

DEFICIÊNCIAS DEMOCRÁTICAS NO CONFAZ

José Levi Mello do Amaral Jr.

Centro Universitário de Brasília - UNICEUB/USP

Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Doutor (USP) e Mestre (UFRGS) em Direito do Estado. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Brasília – DF. Brasil. Secretário-Executivo do Ministério da Justiça e Cidadania. Procurador da Fazenda Nacional de Categoria Especial. E-mail: <jose.levi@usp.br>.

Ariane Guimarães

Centro Universitário de Brasília - UNICEUB

Professora de Direito Tributário. Doutoranda e Mestre em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB). Visting Researcher em Georgetown. Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Análise Tributária. Advogada. E-mail: <arianecg@hotmail.com>.

RESUMO

O artigo objetiva refletir sobre as deficiências democráticas apontadas na formação e nos julgamentos do Conselho Nacional de Política Fazendária. O CONFAZ foi criado em 1975 para harmonizar as regras do tributo de competência estadual e conter a migração de investimentos. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 198 no STF questiona o quórum de votação (unanimidade) para aprovação dos benefícios e incentivos. A reflexão se estrutura na análise da concepção democrática de Robert Dahl, Karl Lowenstein e Luigi Ferrajoli bem como na teoria dos jogos para solucionar os conflitos federativos. As deficiências democráticas poderiam ser mitigadas com a introdução de quórum majoritário para aprovação dos benefícios fiscais, bem como que a composição contivesse representantes da sociedade civil, direta ou indiretamente. Além disso, a decisão acerca dos benefícios e incentivos deveria observar a metodologia da teoria dos jogos, estabelecendo ambiente cooperativo em detrimento da competitividade entre os entes federativos.

Palavras-chave: CONFAZ. Deficiência democrática. Guerra fiscal. Teoria dos jogos.

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ foi criado em 1975, após a instituição do ICM, em 1965, para harmonizar as regras do tributo de competência estadual e conter a migração de investimentos de um Estado a outro e, assim, o prejuízo nas receitas públicas.

Para isso, a Lei instituidora do órgão deliberativo em referência exige que a concessão de incentivos e benefícios fiscais seja precedida da chancela dos representantes (técnicos-fazendários) dos Estados presentes à reunião do CONFAZ.

Caso sejam concedidos sem a aprovação do CONFAZ, os benefícios e os incentivos concedidos são nulos e o crédito fiscal atribuído ao estabelecimento tomador será estornado. Além disso, com a nulidade, o imposto não pago será exigido do contribuinte. Com relação ao gestor público, a consequência prevista na LC n. 24/75 presume a irregularidade das contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e poderá haver a suspensão do pagamento das quotas referentes ao Fundo de Participação, ao Fundo Especial e aos repasses constitucionais.

Na prática, constata-se que, não raro, os Estados continuam a conceder benefícios e incentivos de modo unilateral e à revelia da exigência legal e constitucional. Em junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente quatorze ações diretas de inconstitucionalidade que atacavam leis estaduais que concederam benefícios fiscais de ICMS aos contribuintes, sem amparo em convênios interestaduais previamente deliberados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), em contrariedade ao artigo 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal.¹

Esse problema gera uma série de questionamentos: (i) o real impacto da guerra fiscal aos Estados, aos contribuintes e aos contribuintes que se aproveitam dos créditos outorgados aos seus antecedentes na cadeia produtiva; (ii) as possíveis soluções ao problema, como a convalidação dos benefícios editados em contrariedade aos postulados legais e constitucionais, a edição de nova sistemática de concessão de incentivos, a unificação das alíquotas do ICMS no território nacional, a transformação do ICMS em IVA, de competência federal; (iii) a responsabilização dos gestores públicos e o controle por parte do TCU em relação às legislações estaduais.

Dentre essa série de discussões, o presente ensaio se debruçará sobre a estrutura do próprio CONFAZ, bem como debaterá a sua compatibilidade com a Constituição Federal sob o ponto de vista da representação e da sua função no contexto político-jurídico das regras estatais. O assunto foi levado ao Supremo Tribunal Federal por intermédio do ajuizamento, pelo Governo do Distrito Federal, de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e a proposta consiste em examinar os argumentos à luz das concepções de democracia de Robert Dahl e Luigi Ferrajoli.

1 **ADI 2906** (Rel. Min. Marco Aurélio), SP x RJ. **ADI 2376** (Rel. Min. Marco Aurélio) MG x RJ. **ADI 3674** (Rel. Min. Marco Aurélio) RN x RJ. **ADI 3413** (Rel. Min. Marco Aurélio), ABIMAQ x RJ. **ADI 4457** (Rel. Min. Marco Aurélio), PR x RJ. **ADI 2688** (Rel. Min. Joaquim Barbosa): PR x PR. **ADI 3794** (Rel. Min. Joaquim Barbosa), PR x MS. **ADI 3664** (Rel. Min. Cezar Peluso), PR x RJ. **ADI 4152** (Rel. Min. Cezar Peluso), PR x SP. **ADI 3803** (Rel. Min. Cezar Peluso), PR x PR. **ADI 2352** (Rel. Min. Dias Toffoli), MG x ES. **ADI 1247** (Rel. Min. Dias Toffoli), PGR x PA. **ADI 3702** (Rel. Min. Dias Toffoli), ABIMAQ x ES. **ADI 2549** (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), SP x DF.

2 DESCRITIVO DAS REGRAS DO CONFAZ

O Conselho Nacional de Política Fazendária foi criado para coordenar o exercício da competência tributária dos Estados-membros para as desonerações do ICMS e evitar disparidades na repartição da receita estadual.

De fato, até 1967, o imposto incidente sobre a circulação de mercadorias era o IVC (Imposto sobre Vendas e Consignações), quando, então, passou a ser incidente o ICM.

Após a implantação do novo tributo, surgiu a necessidade de coordenação entre as várias Unidades da Federação, quando elas iniciaram processo de alteração nas normas básicas do imposto, fixadas na Legislação Federal, mediante atos que definiam uma política fiscal paralela.

A primeira medida adotada foi a criação de uma alíquota única para o ICM² de 15%, que teve de ser alterada para compatibilizá-la ao IVC nas regiões Norte e Nordeste. Esta conjuntura ensejou a aprovação e a publicação da Lei Complementar n. 24, de 7 de janeiro de 1975, que instituiu o CONFAZ.

O CONFAZ foi instituído para promover atividades necessárias à formulação de políticas públicas e à harmonização dos procedimentos e das normas do ICM nos Estados e Distrito Federal, as quais são importantes para a coexistência do exercício tributário desses entes federativos.

