a revogação do objeto de analise antes da decisão do Supremo. Ou seja o RJ revogou as leis e decretos alvo de analise do STF, desta forma não foi possível haver julgamento, vide ADI 4.929 (Relatora a Ministra Rosa Weber, decisão monocrática, Dje 12.02.2019);e ADI 1.577 ( Relatora a Ministra Néri da Silveira, tribunal pleno, DJe 31.08.2001). Alem das normas revogadas não sofrerem com os efeitos da decisão.

Percebe-se que o Rio de Janeiro encontrou uma forma de driblar o STF ao aproveitar de sua morosidade para revogar suas normas antes do julgamento, desta forma seus contratos advindos dessa norma duvidosa nao sofrem com a retroagilidade dos efeitos dessa decisão. Com isto, utilizando da revogação como um subterfugo, a decisão do STF nao conseguem causar impactos positivos referente a manter a integridade da federação.

#### 4.3 Paraná

No decreto n.º 2.736 editado no dia 05 de dezembro de 1996, o Paraná estabeleceu uma alíquota de 7% para operações com fios de seda promovidas por estabelecimento industrial-fabricante localizado no próprio território. Violando aqui o artigo 152 do CF que não permite que a diferença tributaria ocorra por motivos de procedência ou destino, que é o que acontece aqui. Mas não para por ai, esta norma também prevê um crédito presumido nas operações interestaduais com produtos de informática e automação, resultando em uma carga tributaria de 7%. Além da concessão do mesmo tipo de benefício para outros produtos em percentuais que variam de 6,5% a 12,2% do valor da entrada dos mesmos em estabelecimento industrial, desde que recebidos de usina produtora ou de estabelecimento comercial não equiparado a industrial entre outras mercadorias<sup>9</sup>.

Outro sim, nesse decreto também estabeleceu que sobre os prazos normais de recolhimento, prevalecem os prazos definidos para as empresas, incluídas no programa de apoio ao investimento produtivo -Paraná mais empregos”. Ou seja, aqui foi instituído um prazo especial de recolhimento de imposto, e de acordo com o Convenio ICMS – 92/89 fixação de prazos superiores ao permitido pelo próprio é caracterizado como benefício fiscal<sup>10</sup>. Sendo que nenhum dos benefícios tratados nesse caso passou por uma reunião no conselho para que os outros Estados membros pudessem expressar seus votos, não correndo qualquer convenio para amparar tais benefícios, acarretando em uma violação constitucional.

Desta forma, no dia 24 de fevereiro de 2000 o Estado paulista sentindo-se prejudicado pelos efeitos deste decreto, tomou a mesma medida do caso anterior, em ajuizar uma ação ao STF em face de Paraná, com isto gerando a ADI n.º 2155. Como na ADI n.º 1179 (Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2002, DJ 19-12-2002 PP-00069 EMENT VOL-02096-01 PP-00054), seus objetivos era a inconstitucionalidade dos artigos que concediam esses incentivos além de pedir a suspensas dos efeitos desta norma, tendo em vista que o processo costuma a levar certo tempo para ser concluído e enquanto isso a produção de efeitos desse decreto continuaria prejudicando os demais entes subnacionais.

Paraná tentou apelar para o não cabimento da ação por ser um decreto autônomo,

entretanto conforme a liminar julgada no dia 15 de fevereiro de 2001, basicamente um ano após a distribuição do processo pelo pleno a seguir, o Supremo entendeu que:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS: "GUERRA FISCAL". AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO REGULAMENTO DO ICMS (DECRETO Nº 2.736, DE 05.12.1996) DO ESTADO DO PARANÁ. ALEGAÇÃO DE QUE TAIS NORMAS VIOLAM O DISPOSTO NO § 6º DO ART. 150 E NO ART. 155, § 2º, INCISO XII, LETRA "g", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO OS ARTIGOS 1º E 2º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 24/75. QUESTÃO PRELIMINAR, SUSCITADA PELO GOVERNADOR, SOBRE O DESCABIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, PORQUE O DECRETO IMPUGNADO É MERO REGULAMENTO DA LEI Nº 11.580, DE 14.11.1996, QUE DISCIPLINA O ICMS NAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, ESTA ÚLTIMA NÃO ACOIMADA DE

INCONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR. 1. Tem razão o Governador, enquanto sustenta que esta Corte não admite, em A.D.I., impugnação de normas de Decreto meramente regulamentar, pois considera que, nesse caso, se o Decreto exceder os limites da Lei, que regulamenta, estará incidindo, antes, em ilegalidade. É que esta se coíbe no controle difuso de legalidade, ou seja, em ações outras, e não mediante a A.D.I., na qual se processa, apenas, o controle concentrado de constitucionalidade. 2. No caso, porém, a Lei nº 11.580, de 14.11.1996, que dispõe sobre o ICMS, no Estado do Paraná, conferiu certa autonomia ao Poder Executivo, para conceder imunidades, não- incidências e benefícios fiscais, ressalvando, apenas, a observância das normas da Constituição e da legislação complementar. 3. Assim, o Decreto nº 2.736, de 05.12.1996, o Regulamento do ICMS, no Estado do Paraná, ao menos nesses pontos, não é meramente regulamentar, pois, no campo referido, desfruta de certa autonomia, uma vez observadas as normas constitucionais e complementares. 4. Em situações como essa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ainda que sem enfrentar, expressamente, a questão, tem, implicitamente, admitido a propositura de A.D.I., para impugnação de normas de Decretos. Precedentes. Admissão da A.D.I. também no caso presente. 5. Algumas das normas impugnadas não podem ser objeto de consideração desta Corte, em A.D.I., porque, temporárias, já produziram os respectivos efeitos antes de sua propositura, ficando sujeitas ao controle difuso de constitucionalidade, nas vias e instâncias próprias, e não ao controle concentrado, "in abstracto", segundo jurisprudência já pacificada no Tribunal. Quanto a elas, portanto, a Ação está prejudicada e por isso não é conhecida. 6. A Ação é, porém, conhecida no que concerne às demais normas referidas na inicial. E, a respeito, a plausibilidade jurídica ("fumus boni iuris") e o "periculum in mora" estão caracterizados, conforme inúmeros precedentes do Tribunal, relacionados à chamada "guerra fiscal", entre várias unidades da Federação, envolvendo o I.C.M.S. 7. Conclusões: a) não é conhecida, porque prejudicada, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, quanto ao art. 51, inciso V, e seu § 5º, "a"; ao inciso I do art. 577, ambos do Decreto nº 2.736, de 05.12.1996 (Regulamento do ICMS do Paraná); ao item 78 do Anexo I; ao item 6 da Tabela I do Anexo II; ao item 17-A da Tabela I do Anexo II; e ao item 22 da Tabela I do Anexo II; b) conhecida a A.D.I., quanto aos demais dispositivos impugnados na inicial, e deferida a medida cautelar, para suspender a eficácia, a partir desta data, das seguintes normas do mesmo Decreto (nº 2.736, de 5.12.1996, do Paraná): I - art. 15, III, "d"; II - art. 51, IV, §§ 3º e 4º; III - art. 51, XV e § 15; IV - art. 51, XVI e § 15; V - art. 51, XVII e § 16; VI - art. 54, inc. I; VII - art. 57, § 2º, "a" e "c"; VIII - art. 78 e seu parágrafo único; IX - art. 92-A; X - artigos 572 a 584, excetuado, apenas, o inc. I do art. 577. 8. Todas as questões decididas por unanimidade.

(ADI 2155 MC, Relator(a): SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2001, DJ 01-06-2001 PP-00076 EMENT VOL-02033-02 PP-00249 RTJ VOL-00177-03 PP-01136)

A reação do Estado intimado perante a essa decisão foi fazer diversos pedidos de reconsideração da decisão que deferiu a liminar, entretanto sem sucesso. Então ao tentar mais uma vez, requereu que a ação fosse declarada como prejudicada assim como a liminar ao comprovar que revogou os artigos que eram objetos de discussão de inconstitucionalidade. Desta forma, sem objeto a ser analisado não há como continuar com ação, então no dia 04 de junho do mesmo ano da concessão da liminar o relator do caso encerrou pelo motivo da presente ação se encontrar prejudicada.

Uma atitude que do início parece inofensiva, mas se for parar para analisar esse comportamento, percebe-se que o Estado paranaense primeiro se esforça o bastante para modificar o posicionamento do STF perante ao deferimento da liminar, isso porque normalmente a decisão final do julgamento normalmente tende a seguir os mesmos passos da liminar. Ou seja ao perceber que o STF não mudaria a decisão da liminar, a saída para não sofrer as consequências de uma decisão de deferimento do pedido de inconstitucionalidade, que o momento desse caso, 2001, ainda não era comum modificar os efeitos da decisão para ex nunc, isso começou a ser utilizado nesses casos de guerra fiscal mais tarde. Desta forma, revogar lei, uma prática que conforme for trazendo resultado de outros entes ficará bem claro que esse método tem como escopo desviar de qualquer impacto, mesmo que mínimo que o STF possa causar com sua decisão.

O ponto é que sem um objeto de ação, não há decisão, sem decisão não há efeito ex tunc imposto a lei, dessa forma, a lei que entrou em vigor em 1996 teve seus efeitos até 2001 quando foi suspenso o efeito da lei. Com isto, a lei de Paraná possuiu aproximadamente quatro anos e dois meses de efeitos sobre seus contribuintes e sobre os outros Estados e no final de tudo não houve o cancelamento desses efeitos causado pela decisão ao retroagir até a data do início da vigência da norma.

O comportamento dele não seria visto de forma perversa se Paraná parasse por aí, entretanto, quatro meses depois após a liminar ocorrida em fevereiro de 2001, no dia 29 de junho do mesmo ano. Isso significa que a edição dessas duas leis n.º 13.214 e 13.212 teve como o intuito restauração de uma boa parte dos incentivos indevidos do decreto n.º 2.736 revogado

no mesmo ano além de alargar outros E mais uma vez todo esse procedimento não passou pelos devidos requisitos já citados nesse trabalho. Dessa forma, ao tomar esse posicionamento, o olhar que tem com essa revogação muda, deixa de ser um simples ato de arrependimento por compreender que sua norma infringia a Constituição e passa a ser uma forma que esse ente encontrou para burlar o STF.

