

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO  
BACHARELADO EM DIREITO DO ESTADO**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º DA  
EMENDA CONSTITUCIONAL 37 DE 12.06.2002**

**Orientando André Luiz Brito**

**Orientadora Prof. Dra. Betina Treiger Grupenmacher**

**CURITIBA  
2012**

**ANDRÉ LUIZ BRITO**

**A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º DA  
EMENDA CONSTITUCIONAL 37 DE 12.06.2002**

Trabalho de conclusão de curso  
apresentado à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Paraná como  
parte dos requisitos para obtenção do  
grau de Bacharel em Direito do Estado.

**Orientadora Prof. Dra. Betina Treiger Gruppenmacher**

**CURITIBA**

**2012**

## FICHA CATALOGRÁFICA

À minha mãe, pela fé inabalável,  
Aos meus irmãos, pelo carinho incondicional,  
Aos meus amigos, pela paciência e pelo apoio.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha orientadora, Prof. Dra. Betina Treiger Grupenmacher, pela confiança depositada, pela paciência maternal diante dos atrasos, pela dedicação e contribuições para a concretização deste trabalho.

Ao Prof. Dr. José Roberto Vieira, por suas excelentes aulas de Direito Tributário.

Ao Prof. Dr. Rodrigo Kanayama, pelas inigualáveis aulas de Direito Municipal que inspiraram este tema.

Ao Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca, por nos ensinar que o Direito é, para além de uma ciência, a arena social de legitimação do Poder.

A todos os demais professores que proporcionaram todo conhecimento e aprendizado necessário para minha formação acadêmica.

Aos meus amigos de fé e irmãos camaradas Queila Mesquita e João Cristiano Fleck, revisores conjunturais que fizeram críticas essenciais para finalização estética e lógica deste trabalho.

**“Somente o grau de sucesso separa o gênio do louco.”**

***Anônimo.***

**“De fato, as leis são sempre úteis aos que possuem, e danosas aos que nada têm, donde se deduz que o estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e quando nenhum deles têm demais.”**

***Jean-Jacques Rousseau.***

BRITO, André Luiz. A Constitucionalidade do artigo 3º da Emenda Constitucional 37 de 12.06.2002. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

## RESUMO

Este trabalho buscou analisar os temas que envolvem a constitucionalidade do artigo 3º da Emenda Constitucional 37 de 12.06.2002, uma vez que para alguns a imposição de uma alíquota mínima, mesmo através de emenda constitucional, seria contra o fundamento basilar da federação brasileira da autonomia municipal e a independência que deve haver entre os entes federados. Para tanto, investigamos as raízes do federalismo brasileiro, o alcance do poder constituinte derivado, passando pela análise da autonomia para então resolvermos essa colisão de princípios constitucionais.

Palavras-chave: Emenda Constitucional 37; Federalismo Brasileiro; Poder Constituinte; Autonomia Municipal; Colisão de Princípios.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>1</b>
<b>2. O FEDERALISMO BRASILEIRO</b>	<b>3</b>
<b>3. O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO</b>	<b>7</b>
<b>3.1. O PODER TRIBUTÁRIO</b>	<b>8</b>
<b>3.2. A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA</b>	<b>8</b>
<b>4. O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISSQN)</b>	<b>9</b>
<b>5. O PODER CONSTITUINTE</b>	<b>12</b>
<b>5.1. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO</b>	<b>16</b>
<b>6. A AUTONOMIA MUNICIPAL</b>	<b>20</b>
<b>7. A COLISÃO DE PRINCÍPIOS</b>	<b>28</b>
<b>8. A EMENDA CONSTITUCIONAL 37 DE 12.06.2002</b>	<b>31</b>
<b>9. CONCLUSÃO</b>	<b>35</b>
<b>10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>38</b>
<b>11. DOCUMENTOS CONSULTADOS</b>	<b>40</b>



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal.

EC: Emenda Constitucional.

ICMS: Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.

IPTU: Imposto Sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana.