Com esse propósito, a competência atribuída ao CONFAZ consiste na edição de convênios para a definição das condições gerais de concessão de anistia, remissão, transação, moratória, parcelamento de débitos fiscais e ampliação do prazo de recolhimento do imposto de circulação de mercadorias.

A maioria de aprovação é a unanimidade dos representantes dos Estados-membros presentes nas reuniões deliberativas para a aprovação de isenções, reduções de base de cálculo, créditos presumidos, incentivos fiscais ou financeiros, prorrogações e extensões das mencionadas.

O órgão é composto por representantes não eleitos de todos os Estados-membros, ou seja, os Secretários Executivos de Finanças Públicas, ou o

2 REZENDE, Fernando. ICMS: Como era, o que mudou ao longo do tempo, perspectivas e novas mudanças. In *Cadernos Fórum Fiscal*, Brasília, n. 10: Fórum Fiscal dos Estados brasileiros, 2009, p. 4.

cargo que lhe faça as vezes, bem como do Ministro da Fazenda: representantes do Poder Executivo, portanto.

As reuniões deliberativas apenas podem ocorrer com a presença da maioria dos representantes das Unidades da Federação (quórum). A concessão dos aludidos benefícios fiscais depende, sempre da aprovação unânime dos Estados representados e a sua revogação total ou parcial, de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes.

Após a edição do Convênio, dentro do prazo de 15 (quinze) dias da respectiva publicação no Diário Oficial da União, independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação deve publicar decreto ratificador dos convênios celebrados. Será considerado rejeitado o convênio que não for expressa ou tacitamente ratificado pelo Poder Executivo de todas as Unidades da Federação.

Os convênios ratificados obrigam todas as Unidades da Federação, inclusive as que, regularmente convocadas, não se tenham feito representar na reunião.

Caso haja a edição de benefícios fiscais sem a observância da liturgia normativa prevista na LC n. 24/75, o ato será declarado nulo e ineficaz: (i) o crédito fiscal atribuído ao estabelecimento recebedor da mercadoria; e (ii) a consequente exigibilidade do imposto não pago.

Além disso, serão presumidas como irregulares as contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e haverá a possibilidade de suspensão do pagamento das quotas referentes ao Fundo de Participação e ao Fundo Especial.

Na estrutura burocrática estatal, o CONFAZ é órgão que integra o Ministério da Fazenda, nos moldes do Decreto n. 7.050, de dezembro de 2009.

A Constituição Federal trouxe em seu texto a referência à lei complementar para a tutela de isenções, benefícios e incentivos e, enquanto não editada, prevalecem as diretrizes da LC n. 24/75 para esta finalidade (art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da Constituição Federal).

Isso porque se pretendia manter a coordenação dos benefícios e incentivos estaduais centralizados em órgão de envergadura federal, bem como evitar a guerra fiscal.

A guerra fiscal produz externalidades e o aumento do custo de produção. Isso ocorre, segundo Amarante, porque “um agente interfere

no bem-estar do outro”³ quando atrai criação de riqueza em seu território e retira do outro Estado-membro.

Apesar da missão institucional do Conselho, avalizada pela Constituição Federal, quanto ao combate e à prevenção da guerra fiscal, fato é que, atualmente, os Estados-membros editam unilateralmente os benefícios fiscais, conforme exposto no tópico anterior. Tanto assim o é que há, no Supremo Tribunal Federal, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, 150 (cento e cinquenta) ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra benefícios e incentivos fiscais concedidos unilateralmente, sem observância ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, da CF.

A título exemplificativo, em junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente quatorze ações diretas de inconstitucionalidade que atacavam leis estaduais que concederam benefícios fiscais de ICMS aos contribuintes, sem amparo em convênios interestaduais previamente deliberados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), em contrariedade ao artigo 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição Federal. Os Estados envolvidos foram: Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Mato Grosso do Sul, Espírito Santo, Pará e Distrito Federal⁴.

Para compreender o problema, além de endurecer as regras, é de se questionar a adequação da estrutura do CONFAZ aos anseios e às necessidades dos contribuintes e dos próprios Estados.

3 AMARANTE, Adriano de. *Resenha da literatura da competição fiscal: com vistas na guerra fiscal no Brasil e uma proposta de análise por intermédio da teoria dos jogos*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002, p. 40.

4 ADI 2906 (Rel. Min. Marco Aurélio), SP x RJ. ADI 2376 (Rel. Min. Marco Aurélio) MG x RJ. ADI 3674 (Rel. Min. Marco Aurélio) RN x RJ. ADI 3413 (Rel. Min. Marco Aurélio), ABIMAQ x RJ. ADI 4457 (Rel. Min. Marco Aurélio), PR x RJ. ADI 2688 (Rel. Min. Joaquim Barbosa): PR x PR. ADI 3794 (Rel. Min. Joaquim Barbosa), PR x MS. ADI 3664 (Rel. Min. Cezar Peluso), PR x RJ. ADI 4152 (Rel. Min. Cezar Peluso), PR x SP. ADI 3803 (Rel. Min. Cezar Peluso), PR x PR. ADI 2352 (Rel. Min. Dias Toffoli), MG x ES. ADI 1247 (Rel. Min. Dias Toffoli), PGR x PA. ADI 3702 (Rel. Min. Dias Toffoli), ABIMAQ x ES. ADI 2549 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski), SP x DF.

3 OS QUESTIONAMENTOS SOBRE A ADEQUAÇÃO DO CONFAZ ÀS MATRIZES DEMOCRÁTICAS: A ARGUMENTAÇÃO LANÇADA NA ADPF 198

O CONFAZ foi criado para coordenar o exercício da competência tributária dos Estados-membros para as desonerações do ICMS e evitar a disputa entre os Estados na atração de investimentos.

Em 1994, o Supremo Tribunal Federal examinou a ADI 902⁵ e decidiu que o art. 34 do ADCT havia expressamente mantido a validade do órgão. Naquela oportunidade, foi feita referência apenas à necessidade de haver instrumento hábil de combate a isenções concedidas unilateralmente pelos Estados (no caso, o Estado de São Paulo concedera crédito presumido para a indústria de informática e automação). Não estava em discussão o próprio órgão.

No entanto, o Distrito Federal, em 2009, ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em face de dispositivos da LC n. 24/75, que criou o CONFAZ, relacionados à unanimidade, porque essa exigência violaria o Princípio Democrático e o Pacto Federativo.