Com isto, São Paulo mais uma vez interpõe uma ADIN nº 2548 em outubro do mesmo ano, pedindo mais uma vez as mesmas coisas. Além de SP, Minas Gerais em 04 de março de 2005 também fez o mesmo gerando a ADIN nº 3422 ocorrendo o apensamento dos dois processos. Sendo que dessa vez o STF conseguiu julgar os processos, decidindo por unanimidade pela inconstitucionalidade nas normas, sem nenhuma novidade até aqui, até porque já está mais que claro o entendimento deles, entretanto nessas duas Adins não houve análise da MC mesmo com o pedido dos requerentes. Segue abaixo a decisão:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis nº 13.212/2001 e 13.214/2001, do Estado do Paraná, que concederam benefícios fiscais de ICMS de várias espécies (isenção, redução de base de cálculo, créditos presumidos e dispensa de pagamento), sem a observância de lei complementar federal e sem a existência de convênio entre os Estados e o Distrito Federal. 3. Violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Ação direta julgada procedente.

(ADI 2548, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/11/2006, DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007 DJ 15-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02280-01 PP-00190 RTJ VOL-00201-01 PP-00075 RDDDT n. 146, 2007, p. 218-219)

Essa decisão aconteceu em novembro de 2006 e como não tocaram no assunto da modulação temporal, a regra diz que o efeito produzido será *ex tunc*. Dessa forma a inconstitucionalidade retroagirá até a data da criação dessas duas leis. Todavia, Paraná entrou com Embargos de Declaração, uma forma de atrasar com o trânsito em julgado que só foi acontecer em junho de 2007. Quanto ao ED este foi negado, finalizando finalmente esse caso que começou com o nascimento de um decreto em 1996 e depois de diversos tomas lá da ca o Supremo conseguiu fazer valer a Constituição encerrando com esse descaso com a norma soberana.

Entretanto, não foi uma causa totalmente perdida para o Paraná, pois a lei de 94 que foi

revogada, tudo que ela produziu não foi tocado por esse julgamento. Isso porque o objeto de análise dessa decisão foi a lei nova, com isto a decisão surtiu efeitos até 2001. Ou seja, as vezes o STF consegue julgar o caso antes que uma remissão ou revogação aconteça, mas mesmo assim, logo depois disso, aparece outro caso parecido senão o mesmo do mesmo ente. Isso dá uma sensação de estar tampando o sol com a peneira. O STF faz valer das leis constitucionais, está a todo momento aplicando as e trazendo eficácia a elas, porém, não surtem impactos suficientes para modificar o comportamento dos Estados desta federação.

Quanto a reincidência de acordo com as pesquisas no site do STF, encontrou-se outros casos. Em janeiro de 2006 Paraná editou uma lei nº 12.985 e em fevereiro de 2007 editou outra de numeração 15.467, no intuito de conceder mais uma vez incentivos fiscais indevidos. Sendo desta forma objetos da ADI nº 4481, requerida pela confederação nacional da indústria onde pediu pela concessão da liminar pela suspensão das normais, além de que considere elas como inconstitucionais com efeito *ex tunc*. Entretanto, pela primeira vez o STF decidiu por modular os efeitos, tendo em vista a repercussão do caso e o prejuízo econômico para o Estado, para os contribuintes e conseqüentemente para a sociedade local, se aplicasse o efeito *ex tunc*. Isso porque a decisão só veio acontecer em março de 2015, desta forma, essas normas fizeram efeitos por 8 e 9 anos respectivamente. Com isto segue a decisão sobre a modulação:

**Ementa:** I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.  
(ADI 4481, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015)

Tendo em vista que as decisões da Suprema corte tem um caráter peculiar de serem extensas, não será exposto todos os votos na íntegra, pois a ementa acima já supre a necessidade

de mostrar o entendimento da turma. Entretanto, a autora desta monografia compreende ser de suma importância expor o voto do Ministro Marco Aurelio na integra, por ser o único que teve um posicionamento divergente dos demais. Desta forma segue a baixo o voto do Ministro Marco Aurelio ( ADI 4481, p.32 e 33):

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o pano de fundo é estreme de dúvidas: a guerra fiscal. O que havia quando da edição da lei? Jurisprudência pacificada do Supremo sobre a inviabilidade de outorga de benefício fiscal, sem o convênio previsto na Carta da República. Mas, não vinga no Brasil o império da lei, vinga no Brasil o critério de plantão, o interesse político, que não é o interesse político institucional, voltado ao avanço, à busca de dias melhores. Editou-se, em um Estado dos mais respeitáveis em termos de cultura, uma lei que, de forma escancarada – tanto que a decisão quanto à matéria de fundo mostrou-se unânime, não houve voz dissonante –, menosprezando inúmeros pronunciamentos do Supremo, implicou a guerra fiscal. Está ficando muito fácil editar diplomas legais à margem da Constituição Federal, porque depois, em passo seguinte, há o concerto do Supremo; mas concerto não com "s", o concerto com "c". Dá-se, naquele período, o dito pelo não dito, salva-se a lei em detrimento da Carta da República, como se esta tivesse ficado em suspenso no período, não vigorasse no território nacional. E me assusta muito que se vem, passo a passo, generalizando o instituto da modulação, a ponto de cogitar-se desse instituto quanto a algo que foi mais do que sinalizado – apenas não houve a edição de verbete de súmula pelo Supremo. Presidente, não se tem como deixar de pagar um preço que, a meu ver, é módico, por viver-se num Estado Democrático de Direito, que é o preço a direcionar à observância irrestrita dos ditames constitucionais, a menos que se diga que a Constituição não é rígida, é uma Constituição flexível, que pode ser colocada em segundo plano. Dir-se-á que foram beneficiados contribuintes. Esses contribuintes tiveram uma situação jurídica aperfeiçoada? Não, acabou de assentar o Supremo, de certificar o Supremo, no que colou à lei do Estado do Paraná a pecha de inconstitucional. O que a Carta da República protege, em cláusula pétreia, é a situação jurídica aperfeiçoada, e apenas se diz que a situação é aperfeiçoada quando harmônica com a ordem jurídica. E capitaneando essa ordem jurídica ainda se tem a muito pouco amada, por Estados, ante as conveniências governamentais reinantes, a Constituição Federal. Fico a imaginar em que caso se deixará de modular a decisão, se, num caso em que houve o desrespeito flagrante, frontal à Constituição, mais do que isso, a reiterados pronunciamentos do Supremo, é implementada a modulação. Não sei se sou compelido a pedir vênias para divergir, mas não vou pedir. É menoscabo à Carta da República editar uma lei como essa, em conflito evidente com a Constituição, já que a sujeição ao convênio unânime nela está em bom vernáculo, para chegar-se ao benefício, e, então, simplesmente, apostar-se na morosidade da Justiça, que, em um futuro próximo, acomodará a situação. Não se estimulam, dessa forma, os cidadãos em geral a respeitarem o arcabouço normativo constitucional em vigor. Ao contrário, em quadra muito estranha, incentiva-se a haver o desrespeito e, posteriormente, ter-se o famoso jeitinho brasileiro, dando-se o dito pelo não dito, o errado pelo certo. Não modulo, Presidente. (ADI 4481, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18- 05-2015 PUBLIC 19-05-2015)