ISS ou ISSQN: Imposto sobre Serviços (de Qualquer Natureza).

ITBI: Imposto Sobre a Transmissão da Propriedade e de Direitos Reais Sobre Bens Imóveis.

Op. cit.: apócope de "opus citatum"/"opere citato" (latim), significando "a obra citada/da obra citada".

p.: página.

# 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo avaliar os conceitos jurídicos que permitem a existência e tornam constitucional o limite mínimo da alíquota do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) instituído pela Emenda Constitucional 37 de 12.06.2002.

A Constituição, tomada como norma fundamental e fundadora de um Estado soberano, o qual se coloca como autoridade máxima de um dado território onde se encontra um povo unido por laços culturais, tem como papel nortear as demais regras que serão editadas por esse Estado. Ela exigirá, portanto, que as futuras normas sejam constitucionais, ou seja, estejam de acordo com os preceitos eleitos como basilares. A constitucionalidade de uma norma será verificada tanto no seu aspecto formal como material. No formal, será verificado se seguiu os procedimentos legislativos para que seja considerada como tal, enquanto que no aspecto material, será avaliado se o seu mandamento não extrapola ou não contradiz os preceitos constitucionais. É nesse sentido que será buscada nesta pesquisa a qualidade de constitucional da referida emenda.

Para tanto, serão avaliados os temas que envolvem o assunto, passando pela análise do conceito histórico de Federação, que é a forma de Estado adotada pela Assembléia Constituinte Brasileira de 1988, tema este necessário para entender a importância de assegurar a autonomia dos entes federados, garantindo assim a harmonia e a cooperação entre União, Estados e Municípios na consecução dos objetivos estatais. Também o conceito de Federação será relevante para entender a influência da autonomia municipal no desenvolvimento da sociedade e a possibilidade de o Município ser um ente federado a partir da atual Constituição.

Será também analisada a condição de não ser possível aceitar a autonomia de um poder político sem a correspondente fonte de recursos para

concretização das vontades públicas, de tal forma que ficará patente e lógica a importância da imposição do Sistema Tributário Brasileiro como matéria constitucional, para que não haja dúvida da sua importância para manutenção da autonomia, garantindo para cada ente federado a sua correspondente fração financeira. Entretanto, diante da realidade mutável das relações humanas e da evolução dos conceitos, sejam eles sociais, sejam tecnológicos, avaliar-se-á a inevitabilidade de haver no texto constitucional a previsão para a sua própria alteração, cabendo essa tarefa ao Poder Constituinte Derivado, que será o agente político competente nomeado pelo Poder Constituinte Originário. Para tanto, serão pormenorizados os atributos dessas duas facetas do poder constituinte: aquele que é totalmente limitado pelos preceitos constitucionais, e este que é amplamente livre e soberano para instituir a lei fundamental.

Munido desses conceitos, será possível questionar se uma Emenda Constitucional, instrumento legislativo nacional do Poder Constituinte Derivado, poder este devidamente limitado pelas regras constitucionais, poderia ditar alíquota mínima de um tributo de competência municipal, no caso o ISSQN. Como a alíquota é parte integrante e indissociável da conceituação de um tributo, ela também pertence à exclusiva Competência Tributária Municipal, fazendo assim surgir um possível conflito entre os Princípios Federativo e da Autonomia Municipal. Para a resolução dessa colisão, seja ela aparente, seja efetiva, será proposto sopesar esses dois princípios para eleger um deles como mais importante e portanto com maior influência para determinar se é ou não constitucional a emenda aqui estudada. Para tanto é que serão imprescindíveis as proposições pautadas nos conhecimentos jurídicos, políticos e históricos que cercam essa questão.