As razões para ajuizamento da ADPF partem do pressuposto de que as regras do CONFAZ não podem ser aplicadas ao ICMS, tal qual disciplinado na CF/88, porque este órgão foi criado para regular o antigo ICM da Constituição de 1967, tributo antecedente, mas com contornos diversos dos estabelecidos na Carta de 1988.

Além disso, a necessidade de aprovação e ratificação unânime pelos Estados-membros afrontaria o Princípio Democrático porque desconsidera a vontade da maioria e, do mesmo modo, a autonomia dos entes federados: não seria razoável a exigência de unanimidade em país com tamanha pluralidade regional.

A democracia brasileira, segundo argumentos contidos na inicial da ADPF, proíbe o uso de mecanismos de discriminação que obstem a busca por uma sociedade plural e igualitária, na medida em que se exige a unanimidade dos membros presentes nas assentadas para a aprovação dos incentivos e benefícios fiscais a serem concedidos pelos Estados, desprezando a força da maioria. É que, nesses casos, a força de um representante é

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 902 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/1994, DJ 22-04-1994 PP-08941 EMENT VOL-01741-01 PP-00199.

tamanha de modo tal a afastar a manifestação da maioria. Seria a ditadura da minoria.

Na mencionada ADPF, o Ministério Público Federal manifesta-se pela adequação do CONFAZ à Constituição Federal. Defende que o ICMS deve ter tratamento uniforme para com os entes federativos, além de reforçar a função do órgão quanto ao estabelecimento de regras harmônicas. O *parquet* ainda afirma que o CONFAZ preconiza pela aprovação de benefícios apenas quando houver interesse da “nação”, sem considerar os interesses “meramente regionais”: em verdade, as políticas públicas regionais não deveriam ser concretizadas nessa esfera.

Já a Presidência da República afirma que a Constituição Federal não exige maioria para deliberações dos benefícios fiscais. A inexistência de regra expressa nesse sentido afastaria a pretensão do Distrito Federal. Além disso, a LC n. 24/75 exigiria unanimidade apenas entre os presentes, não de todos os membros, obrigatoriamente. Por outro lado, caso superada esta questão, a unanimidade seria necessária porque a maioria dos Estados não pode prejudicar os demais Estados (minoridade). A regra, portanto, se presta à defesa do direito da minoria.

A Advocacia Geral da União, por sua vez, defende a regra da unanimidade para que um Estado não seja lesado em razão de outro, bem como para combate da guerra fiscal.

A Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso pediu ingresso no feito como *amicus curiae* e argumenta que a advocacia da unanimidade no CONFAZ somente é positiva para Estados-membros industrializados, como São Paulo. Com efeito, a forma como definido violaria o princípio da isonomia, que demanda o tratamento de regiões do país de modo diferenciado na medida de sua desigualdade.

Na mesma linha de defesa, pronunciaram-se a FECOMERCIO-DF (Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Distrito Federal), Estado do Goiás, FIEMA (Federação das Indústrias do Estado do Maranhão), Estado da Paraíba e Estado do Mato Grosso, que inclusive chega a afirmar: “a exigência de unanimidade é antidemocrática, pois, em verdade, é um mecanismo injusto de manutenção de um status quo ditatorial que, por sua vez, impede a própria manifestação de vontade da maioria”.

Já o Estado de São Paulo defende a manutenção da regra da unanimidade e reúne os argumentos da AGU e do Ministério Público.

A par de tais argumentos contrapostos, passa-se à reflexão acerca da perspectiva democrática contida na Constituição Federal quanto à representatividade nos órgãos deliberativos e normativos.

4 DEMOCRACIA E ÓRGÃOS DELIBERATIVOS

Democracia é termo de difícil conceituação, pois sofreu variações semânticas e epistêmicas ao longo da história. O núcleo do regime indica o governo do povo, mas as concepções de “governo” e de “povo” sofreram transformações importantes nas respectivas conformações sociais, seja do ponto de vista vertical, seja do ponto de vista horizontal (entre as nações e em momentos históricos distintos)⁶.

A compreensão dos diversos níveis de democracia fez com que Dahl elaborasse a metodologia poliárquica de aferição dos níveis democráticos nos países que a experimentam. A partir da assertiva de que nenhum regime é completamente democrático *formalmente*, a proposta de exame empírico dos índices revela que praticamente nenhum país atingiu a plena democracia, o que é resultado da falta de inclusão popular⁷.

O raciocínio de Robert Dahl quanto aos níveis concretos de coeficiente democrático revela a dificuldade própria das ciências sociais no estabelecimento de parâmetros apriorísticos para análise social. Nada obstante, é possível identificar traços mais propensos ao aprimoramento da forma de governo democrático.

Nesse diapasão, são relevantes, para a definição do modelo democrático mais apropriado a representação e o direito equitativo de participação de cada um dos cidadãos nas escolhas públicas. De fato, devem observar a igualdade de voto, a cultura homogênea, concebida como o estabelecimento de objetivos comuns, a proteção dos direitos fundamentais e a garantia de igualdade entre os cidadãos⁸.

Para Loewenstein, que discorre sobre a Constituição ontológica, a classificação de um sistema

político como democrático e constitucional depende da existência ou carência de “instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político esteja distribuído entre os detentores do poder, e por meio dos quais os detentores do poder estejam submetidos a controle dos destinatários do poder, constituídos detentores do poder”⁹.

Essa concepção de democracia substancial parte de postulados clássicos desenvolvidos por Hans Kelsen e Alexis de Tocqueville, firmados na liberdade e na igualdade.

O homem em sociedade passa a estabelecer aparelhagem estatal e disciplina das relações entre si e dos homens frente ao Estado. A premissa no estabelecimento destas regras é a liberdade individual e a consequência é a conformação da estruturação política a partir do exercício do poder por eles mesmos ou por intermédio de seus mandatários.

Isso quer dizer que quanto mais próximo da maioria, mais livre seria o indivíduo. E a minoria? E quando há mudança de vontade? E quando cidadão é apenas inserido em uma dinâmica já existente e com ela não concorreu para as escolhas postas? São questões que confrontam a democracia.

Kelsen preocupa-se com a minoria e a considera fundamental para o exercício democrático. A ferramenta para a concretização é o sufrágio universal, por meio da eleição dos representantes do titular do poder: o povo.

De fato, a defesa dos interesses apenas da minoria passa a ser considerada como anômala na estrutura política, pois, se de um lado, a democracia evita a tirania da maioria, de outro, não pode representar a vontade da minoria sobrepor-se à da maioria em quaisquer ocasiões.