Como pode ser percebido o Ministro Marco Aurelio não concordou com a modulação, pois trazer os efeitos da decisão para começar no momento da data da sessão de julgamento no entendimento dele acaba por trazer a sensação de que “o crime compensa”. É interessante o apontamento dele em compreender que esse comportamento incentivará mais desrespeito a

Constituição, pois agora haverá vantagem para o Estado, sendo ou não “pego” pela Corte. É como se quando a decisão no Supremo pode causar um impacto financeiro negativo ao Estado, ocasionando uma possível quebra do Estado, a decisão fique mais branda, com efeitos mais brandos.

Em suma, de fato o ex nunc traz uma sensação de impunidade, porem, os efeitos ex tunc também não está causando impactos positivos, uma vez que os Estados aprenderam a se esquivar disso. Como o Ministro supracitado elucidou “ o famoso jeitinho brasileiro” de fazer o que quer, passando por cima dos demais para conseguir para atingir seus objetivos. Adentrando na ideia deste Ministro, a fama de um carioca “ malandro é malandro mané é mané” elucidada bem as atitudes dos Estados membros, passando a perna o tempo inteiro nos seus entes vizinhos, quando não é isso, é o parlamentar derrubando o veto do governador para fazer sua vontade. Pois se fazem de dissimulados e tentam a todo custo fazer o que querem, pois aparentemente todo esse conflito compensa.

#### 4.4 Mato grosso

Em 30 de dezembro de 1998 este Estado editou a Lei n° 7.098 com o intuito de favorecer os contribuintes que estivessem ou viessem para seu território, configurando desta forma um incentivo fiscal<sup>11</sup>. Pois modificou a concessão do crédito tributário, isso quer dizer que para os contribuintes que comprarem no Estado de Mato Grosso ou importado, teria a o crédito total do imposto pago em 48 meses, agora para comprar em outro território da federação teria o crédito correspondente à alíquota interestadual de 12% ou 7% em 48 meses sem o direito ao crédito do diferencial de alíquota. Ou seja, haveria aí uma distinção tributária com relação a procedência da mercadoria. O mesmo objeto, se comprado no meu território há benefícios, entretanto se comprar em outro território haverá prejuízo, pois haverá a comutatividade nesse caso, desrespeitando o artigo 152 da Lei Maior. Além disso, em nenhum momento este benefício passou por um convenio, para deliberação dos demais Estados.

Devido esse cenário foi impetrado em face desse ente uma ADI n° 4623 em 21 de junho de 2011, com o pedido de medida liminar para suspender os efeitos dessa lei ate o momento da decisão do STF alem de requerer o reconhecimento pela inconstitucionalidade desta norma. Entretanto a Corte decidiu por adotar o rito do artigo 12 da lei n° 9.868/99, com isto não julgou a liminar, mesmo a norma já tendo efeito e suposto prejuízo há 13 (treze) anos. Desta forma, o assunto só foi julgado no dia 16 de junho de 2020 como procedente, tendo ex tunc como efeito da decisão.

Claro que, uma vez comprovado que a norma tratava de ICMS e ela trazia algum beneficio fiscal não sendo feito de acordo como preza a Constituição, não há duvidas de que o posicionamento do STF seria diferente do que foi até agora, pois é de entendimento pacifico reconhecer a inconstitucionalidade da lei.

Entretanto em outubro de 2019, aproximadamente oito meses antes da citada decisão, o intimado decidiu por revogar a norma objeto da ação. Desta forma, conforme o voto do Ministro Marco Aurelio a ação deveria ser prejudicada por não existir mais a matéria ate então discutida, pois não é cabível julgar algo que não existe mais<sup>13</sup>. Ele e a Ministra Rosa Weber foram os únicos que levantaram o fato da lei ter sido revogada, entretanto, foram vencidos. Por este fato, Mato Grosso recorreu com um embargos de declaração para entenderem que não havia norma para ser julgada, entendendo isso como uma obscuridade da decisão e caso esse primeiro ponto não fosse considerado, para que modificasse os efeitos temporais da sentença, modulando com efeitos ex nunc, para começar a valer a partir da sentença e não retroagir 22 ( vinte e dois) anos de lei.