Com essa aproximação inicial é que se inicia a análise dos elementos conceituais que envolvem a questão, primeiro pela formação do Federalismo Brasileiro, ponto que ajuda a entender as motivações e o desenvolvimento histórico para a elevação dos municípios a ente federado. Após, a análise das competências tributárias das esferas de poder, para entendermos por que o Sistema Tributário Brasileiro é em suas linhas mestras um ramo

constitucional, para na seqüência estudarmos as características do Poder Constituinte, tanto o Originário quanto o Derivado para, por fim, encarar a Autonomia Municipal. Com esses elementos, poder-se-á então discutir o conflito entre o Princípio da Autonomia dos Entes Federados e o Princípio da Harmonia dos Poderes.

## **2. O FEDERALISMO BRASILEIRO**

Como nos ensina Janice Helena Ferreri<sup>1</sup>, o conceito de Federação remonta à independência das colônias britânicas na América: o ideal de independência e democracia levou-as a desenvolver uma forma de Estado complexa, na qual haveria, além das já existentes esferas de poder local de cada colônia, um poder central responsável por uma política comum, sendo que haveria perante este a devida representação daqueles poderes locais, de tal forma que a administração central estaria dividida entre essas duas esferas, cada qual com suas responsabilidades e também independentes entre si. Isso aconteceu porque inicialmente as treze colônias britânicas na América do Norte já possuíam cada uma seu poder independente e local, mas a necessidade de unir as colônias em torno de um poder central que as representasse perante as outras nações, sem que houvesse a perda da identidade dessas comunidades já independentes, levou à elaboração dessa concentração de parte do poder, que permitiu essa inovação política. Essa original idéia da Federação inspirou outros Estados, até mesmo aqueles unitários em sua forma, que se adaptaram para adotar, pelo menos em parte, os princípios definidores da forma federativa.

Além do conceito histórico da federação de estados, porém, que surgiu com as colônias britânicas, e que a partir de então foi sendo adaptado por

---

<sup>1</sup> FERRERI, Janice Helena in BASTOS, Celso et al. Por Uma Nova Federação. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 15.

outras nações, Michel Temer<sup>2</sup> identifica no conceito teórico de federação a soma de alguns elementos essenciais: a descentralização do poder administrativo e do poder político, juntamente com a autonomia dos entes regionais e também a representatividade desses entes para a formação da *vontade central*. Assim, o conceito de federação exige a descentralização não apenas da administração, mas também a do poder político, pois até mesmo nos estados unitários existe a descentralização administrativa: o poder central decide a política nacional e delega a execução a autoridades locais sem poder de decisão. Já com a descentralização política, o poder central cria autoridades regionais dotadas de competência política capazes também de elaborar normas. A autonomia aqui se contrapõe àquela delegação política do poder central ao local que pode a qualquer momento ser revogada ou diminuída, o que não caracterizaria uma autonomia, mas apenas concessão de parcela da autoridade do poder central ao local. Por fim, a representatividade de cada uma das parcelas regionais para a formação da vontade central, completa a noção nuclear de federação em que o poder central nada mais é do que a soma das vontades parciais. Ou seja, não é um poder que parte do centro para a periferia, mas é a soma das representações locais que irá se manifestar como *União*, o poder central.

Luiz Alberto David Araújo<sup>3</sup> concorda nesse sentido, e reputa como característica central da forma de estado federativa a autonomia das unidades federadas, o que exige a efetiva existência da descentralização do poder. Mas esse autor aponta também para uma questão crucial: a descentralização do poder também exige a correspondente financeira, e é nesse ponto que surgem as dificuldades em determinar e quantificar o montante necessário para as esferas de poder fazerem frente às suas responsabilidades e competências. Mais uma vez surge a preocupação de garantir a efetividade da representação política descentralizada: o poder local, para se fazer efetivo, terá de ser dotado de condições financeiras para tanto.

---

<sup>2</sup> TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 58.

<sup>3</sup> ARAÚJO. Luiz Alberto David in BASTOS, Celso et al. Por Uma Nova Federação. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 39.