Alexis de Tocqueville descreve a teoria democrática a partir do acoplamento empírico da igualdade à liberdade e, para isso, defende a coexistência harmônica entre o desenvolvimento igualitário e a liberdade. Para ele, o liberalismo formal é insuficiente para a promoção da liberdade e, especialmente, para enfrentar a “uniformização e centralização do poder político e do consequente desaparecimento dos corpos intermédios”¹⁰.

De fato, a defesa da democracia liberal precisa se assentar na liberdade política, possível apenas por meio da participação. Assim, o senti-

6 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 372.

7 DAHL, Robert. *Poliarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale University, 1971.

8 DAHL, Robert. *On democracy*. Yale: Yale University, 1998, p. 85.

9 LOEWSENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 51.

10 FRANCO, Livia. *Pensando a democracia com Tocqueville*. São Paulo: Edições Loyola, p. 213.

do democrático é pragmático, porquanto somente atribuído ao governo que consagrasse a participação efetiva do cidadão¹¹. Por outro lado, a igualdade não pode ser tábua justificatória para a autoridade ilimitada do poder, motivo pelo qual, para Tocqueville, é sempre necessário inserir a liberdade na aplicação igualitária, sob pena de se abrir a porta ao despotismo popular.

A representação popular é garantida, sobremaneira, pela estrutura da separação dos poderes. A primeira concepção tida a respeito desta mecânica é a clássica dinâmica dos freios e contrapesos, de Montesquieu, que surge como combate ao absolutismo. Não se trata da paralisia institucional, mas de contenção mútua de possíveis abusos que poderiam ser praticados pelos detentores do poder, evitados por meio da contenção e do desmembramento das funções estatais¹².

Paulo Bonavides¹³ evidencia a importância desta concepção clássica de separação de poderes para a consolidação do regime democrático, com destaque para a construção da ideia de liberdade e o reforço do paradigma da Lei Fundamental como garantia para coibir arbítrios.

A forma de separação de poderes tal qual como concebida no século XIX não consegue responder aos anseios da contemporaneidade, que exige a concepção finalística do exercício do poder. Quer dizer que a separação dos poderes não é um fim em si mesma, não existindo apenas para limitação mútua do poder. Ao contrário, é pressuposto de formulação de regras públicas do povo e voltadas à satisfação popular.

A representação, desse modo, é elemento fundante da ideia de separação dos poderes, na medida em que a sua ausência revelaria uma verdadeira lacuna democrática, pois “os eleitos pelo povo não agem como representantes deste, mas simplesmente representam um papel dramático perante o povo, prudentemente colocado na plateia sem condições de intervir no palco”¹⁴.

De fato, a separação de poderes lida com os conflitos e com as contradições na sociedade, no contexto de uma sociedade plural. A introdução

de procedimentos “funcionalmente diferenciados (legislativo, judiciário e político-administrativo), mediante a institucionalização da divisão de poderes, aumenta a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder exigências do seu respectivo ambiente”¹⁵ político de contrapontos.

Esta afirmação implica na necessidade de abertura constante aos pontos de vistas divergentes de modo a permitir a ingerência das mais diferentes perspectivas na formulação do direito e nas escolhas públicas.

A perspectiva não difere da premissa pontuada por Dahl quando estabelece que a democracia é manifestada quando da oportunização a todos os grupos sociais de expressão. Para ele, mesmo quando não acolhida a demanda de um determinado grupo na decisão pública, a sua participação no processo de escolha confere-lhe legitimidade democrática.

Apesar de Dahl conferir importância na homogeneidade para a construção do ideal democrático, isto não quer dizer que ele afaste o diferente. Ao contrário, a homogeneidade afigura-se como a vontade de tomada de decisão no dissenso.

A única forma de alcançar a democracia é pela existência de um modelo de separação dos poderes que permita a detecção das decisões públicas aos argumentos apresentados pelo povo, não de modo simbólico, mas efetivo. Caso assim não seja, “regra democrática e administração profissional podem se tornam ferramentas de tirania”¹⁶.

Os mecanismos para a realização desta participação são a separação de poderes em legislativo, incumbido de editar regras em sentido abstrato; executivo, de propor medidas concretas de execução da política; e o judiciário, cujo papel cinge-se à aplicação do direito aos conflitos. Para a manutenção da harmonia, há a previsão de influxos de uma função sobre a outra.

A separação de poderes somente pode admitir que uma dada regra seja oriunda da manifestação do próprio destinatário, por intermédio de suas mais distintas formas de expressão.

Outro mecanismo – presente na Constituição brasileira como elemento de ratificação da ideia de representação – diz respeito aos órgãos deliberativos ou conselhos. Com efeito, são arranjos institucionais vocacionados à concretização da participação e do controle social, cuja missão

11 TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. São Paulo: Itatiaia Editora, 2005, p. 97.

12 CASTRO, Marcos Faro de. *Política e relações internacionais*. Brasília: Ed. UnB, 2005, p. 65.

13 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63.

14 COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das Constituições. In BONAVIDES, Paulo et al. *Constituição e democracia: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 87.

15 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81.

16 ACKERMAN, Bruce. *The new separation of power*. Harvard Law Review, 2000, v. 113, p. 640.

consiste em articular a participação, a deliberação e o controle estatal.

Os conselhos são fóruns de deliberação acerca das políticas públicas, paritários ou não, compostos por membros do governo e da sociedade civil, que apresentam elementos aos poderes, Executivo, Legislativo ou Judiciário a fim de subsidiar suas decisões ou, ainda, podem deter a prerrogativa da edição de textos normativos ou de julgamentos¹⁷.

A representação popular é tão importante para as escolhas que Robert Dahl afirma não ser exagerado dizer que, se os juízes fossem nomeados apenas por suas qualidades judiciais, sem considerar suas atitudes e reflexões sobre políticas públicas, a Suprema Corte não poderia, por isso, desempenhar papel influente que tem no sistema político americano¹⁸.

Luigi Ferrajoli, enaltecendo a participação popular, em ensaio sobre a democracia, assinala que a separação dos poderes, na modernidade, pressupõe “primeiro, a subordinação da jurisdição à legislação; em seguida, a subordinação da legislação à Constituição”¹⁹.

O princípio da legalidade, assim, alicerça-se no paradigma constitucional de complexidade estrutural e valor garantista desconhecido de um sistema meramente legislativo, do ponto de vista formal, destituído de uma Constituição substancial. Trata-se da superação da mera legalidade, como o resultado do processo legislativo: “é direito válido tudo e somente aquilo produzido por intermédio do exercício dos poderes igualmente subordinados

à lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto aos conteúdos do exercício”²⁰.