Todavia, de acordo com a relatora do caso, a Ministra Cármen Lúcia, entendeu por negar este recurso, que aconteceu no dia 13 de outubro de 2020, tendo em vista que a ausência de requisitos para tal, como a obscuridade, contradição ou omissão. E com o voto da relatora se encerrou o caso mantendo a inconstitucionalidade com efeitos ex tunc de uma lei que já não vigorava mais na época do julgamento, conforme é exposto na ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 6º DO ART. 25 DA LEI N. 7.098/1998 DE MATO GROSSO. LEGITIMIDADE ATIVA AD

CAUSAM. CONSTITUCIONALIDADE DA QUESTÃO REFERENTE À OBSERVÂNCIA DA EQUAÇÃO CRÉDITO/DÉBITO NAS OPERAÇÕES COM ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. CONFIGURAÇÃO NACIONAL DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO TRIBUTÁRIO. PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE DIFERENCIAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS QUANTO À PROCEDÊNCIA OU AO DESTINO. INCONSTITUCIONALIDADE DE RETALIAÇÃO TRIBUTÁRIA A BENEFÍCIO FISCAL CONCEDIDO POR OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL E ALÍQUOTA INTERNA DO ESTADO DE DESTINO. REPARTIÇÃO DOS VALORES OBTIDOS. JUSTIÇA TRIBUTÁRIA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. Ao reconhecer a possibilidade de legítima explicitação do conteúdo do inc. I do § 2º do art. 155 da Constituição da República pela Lei Complementar n. 87/1996, com as alterações das Leis Complementares ns. 92/1997, 99/1999 e 102/2000, este Supremo Tribunal assentou advir da Constituição da República a necessidade de observância da equação crédito/débito referente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS. 2. As determinações do art. 146 e do inc. I do § 2º do art. 155 da Constituição da República direcionam-se à lei complementar nacional, na qual devem ser estabelecidas diretrizes básicas para regulamentação geral do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, o qual, apesar de dever ser instituído no exercício de competência estadual, tem configuração nacional. 3. Nos termos do inc. I do art. 24 da Constituição da República, é concorrente a competência para legislar sobre direito tributário, inclusive sobre o regime de compensação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS. 4. Nos termos do art. 152 da Constituição da República, não se pode reconhecer a validade constitucional do § 6º do art. 25 da Lei n. 7.098/1998, de Mato Grosso, no qual se confere desvantagem econômica às operações interestaduais realizadas pelos contribuintes do ICMS sediados em Mato Grosso ou que tenham como Estado de destino aquela unidade da Federação. 5. Este Supremo Tribunal tem negado validade constitucional à retaliação tributária como meio de combate a benefício fiscal unilateral concedido por Estado-membro em descompasso com a al. g do inc. XII do § 2º do art. 155 da Constituição da República. 6. Ao impossibilitar-se o crédito do valor referente à parcela resultante da aplicação do diferencial de alíquota, pelo § 6º do art. 25 da Lei mato-grossense n. 7.098/1998, promove-se a desfiguração de uma das características mais significativas do ICMS: a incidência real sobre o valor agregado em cada operação. Essa prática conduz à eliminação, ainda que parcial, do princípio da não cumulatividade, previsto no inc. I do § 2º do art. 155 da Constituição da República, o que se revela constitucionalmente inaceitável, excetuadas as situações previstas no inc. II do § 2º do art. 155 da Constituição da República. 7. Nos termos do inc. VII do § 2º do art. 155 da Constituição da República, em operações interestaduais nas quais se destinem bens a consumidor final, incide a alíquota interestadual em favor do Estado de origem, apurando-se o valor do imposto, que seguirá destacado na nota fiscal, cabendo ao Estado de destino calcular a diferença entre a alíquota interna e a alíquota cobrada pelo Estado de origem, incidindo esse diferencial de alíquota sobre o valor da operação, calculando-se assim o montante do imposto a ser recolhido para o Estado de destino. Esse regime não conduz à diferenciação de lançamentos e autonomia de etapas, revelando-se meio de repartição do valor recolhido de imposto entre os Estados de origem e de destino, como medida de justiça tributária. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para reconhecer a inconstitucionalidade do § 6º do art. 25 da Lei n. 7.098, de 30.12.1998, de Mato Grosso.

(ADI 4623, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-202 DIVULG 13-08-2020 PUBLIC 14-08-2020)

Enquanto a ADI 4623 estava tramitando ainda, antes da sentença de 2020, em julho de 2003, este ente criou o Decreto n° 989 com escopo de disponibilizar benefícios fiscais ao diminuir para 7% a alíquota sendo que nessa época a alíquota entre os Estados era de 12%, com relação ao ICMS sem ter passado pelo conselho, além do fato que a disposição desses incentivos agride muitas normas constitucionais, não apenas a 155 §2, XII, “g”. Isso causou desconforto e prejuízo a outros Estados, com isto, o Distrito Federal autuou uma ADI de n° 3312 no dia 27 de setembro de 2004, pedindo o reconhecimento da inconstitucionalidade e a suspensão na medida cautelar.

É curioso que no caso do Paraná houve a modulação temporal aplicada pelo motivo da lei ter gerado seus impactos no mundo concreto por muito tempo. Entretanto, no caso acima escolhem por não modular, abalando com a segurança jurídica, sendo que a lei do Estado de Mato Grosso gerou consequências por mais de 20 anos. O que pode-se observar é que o entendimento sobre modular nesses casos da turma mudou. Porém isso reforça o fato de que não será aos efeitos temporais da decisão que vai trazer impactos suficientes para diminuir com essa guerra.

Entretanto, mais uma vez o STF não julgou a medida liminar suspendendo a norma, para impedir a continuação dos seus efeitos até a data da sentença que costuma demorar, isso porque adotaram o rito do artigo 12 da Lei n° 9.868/99 indo direto para o julgamento que aconteceu no dia 16 de novembro de 2006. Tendo como resultado a inconstitucionalidade da lei em 2006 com efeitos ex nunc.

É a partir dessa ADI acima que considero reincidência as demais práticas que serão abordadas a seguir. Isso porque, de acordo com todos os processos tendo este ente como intimado que eu pesquisei, que ao todo são 9 (nove), essa ADI é a que foi julgada primeiro. Desta forma, as leis que foram editadas após esse julgamento, compreenderei como reincidência, pois mesmo sabendo do posicionamento do STF, conhecendo a Constituição Federal e por já ter passado pela situação, esta torna-se mais peculiar ao perceber que MT continuou tentando com a prática.

Com isto, Mato Grosso, por meio do Decreto n° 563 de 29 de julho de 2011, introduziu o artigo 15, no Anexo IX, do Decreto n° 1.944 de 06 de outubro de 1989, que estabelece o Regulamento do ICMS local, para conceder crédito presumido, no percentual de 64,29% no período de agosto a dezembro de 2011 e de 50% a partir de 2012, nas saídas interestaduais de carnes miudezas comestíveis de vários gêneros e tipos, estendendo o benefício, pelo acréscimo feito pelo Decreto n° 604 de 16 de agosto de 2011, e aperfeiçoando pelo Decreto n° 719, de 26 de setembro de 2011. E é evidente que não houve uma deliberação no conselho.

Por consequência, o Estado de São Paulo entrou com uma ADI n° 4936 em abril de 2013, com pedido de medida cautelar<sup>15</sup>. O Supremo concedeu a suspensão em setembro de 2017 por um prazo de 180 dias, enquanto isso ambas as partes deveriam prestar mais informações por entender a urgência do caso. Um dos motivos para a suspensão foi que em 2017 veio a LC n° 160 que aborda a remissão de crédito em discordância com o 155 §2 XII “g” na intenção de regularizar esses incentivos indevidos no prazo de 180 dias após a data da publicação dessa LC. Ou seja, Mato Grosso tem 180 dias para conseguir essa remissão do CONFAZ e com isto deixar de estar na ilegalidade. Entretanto, para essa remissão acontecer, é necessário fazer algumas modificações auxiliadas pelo próprio CONFAZ, para ter essa anistia.

Tendo em vista toda essa situação, o que o STF não percebeu no momento de conceder a liminar era que MT já tinha revogado suas normas através dos Decretos n° 2.582, e 2.583, ambos editados no ano de 2014. Porém, no momento do julgamento, isso já no ano de 2019, perceberam a existência da revogação, e com isso entenderam que a ação estava prejudicada por não ter mais objeto para julgar. Ou seja, mais uma vez o resultado de um ente usando dessa manobra para afastar o pouco de impacto que o STF tem. Reforçando a análise de que as decisões do Supremo referente a essa matéria não são suficientes para diminuição e ou erradicação da guerra fiscal. Seu papel por mais que seja de não permitir que os Estados se tratem como potenciais inimigos e evitar a quebra da unidade nacional, seus julgamentos não trazem consigo impactos para causar essa melhora no ordenamento jurídico e político, servindo apenas de paliativo.

E por fim, esse ente não acabou por aqui, criou mais leis e decretos concedendo incentivos fiscais sem a devida deliberação dos demais Estados através do CONFAZ. Leis essas que são

Lei 9.855, de 26 de dezembro de 2012, e, do Decreto 1.673, de 21 de março de 2013 impugnadas na ADI 5762 e Lei Complementar 631 de 31 de julho de 2019 impugnada na ADI 6319. Até o presente momento ambos se encontram em andamento e até agora nada foi decidido, nem mesmo a liminar. Sendo que a Lei 9855 já foi revogada por vontade própria através da Lei Complementar 631, não existindo mais o objeto da ação, provavelmente no dia que julgarem o caso vão reconhecer que a ação foi prejudicada. Com relação a LC 631 que foi a causadora da revogação da lei anterior, encontra-se em matéria de análise da outra ADI supracitada, entretanto, MT conseguiu agendar uma reunião com os demais Estados através do CONFAZ para fazer a deliberação de sua LC, neste caso também tornará a ação inviável para ser julgada.

## CONCLUSÃO

Conforme apresentado ao longo dessa monografia, é possível reforçar a importância do assunto abordado, visto que o mesmo pode impactar fortemente a segurança jurídica do ordenamento jurídico e político, a relação dos entes entre si, o prejuízo dessa prática para os Estados vizinhos que sofrem as consequências da guerra fiscal trazida pelo outro ente, fora o abalo a Constituição Federal, ao federalismo e a Corte desta Nação. Essa irresponsabilidade fiscal do Estado causa até hoje discussões de como diminuir, irradiar, e como o STF que tem esse condão de julgar essa prática devido ao fato do controle judicial ser uma das bases de sustentação do regime federal. Nada mais válido e importante analisar como esses Estados vem reagindo ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

As informações e dados apresentados neste trabalho contribuem de forma significativa para o campo de estudo sobre as formas que o poder judiciário tem de amenizar as situações. E como pode ser analisado no trabalho acima, o Supremo está mais para uma forma paliativa de contenção só que de fato ser um dos agentes que vão resolver esta guerra. Pois conforme o que já foi visto o problema não se encontra na falta de diálogo institucional entre o STF e os entes, não porque não conseguem se comunicar, mas pelo fato os Estados não querem isso. Sendo assim, as decisões trazem impactos a sociedade e aos contribuintes, mas de acordo com o comportamento do Estado não sofre impactos das decisões de controle do STF, não o suficiente, para reduzir o comportamento ilícito do Estado quanto a concessão de benefício fiscal de ICMS.