É que a democracia representativa embasa-se no voto popular, mas não veicula a decisão dos eleitos. Mesmo na democracia direta também se decide por intermédio da maioria e quem permanece em minoria fica subordinado à vontade heterônoma da maioria. Assim, a única possibilidade de efetiva autodeterminação popular seria em uma democracia direta na qual todas as decisões fossem tomadas à unanimidade.

No entanto, a unanimidade, “caso fosse verossímil, pressuporia uma destruição muito mais grave do espírito público: a homologação ideológica e o fim do pluralismo e do conflito político e, portanto, da própria liberdade: o que, contudo, caracteriza a democracia é muito mais o livre dissenso que o livre consenso”²¹.

A ideia de democracia garantística pode ser, portanto, articulada em quatro dimensões – “política, civil, liberal e social, as duas primeiras formais, e as outras duas substanciais – correspondentes às quatro classes nas quais se podem distinguir todos os direitos fundamentais: direitos políticos, direitos civis, direitos de liberdade e direitos sociais”²².

A visão contemporânea democrática parte da separação dos poderes ancorada na decisão fundamental, execução da decisão e controle político. O que há, na verdade, é um sistema de interpenetrabilidade, funcionando todos de forma harmônica, não havendo lugar mais, no Estado Moderno, para poderes estanques e impenetráveis²³.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 1, pp. 127-139, 2005, p. 138. Alguns exemplos de participação popular: “-participação da comunidade nas ações de seguridade social (art. 194, VII – CF); -participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos colegiados dos órgãos públicos, para defesa de interesses profissionais ou previdenciários (art. 10 – CF); -colaboração de associações representativas da coletividade no planejamento municipal (art. 29, XIII – CF); -colocação das contas dos municípios à disposição dos cidadãos, que poderão questionar-lhes a legitimidade (art. 31, § 3º – CF) -participação dos usuários dos serviços públicos na administração direta e indireta –(art. 37, §3º – CF) [...]”.

18 DAHL, Robert. Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. In *Journal of Public Law*, p. 279-295, 1957, p. 285.

19 FERRAJOLI, Luigi. Tradução de Alexandre Araujo de Souza. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

20 FERRAJOLI, Luigi. Tradução de Alexandre Araujo de Souza. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

21 FERRAJOLI, Luigi. Tradução de Alexandre Araujo de Souza. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

22 FERRAJOLI, Luigi. Tradução de Alexandre Araujo de Souza. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

23 LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. Chicago: Phoenix Books, 1965, p. 71.

5 O CONFAZ E AS REFLEXÕES SOBRE O CARÁTER DEMOCRÁTICO DOS ÓRGÃOS DELIBERATIVOS

As reflexões contemporâneas de democracia representativa permitem a afirmação de que há distanciamento entre a estrutura do CONFAZ e os pilares democráticos.

Se, de um lado, a regra democrática evita a prevalência da vontade da maioria sobre a minoria por meio de mecanismos de proteção, a vontade de uma eventual minoria de entes federados também não pode ser impeditiva das escolhas públicas em uma Federação. E é justamente isso que vige no CONFAZ.

A exigência de unanimidade nas deliberações do CONFAZ põe em cheque a concepção majoritária pelo reconhecimento da ditadura da minoria²⁴. Fernando Facury Scaff afirma que, pela regra da unanimidade, “o CONFAZ se torna o dono do ICMS e não cada Estado individualmente considerado”²⁵.

De fato, é importante contextualizar as regras do CONFAZ dentro do regime em que foi criado: “durante o autoritarismo, a regra da unanimidade possuía uma lógica interna ao sistema; durante o período democrático esta norma não pode prosperar, pois não encontra amparo em nenhuma norma constitucional”²⁶.

A regra da unanimidade é prejudicial à democracia. A solução para este caso poderia ser encontrada na teoria dos jogos (jogo de concessões mútuas). A propósito, o Ministro Gilmar Mendes é contrário à guerra fiscal, seja do ponto de vista constitucional-jurídico, seja da perspectiva política, uma vez que os benefícios concedidos unilateralmente provocam a denominada “guerra fiscal”, bastante desastrosa. Para o Ministro, o STF deve decidir essas questões de modo mais ágil,

24 KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. Considerações sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 198 e sobre a constitucionalidade do exercício da função extrafiscal de benefícios de ICMS por legislações estaduais sem prévio convênio autorizativo do CONFAZ. Ausência de guerra fiscal. In *Congresso Nacional dos Procuradores de Estado*. Brasília, 2013, p. 16.

25 SCAFF, Fernando Facury. *A inconstitucional unanimidade do Confaz e o surpreendente Convênio 70*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

26 SCAFF, Fernando Facury. *A inconstitucional unanimidade do Confaz e o surpreendente Convênio 70*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

pois é missão da Corte contribuir para a contenção dessa prática de modo a “rever essa estranha teoria dos jogos”²⁷ detectada com a guerra fiscal.

Os pressupostos da teoria dos jogos são: 1) o conceito de utilidade, que pactua entre os *players* que terão a maior satisfação possível, 2) jogos de estratégia pura e estratégia mista, os quais compreendem o conjunto de ações para alcançar resultados de forma racional, na primeira, e misturada com elementos aleatórios, na segunda, 3) jogos de estratégia dominante, tomada com base na melhor escolha, e dominada, ou seja, a eleita na melhor escolha possível, 4) jogos de forma extensiva e forma normal, que dependerá da quantidade de elementos que compõem a estratégia, 5) jogos de soma zero, cujos interesses envolvidos são absolutamente opostos, e soma não-zero, os quais contemplam interesses comuns e opostos, 6) cooperação (Teoria da Barganha), que parte da premissa de que é possível convergir os interesses comuns²⁸.

A aplicação desses pressupostos ao direito deve partir do fato de que, diferentemente das ciências exatas, as relações humanas partem de arranjos contextuais²⁹, sem que seja possível, prever, necessariamente, quando haverá a cooperação: em determinadas circunstâncias, os homens competem e, em outras, cooperam entre si, o que se baseia, essencialmente, nos diferentes graus de informação recíproca.

A ciência política utiliza a teoria dos jogos para análises entre as casas legislativas, por exemplo, pois aplica a ideia da cooperação para superar o conflito: a possibilidade de revisão dos “textos legislativos aprovados na Câmara dos Deputados pelo Senado Federal é um incentivo para que os deputados aprovelem textos compatíveis com a

27 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3803, Rel. Min. Cezar Peluso. DJ-e de 21-09-2011.