Os conteúdos aqui apresentados demonstram que muitas outras pesquisas ainda podem ser realizadas sobre o comportamento dos Estados, suas motivações em cometer tais atos e possíveis métodos para frear esses entes, devido à importância do tema e inúmeras contribuições para o meio acadêmico, com a finalidade de compreender melhor em como se dá a guerra fiscal, seus motivos e quem sabe a descoberta para o fim da crise desse regime federal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. São Paulo: Método, 2016. Disponível em: [https://www.academia.edu/29070636/Direito\\_Tribut%C3%A1rio\\_Esquematizado\\_-\\_Ricardo\\_Alexandre?auto=download](https://www.academia.edu/29070636/Direito_Tribut%C3%A1rio_Esquematizado_-_Ricardo_Alexandre?auto=download). Acesso em 04 nov. 2019.

ATALIBA, Geraldo. **Constituição e Constituinte: Regime Federativo**. São Paulo: RT, 1987.

BALEEIRO, Aliomar; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo Gen - Editora Forense, 2018, ed: 14<sup>a</sup>. Disponível: <https://docero.com.br/doc/c15s1v>. Acesso em: 03 nov. 2019.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. **Guerra Fiscal e o Ativismo Judicial Negativo: Mapeando o Conflito Federativo no Supremo Tribunal Federal**. Revista Política Hoje, 1. ed., v. 23, 2014.

BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. **Novos rumos do federalismo**. Revista brasileira de estudos políticos, nº 56, janeiro, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 23 junho de 2020.

\_\_\_\_\_, **Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc87.htm). Acessado em 10 nov. 2019.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 9.868 de 10 novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Aceso em 14 de setembro de 2020.

\_\_\_\_\_, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 196. **Código de Tributário Nacional**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm). Acesso em: 02 nov. 2019.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 19**, Relator: MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09 /02/2012, ACÓRDÃO ELETRONICO DJe-080 DIVULG 28-04-2024 RTJ VOL – 00229-01 PP- 00011.

\_\_\_\_\_, **ADI 2377 MG**, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator: Ministro MENEZES DIREITO, Data de julgamento: 07/11/2007. TURMA. Data de publicação: DJ 14/11/2007 S/P. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=216&dataPublicacaoDj=07/11/2003&incidente=3702950&codCapitulo=5&numMateria=35&codMateria=1>. Acesso em 23 junho de 2020.

BURDEAU, Georges; **La democracia**, Caracas / Barcelona, Ariel, 1960, versão portuguesa, Paulo António. **A democracia**. 1970.

CARVALHO, Ernani. **Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política**. *Análise Social: revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 44, n. 191, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Descompasso entre a Federação brasileira e a realidade nacional**. In: \_\_\_\_\_. **Guerra Fiscal: Reflexões sobre a concessão de benefícios no âmbito do ICMS**. São Paulo: Noeses, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**, v. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DALBY, Simon. **Political space: autonomy, liberalism, and empire**. *Alternatives*, v. 30, n. 4, 2005.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4ª edição tradução Hermínio A. Carvalho São Paulo: Martins Fontes (Coleção justiça e direito) 2002.

DIEZ, Manoel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. 1981. Disponível em: <https://franjamoradaderecho.com.ar/biblioteca/abogacia/5/ADMINISTRATIVO/Manual-de-D-Admin-Manuel-Maria-Diez-T-II.pdf> . Acesso em 04 julho 2020.

ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. **O Supremo Tribunal Federal como Árbitro ou Jogador? As Crises Fiscais dos Estados Brasileiros e o Jogo do Resgate**. *REI-Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, 2018.

ELALI, André. **Incentivos fiscais internacionais: concorrência fiscal**, mobilidade financeira e a crise do Estado. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FAVOREU, Louis; MASTOR, Wanda. **Les cours constitutionnelles**. Dalloz, 2016.

FERNANDES, Mônica Tonneto. **O ICMS e a guerra fiscal**. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, São Bernardo do Campo, v. 6, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Significação e alcance das " cláusulas pétreas"**. Revista de Direito Administrativo, v. 202, 1995.

FERREIRA, Luiz Pinto. **As emendas à Constituição, as cláusulas pétreas e o direito adquirido**. In: \_\_\_\_\_ **La Constitución de 1978 y el constitucionalismo ibero-americano**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Espanã), 2003.

FERREIRA, Ricardo J. **Manual do ICMS**. Rio de Janeiro: Ferreira, 2003.

GIBSON, Edward. **Federalism and Democracy in Latin America: Theoretical Connections and Cautionary Insights**. Baltimore: Johns Hopkins University, 2004.

GUERRA FILHO, W. S. 2000. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos.

GUEVARA, Che. **Benefício fiscal de ICMS ao setor de informática e as decisões do STF: um estudo de caso no Paraná—ADI 2548-1**. 2018.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787-1788**. Tradução Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. LeBooks Editora, 2019. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=txCeDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=hobbes+leviata&ots=NaqiK88j6h&sig=3t-Vif7ayRDu7wqiQ\\_0MRPmlFmE#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=txCeDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=hobbes+leviata&ots=NaqiK88j6h&sig=3t-Vif7ayRDu7wqiQ_0MRPmlFmE#v=onepage&q&f=false). Acesso em 07 julho 2020.

JORGE, Társis Nametala Sarlo Jorge. **Manual do ICMS: direito tributário material, processual e direito penal tributário**. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2007, p. 183.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**, 6º ed, São Paulo: Martins Fontes, 1998, tradução de João Baptista Machado.

LOBATO, A. C. **Para uma nova compreensão do sistema misto de controle de constitucionalidade: a aceitação do controle preventivo**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo, v. 2, n. 6, 1994.

\_\_\_\_\_. 1999. **A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado democrático de Direito**. In: ROCHA, L. S., STRECK, L. L. & MORAIS, J. L. B. (orgs.).

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O caso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. Brasília a. 43, n. 172 outubro/dezembro 2006, p. 37 – 43. Disponível em <https://docplayer.com.br/131317319-O-acaso-john-marshall-e-o-controle-de-constitucionalidade.html>. Acesso em 19 de julho de 2020.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Natureza Jurídica do Estado Federal**, 1948.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, Editora Saraiva, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional.** In: \_\_\_\_\_. **Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias.** 2008

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 851.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O poder Executivo e o poder Legislativo no controle de constitucionalidade.** Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 48, n. 186. 1995.

MORSCH, Natália de Azevedo. **Justiça fiscal e neutralidade fiscal: a questão do ICMS nas operações interestaduais.** 181 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. **Revista de informação legislativa,** v. 43, n. 172, p. 135-148, 2006.

PERES, Adriana Manni e MARIANO, Paulo Antônio. **ICMS e IPI: Teoria e Prática.** 4 ed. São Paulo: IOB, 2009.

RAMMÊ, Rogerio Santos. **O federalismo em perspectiva comparada: contribuições para uma adequada compreensão do federalismo brasileiro.** Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 10, n. 4, 2015.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **O Federalismo Numa Visão Tridimensional do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 13.

RIBEIRO, Antônio de Lima. **Teorias da administração**. Saraiva Educação SA, 2017. Disponibilizado em: [https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=yj9nDwAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT6&dq=Antonio+de+Lima+Ribeiro+2%C2%AA+edi%C3%A7%C3%A3o+%7C2009%7C+Teorias+da+Administra%C3%A7%C3%A3o&ots=PJ1vLIMI5F&sig=yY1CfVPPInl\\_MDt9FPTV8K50Y08#v=onepage&q=Antonio%20de%20Lima%20Ribeiro%202%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%207C2009%7C%20Teorias%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o&f=false](https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=yj9nDwAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT6&dq=Antonio+de+Lima+Ribeiro+2%C2%AA+edi%C3%A7%C3%A3o+%7C2009%7C+Teorias+da+Administra%C3%A7%C3%A3o&ots=PJ1vLIMI5F&sig=yY1CfVPPInl_MDt9FPTV8K50Y08#v=onepage&q=Antonio%20de%20Lima%20Ribeiro%202%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o%207C2009%7C%20Teorias%20da%20Administra%C3%A7%C3%A3o&f=false). Acesso em 02 julho 2020.

ROSSI, Pellegrino. **Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de droit de Paris**. Guillaumin et cie, 1877. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=Q-RcAAAACAAJ&oi=fnd&pg=PR5&dq=t%C3%AAtes+de+chapitre+pellegrino+rossi&ots=3Dbn26POR1&sig=CTRTwPF5nD1OYOIRD8JFjeq6jb4#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 15 julho 2020

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. São Paulo: método, 2015.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. **Curso de derecho constitucional comparado**. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1968. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/361531121/SANCHEZ-AGESTA-LUIS-Curso-de-Derecho-Constitucional-Comparado-1968-3> acesso em: 30 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”**. Cadernos de direito, v. 3, n. 5, 2003.

SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.) **Direito Tributário**. Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SILVA, J. A. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros. 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Federalismo e autonomias no estado brasileiro: federalismo nominal e federalismo de regiões**. I Simposium Internacional de Derecho Constitucional Autonómico. Espanha: Generalitat Valenciana, 1985.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SZELBRACIKOWSKI, Daniel Corrêa. **Guerra fiscal de ICMS no Brasil: exame sobre a unanimidade exigida para a concessão de incentivos fiscais no Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ)**. 2016.

TAVARES, A. L. L. 1986. **Aspects de l'acclimatation du *judicial review* au droit brésilien**. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, v. 4, 1986.

TAVARES, Marcus. **Vinte anos de política fiscal no Brasil: dos fundamentos do novo regime à Lei de Responsabilidade Fiscal**. *Revista de Economia & Relações Internacionais*, v.4, n7, p.84, 2005

TESAURO, Francesco. **Instituições de Direito Tributário**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2017, 21p.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Orçamento na Constituição*. Vol. 5. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 297.

TRAMONTIN, Odair. **Incentivos públicos a empresas privadas e guerra fiscal**. Curitiba: Juruá, 2008.

ZIMMERMANN, Augusto **Curso de direito constitucional**. 4ª ed, RJ ed lumen juris, 2006.