28 Este é resumo de capítulo desenvolvido por ALMEIDA, Fabio Portela de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*, v. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

29 Esse é o pressuposto adotado no presente texto é no sentido de que o direito é ciência apodítica, segundo a concepção aristotélica de que deve não pode ser testada como a ciência dura, mas demonstrada, de modo racional, por meio do estabelecimento de demonstrações e da argumentação, baseada na colocação de que “quando sabemos que essa causa é a causa de algo, e quando, além disso, não é possível que esse algo seja outro que não este” RODÉHN, Luiz. Racionalidade retórica, uma linguagem filosófico-hermenêutica em Aristóteles. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/viewFile/707/1133>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

Constituição e que sejam passíveis de aprovação pelas coligações³⁰.

Por sua vez, considerando que o direito é o campo em que são produzidos os enunciados normativos legais e a aplicação da norma para composição de conflitos, a teoria dos jogos é extremamente útil para encontrar soluções embasadas na cooperação e potencializar os ganhos³¹.

Isso porque ela tenta entender a lógica de uma situação de interação estratégica em que os participantes reconhecem a interdependência de suas decisões. Essa teoria está presente nas relações sociais, na esteira do que escreveu Karl Popper, para quem as ciências sociais deveriam tentar compreender objetivamente a lógica de uma dada situação de interação entre indivíduos, ou organizações, a partir dos objetivos dessa situação e do diálogo³².

Nesse contexto, a síntese é a de que a teoria dos jogos contribui para o Direito e é utilizada na formulação de políticas em que os interesses são conflitantes, pois proporciona maximização dos ganhos para os *players* envolvidos e diminui os litígios.

Sobre os conflitos entre Estados por busca de investimentos, sabe-se que o tributo assume funções extrafiscais, ou seja, destinadas à consecução de determinados resultados econômicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não apenas a obtenção de receitas para fazer face às despesas. A Fazenda Pública pode aumentar ou diminuir tributos a fim de atuar diretamente sobre os comportamentos de seus destinatários, de modo a neutralizar os efeitos econômicos e sociais e fomentando-os, ou seja, de normas que contêm medidas dessa política³³.

De fato, segundo o que dispõe o texto constitucional nos artigos 150, inciso II, e 151, inciso I, da Carta Magna, a isenção é uma importante fer-

ramenta à disposição do Estado, mediante a qual é possível ajustar a carga tributária, aliviando-a em determinados casos, ou seja, “quando os contribuintes de determinada área geográfica, estrato social, setor econômico, condições pessoais ou outras, eleitas pelo Estado, encontram-se em determinada situação econômica, na qual o Governo entenda justificada a isenção tributária”³⁴. Ainda é possível que essa via seja utilizada como estímulo ao desenvolvimento econômico de determinada região ou de determinado setor produtivo.

A concessão de benefícios fiscais gera disputas e conflitos, além de estimular a evasão fiscal em outros territórios, distorce as operações financeiras e os fluxos de investimento, enseja o aumento de tributação sobre a propriedade, o consumo e o trabalho, aumenta os custos administrativos e contratuais e compromete a equidade dos sistemas tributários³⁵.

Maria dos Prazeres Lousa, Diretora do Centro de Estudos Tributários do Ministério das Finanças e da Administração Pública de Portugal, aponta que os principais malefícios da concorrência fiscal concernem à interferência nas taxas efetivas da tributação e, conseqüentemente, nos investimentos, na competitividade e na alocação de recursos. Igualmente, a disparidade no tratamento tributário dos Estados pode provocar tratamento desigual dos rendimentos auferidos interna e externamente, obstaculizando a livre circulação de capitais³⁶.

Após a concessão unilateral de um benefício por parte de um Estado, os demais reagem e renunciam a parcela de suas respectivas arrecadações. Quem não age assim, mantém tributação e arrecadação superiores, tornando-se pouco atraente³⁷.

30 ALMEIDA, Fabio Portela de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*, v. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003, p. 45.

31 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. Boston: Addison Wesley, 2003, p. 38.

32 Inúmeros jogos são ilustrativos dessas situações, tais como “O dilema dos prisioneiros”, “O jogo do ‘galinha’” e “O jogo da caça ao cervo”. Encontra-se uma exposição didática desses jogos em FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

33 GUIMARÃES, Ariane Costa. *A política fiscal no Brasil para enfrentamento da crise econômica em 2008*. Congresso de Carreiras Jurídicas da AGU. 2010.

34 CSILLAG, João Carlos. Isenções fiscais de ICMS não contempladas em Convênios/CONFAZ – impactos negativos da guerra fiscal. *Revista de Direito Tributário*. n. 96, 2007, p. 75.

35 SHARMAN, J. C. *Norms, coercion and contracting in the struggle against harmful tax competition*. *Australian Institute of International Affairs*. London: v. 60, n. 1, mar. 2006, p. 145-146.

36 BORGES, Antônio de Moura. Considerações sobre o combate à concorrência tributária internacional prejudicial. *Revista Fórum de Direito Tributário*. São Paulo: v. 2, n. 12, nov./dez. 2004, p. 55.

37 “As taxas de crescimento da participação dos demais Estados na arrecadação do ICMS foram superiores às de São Paulo. A análise gráfica mostra certa estabilidade nos Estados e queda expressiva de participação na receita em São Paulo, na segunda metade da década de 1990, o que indica perda de receita potencial nos Estados”. NASCIMENTO, Sidnei Pereira. Guerra fiscal: uma avaliação com-

Essa sistemática traduz o chamado comportamento de *rent seeking*, segundo o qual a guerra por novos investimentos dilui o valor do investimento que se pretende obter. Trata-se, nas palavras de Wallace Oates, de uma “competição ao fundo do poço (*race-to-the-bottom*)”³⁸, uma vez que a tensão das relações intrafederativas visando renunciar cada vez mais à arrecadação de ICMS acarreta a todos uma externalidade negativa.

Embora a atuação isolada de cada Estado na concessão de benefícios possa atrair, de imediato, investimento, ela provoca distorções na política de crescimento econômico, na livre concorrência, na não-cumulatividade do ICMS e no ambiente federativo.

O mediador deveria ser órgão deliberativo centralizar da tomada de decisão e, para tanto, não se valer da unanimidade dos votos, mas da tentativa de acordos, por meio do levantamento dos interesses convergentes e divergentes de modo a estabelecer a política fiscal que potencializasse as vantagens para todos os Estados.

Não deveria haver a regra do tudo ou nada, tal qual prevista na LC n. 24/75 do CONFAZ. Ao contrário, a mediação dos interesses, com concessões mútuas, seria a forma de gestão de dissensos entre os interesses dos entes federativos.

O órgão deveria mediar os interesses para facilitar a comunicação entre as partes, que devem, com o auxílio do mediador, encontrar a solução para chegar a um acordo. Diferentemente do árbitro ou do juiz, o mediador não decide nada³⁹.

É imprescindível, nesse cenário, que este órgão deliberativo assumira a postura de agente coordenador da política fiscal estadual, mantendo a autonomia dos Estados quanto à atração dos investimentos para seus territórios, harmonizando-as com os programas e metas nacionais.

parativa entre alguns estados participantes. *Revisita de Economia Aplicada*. v.12, n.4, Ribeirão Preto, out./dez., 2008.

38 Wallace E. Oates, 1999. “An Essay on Fiscal Federalism,” *Journal of Economic Literature*, American Economic Association, vol. 37(3), pages 1120-1149, September. Vale destacar que a chamada “competição ao fundo do poço” também é estudada dentro da realidade canadense. Leitura da obra *Racing to the Bottom? Provincial Interdependence in the Canadian Federation*, de autoria de Kathryn Harrison, publicada em 2005 no Canadá pela The University of British Columbia.

39 ALMEIDA, Fabio Portela de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*, V. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003, p. 49.

Seria a ruptura da lógica de prevalência do interesse de alguns para que a decisão sobre benefícios fiscais possa ser embasada na sociedade civil e na maioria dos entes federativos.

Outro aspecto para reforçar a deficiência democrática diz respeito aos membros do órgão deliberativo: há apenas representantes do Poder Executivo. Representantes dos contribuintes ou, ainda melhor, do Poder Legislativo, poderiam tomar parte do CONFAZ.

Ora, os conselhos criados após a Constituição de 1988 procuram congrega representantes da sociedade civil para legitimação de suas decisões, principalmente quando relacionadas à edição de normas. Um bom exemplo é o Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS⁴⁰.

A democracia pressupõe a maior participação dos grupos representados na tomada de

40 “O Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS foi instituído pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei 8742, de 07 de dezembro de 1993), como órgão superior de deliberação colegiada, vinculado à estrutura do órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social (atualmente, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome), cujos membros, nomeados pelo Presidente da República, têm mandato de 2 (dois) anos, permitida uma única recondução por igual período. O CNAS é composto por 18 (dezoito) membros e respectivos suplentes, cujos nomes são indicados ao órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social, de acordo com os critérios seguintes: I - 9 (nove) representantes governamentais, incluindo 1 (um) representante dos Estados e 1 (um) dos Municípios; II - 9 (nove) representantes da sociedade civil, dentre representantes dos usuários ou de organizações de usuários, das entidades e organizações de assistência social e dos trabalhadores do setor, escolhidos em foro próprio sob fiscalização do Ministério Público Federal. O CNAS é presidido por um de seus integrantes, eleito dentre seus membros, para mandato de 1 (um) ano, permitida uma única recondução por igual período, e conta também com uma Secretaria Executiva, com sua estrutura disciplinada em ato do Poder Executivo (vide organograma). As principais competências do Conselho Nacional de Assistência Social são: aprovar a Política Nacional de Assistência Social; normatizar as ações e regular a prestação de serviços de natureza pública e privada no campo da assistência social; zelar pela efetivação do sistema descentralizado e participativo de assistência social; convocar ordinariamente a Conferência Nacional de Assistência Social; apreciar e aprovar a proposta orçamentária da Assistência Social a ser encaminhada pelo órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social; divulgar, no Diário Oficial da União, todas as suas decisões, bem como as contas do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) e os respectivos pareceres emitidos.

decisões popular, pois a interpenetrabilidade das atribuições próprias pelas funções estatais é condição para o exercício democrático.

Na organização política brasileira, a representatividade dos contribuintes e o seu exercício legiferante é realizado por meio de voto direto. No CONFAZ, há a edição de convênios, que têm força de lei, com a participação de Secretários de Fazenda, autoridades escolhidas pelos respectivos Governadores.

A participação ativa dos destinatários da norma quando da sua produção compõe a essência do ideal democrático. A participação apenas de representantes do Poder Executivo na deliberação de isenções, benefícios e incentivos fiscais em matéria de ICMS revela que a decisão daí decorrente não toma em consideração a vontade dos destinatários da norma, nem sequer indiretamente, pois não há assento para membros do Poder Legislativo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guerra fiscal é o resultado do conjunto de práticas realizadas pelos Estados da federação brasileira que, em busca de investimentos para seus territórios, concedem diversas desonerações fiscais, sem prévia aprovação pelo CONFAZ: enquanto alguns Estados “ganham” investimentos, outros “perdem” receita e o preço final é custeado pelo setor produtivo, diretamente, e pelos próprios entes federados, em longo prazo.

Os efeitos da guerra fiscal atingem o caixa dos Estados, a estratégia econômica dos investidores e, por fim, afeta o crescimento econômico. É que, se de um lado, as companhias têm acesso a reduções tributárias unilaterais, o que reduz custo de produção; por outro, como os diplomas normativos que os respaldam são inconstitucionais, tais benesses são instáveis e sujeitas a alterações a qualquer tempo. O resultado dessa prática, ao final, produz ambiente de incertezas para os contribuintes, o que afasta investimentos e prejudica a arrecadação de tributos.

O CONFAZ, órgão criado para coibir a guerra fiscal e a harmonização das regras de isenção, benefícios e incentivos, possui papel fundamental na coordenação das normas, mas a sua formatação precisa ser repensada.

O órgão revela as deficiências democráticas apresentadas acima, que se resumem: (1) na una-

nimidade para aprovação de convênios; e (2) na ausência de representatividade da sociedade civil ou do Poder Legislativo no órgão.

Pelas conclusões acima expendidas, a guerra fiscal, dentro da teoria dos jogos, pode ser classificada como um jogo não cooperativo, ou seja, um jogo de competição por meio do qual a vantagem de um impõe a desvantagem do outro. Além disso, a composição e a regra da unanimidade representam deficiência democrática porque não revelam a edição de norma representativa dos interesses da sociedade, nem sequer da maioria. Ao contrário, parece ser manutenção de interesses de certos Estados.

Os Estados, carecendo de investimentos, por vezes não obedecem às regras do CONFAZ e editam suas leis próprias isentivas de ICMS. Aqui, assumem a posição de oponentes e a postura de cada Estado interfere na função do seu competidor. Perdem, ao final, todos: Estados, investidores e consumidores.

A função entregue atualmente ao CONFAZ seria a de inibir esse jogo competitivo maléfico para estabelecer um jogo cooperativo democrático por meio do qual todas as unidades federadas e os contribuintes cooperassem mutuamente para alcançar melhores condições.

A representação da sociedade civil na composição do órgão para a edição de convênios, tal qual ocorre com o CNAS, por exemplo, seria de fundamental importância para a concretização do regime democrático poliárquico, no qual há a participação no processo deliberativo de todos os grupos afetados com a norma.

O atual estágio da guerra fiscal no Brasil revela a necessidade de reinvenção do modelo atual do CONFAZ. A reflexão apresentada aponta para a democratização do órgão deliberativo responsável por evitar a guerra fiscal e harmonização do ICMS: o CONFAZ deve ser o mediador cooperativo, que traria todas as informações disponíveis à mesa, de modo a identificar os interesses convergentes e divergentes para potencializar os ganhos mútuos: concessão de benefícios e incentivos fiscais para atração de investimentos de modo coordenado. Seria, portanto, afastada a regra da unanimidade para a adoção do consenso majoritário e a sua composição seria remodelada para inserção de representantes da sociedade civil (ou do Congresso Nacional) no debate concernente à edição dos benefícios, incentivos e isenções fiscais.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *The new separation of power*. Boston: Harvard Law Review, 2000.
- ALMEIDA, Fabio Portela de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*. V. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi do. Do positivismo jurídico à democracia em Kelsen. IN *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/demo_kelsen.ht>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- AMARANTE, Adriano de. *Resenha da literatura da competição fiscal: com vistas na guerra fiscal no Brasil e uma proposta de análise por intermédio da teoria dos jogos*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002.
- BORGES, Antônio de Moura. Considerações sobre o combate à concorrência tributária internacional prejudicial. *Revista Fórum de Direito Tributário*. São Paulo: v. 2, n. 12, nov./dez. 2004.
- CADE. *Revista de Direito Econômico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Consulta 0038/99.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CHANG, Ha-Choon. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das Constituições. In BONAVIDES, Paulo et al.. *Constituição e democracia: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. Malheiros: São Paulo, 2006.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. Boston: Addison Wesley, 2003.
- CSILLAG, João Carlos. Isenções fiscais de ICMS não contempladas em Convênios/CONFAZ – impactos negativos da guerra fiscal. *Revista de Direito Tributário*. n. 96, 2009.
- DAHL, Robert. *Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. In *Journal of Public Law*. 1957, p. 279-295.
- _____. *On democracy*. Yale: Yale University, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação popular na Administração Pública. In *Revista Trimestral de Direito Público*, nº1: 127-139, 2005, p. 138.
- FERRAJOLI, Luigi. Tradução de Alexandre Araujo de Souza. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- FRANCO, Livia. *Pensando a democracia com Tocqueville*. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- FRASCINO, Glaucia Maria Lauletta (org.). *Sinopse Tributária 2011 / 2012: reflexões atuais e suas perspectivas*. São Paulo: Regia Editora, 2011.
- GORDON, Richard A. *Tax havens and their use by United States taxpayers*. Washington: Book for business, 1991.
- GUIMARÃES, Ariane Costa. A política fiscal no Brasil para enfrentamento da crise econômica em 2008. *Congresso de Carreiras Jurídicas da AGU*. 2010.
- JORGE NETO, Paulo de Melo. *Competição entre os Estados por investimentos privados*. Universidade Federal do Ceará. 1998.
- KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. Considerações sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 198 e sobre a constitucionalidade do exercício da função extrafiscal de benefícios de ICMS por legislações estaduais sem prévio convênio autorizativo do CONFAZ. Ausência de guerra fiscal. In *Congresso Nacional dos Procuradores de Estado*. Brasília, 2013.
- LOEWSSENSTEIN, Karl. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- LOSS, Giovanni Ribeiro. A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE. *Revista IBRAC*. vol. 8, n. 2, p. 59-75. São Paulo: Ibrac, 2001.
- LOUSA, Maria dos Prazeres. *Harmonização da tributação directa*. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/parcerias/eu/cedoc-eu/monografias-1998/modulo-/HARMONIZACAO_%20DTRIBUTACAO_DIRECTA.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; CAMPOS, Cesar Cunha. *Federação e guerra fiscal*. São Paulo: FGV Projetos, 2011, v. 3.
- NASCIMENTO, Sidnei Pereira. Guerra fiscal: uma avaliação comparativa entre alguns estados participantes. *Revista de Economia Aplicada*. v.12, n.4, Ribeirão Preto, out./dez., 2008.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PACOBAYBA, Fernanda Mara de Oliveira Macedo Carneiro. O CONFAZ e a democracia brasileira: uma história com final feliz? In *Revista Eletrônica de Direito de Franca*. Franca: Faculdade de Direito, 2009.
- POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

RODEHN, Luiz. *Racionalidade retórica, uma linguagem filosófico-hermenêutica em Aristóteles*. Disponível em: <<http://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/viewFile/707/1133>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SCAFF, Fernando Facury. *A inconstitucional unanimidade do Confaz e o surpreendente Convênio 70*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

SHARMAN, J. C. *Norms, coercion and contracting in the struggle against harmful tax competition*. *Australian Institute of International Affairs*. London: v. 60, n. 1, mar. 2006.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. São Paulo: Itatiaia Editora, 2005.

*Democratic déficit at CONFAZ
(Brazilian National Finance Policy Council)*

ABSTRACT

The paper aims to reflect about the democratic deficits identified at the composition and judgments of the National Council of Finance Policy (Confaz). The Council was founded in 1975 in order to balance the rules regarding this tax and to restrain the investment migration from one state to another. Among CONFAZ's terms contested on the ADPF n° 198 (Motion of Noncompliance of Fundamental Precept) suited at Brazilian Supreme Court, are those regarding the voting quorum (unanimity) for approval of benefits and tax. Democratic conceptions of Robert Dahl, Karl Lowenstein and Luigi Ferrajoli are used as instruments to the analysis. The democratic deficiencies may be mitigated by the introduction of the majority quorum for tax incentive's approvals and on the introduction of civilian and legislative branch representatives. Furthermore, the forms of decision-making should observe the "Games Theory" in order to stablish a cooperative environment rather than the currently competitive atmosphere. **Keywords:** CONFAZ. Democratic deficit. Tax war. Game theory.

Recebido em: 14/10/2016

Aprovado em: 02/12/2016