O Brasil foi um dos países unitários a adaptar a federação norte-americana. Entretanto, enquanto nas colônias britânicas o desejo era unir as entidades autônomas que já estavam se tornando estados independentes, cada qual com suas constituições e legislação próprias, no Brasil essa inspiração levou a dividir um estado unitário composto de províncias sem autonomia<sup>4</sup>, a despeito do nome adotado: República dos Estados Unidos do Brasil. Além disso, enquanto lá o que surgiu foi a separação de algumas competências para serem entregues ao poder central que seria criado, aqui foi o oposto: foram criados estados supostamente autônomos para os quais foram delegadas competências residuais, ou seja, competências não reivindicadas pelo poder central. Dessa forma, desde o início da federação brasileira os Estados ditos membros estão vinculados à distribuição de poder determinada de cima para baixo, o que levou nossa federação a ter inicialmente a característica dualista, ou seja, as responsabilidades e competências dos entes federados (União e Estados) são exclusivas, cada qual estanke na sua esfera de poder, sem preocupação de eventual possibilidade de cooperação entre os entes, como explica Janice Helena Ferreri<sup>5</sup>. A autora aponta para o fato de essa característica dualista da federação se iniciar na Constituição de 1891, que apesar da instituição da República manteve o autoritarismo do poder central. Com a Constituição de 1934, a autonomia dos Estados ainda se curva à concentração do poder pela união federal. Com a Constituição de 1937, o Brasil se torna novamente um estado unitário, centralizando todo o poder e subjugando não apenas os estados, mas também os municípios que sequer são mencionados nessa Constituição. Já a Constituição de 1946 projeta um estado social-democrata, com previsão da autonomia estadual e a descentralização do poder. Entretanto, com o golpe militar de 1964, a Constituição de 1967 novamente impõe um regime autoritário e enfraquecedor da autonomia dos Estados. Somente com o fim do regime militar e a conseqüente promulgação da Constituição de 1988 é que voltam os Estados a possuir a autonomia que caracteriza a federação, com a distribuição das

---

<sup>4</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24.02.1891, artigo 2º: Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.

<sup>5</sup> FERRERI. Janice Helena in BASTOS, Celso et al. Por Uma Nova Federação. 1ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995. p. 28.

competências e responsabilidades sociais de tal forma que há a efetiva participação e a colaboração dos entes federados em diversos assuntos, com a legislação federal se ocupando de normas gerais, e por sua vez Estados e Municípios se ocupando das normas específicas sobre o tema em suas regiões, podendo assim atender mais especificamente as necessidades locais.

Portanto, desde o início da suposta federação brasileira o que se sucederam foram constituições que impunham a divisão do país em estados supostamente autônomos mas cuja autonomia vinha concedida do poder central, o que desde o princípio descaracterizava a idéia original norte-americana de união de poderes regionais para a formação de uma união que representa a soma dessas vontades. Como conseqüência, tentar afirmar que a federação brasileira é representativa dos ideais de liberdade e independência como foram nas colônias britânicas, acaba por se afastar da realidade autoritária dos governos brasileiros, que encontraram na concessão de autonomia parcial para os Estados uma forma de subjugar as forças locais e mantê-las dependentes do poder central, da mesma forma como são dependentes os planetas que orbitam em torno de um astro solar: num sistema planetário, a força gravitacional do astro central (por exemplo, o Sol) é que garante a continuidade e unidade do sistema, e sem o qual os planetas se perderiam no infinito. Essa constatação, entretanto, não enfraquece tampouco desmerece a história o federalismo brasileiro, que apesar de ter se iniciado de forma impositiva, conseguiu ao longo da história se desenvolver e se consolidar em uma organização federativa que busca de forma efetiva a autonomia e a colaboração das esferas de poder instituídas. Um dos elementos que garantem essa independência de poderes é a capacidade de cada um gerar seus próprios recursos através do detalhado Sistema Tributário instituído pela Constituição Federal, que será analisado a seguir.

### 3. O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O Sistema Tributário Brasileiro, como nos demais sistemas constitucionais nacionais, tem suas linhas gerais definidas pela Constituição Federal. Entretanto, a Constituição Brasileira de 1988 tratou do tema tributário de forma extremamente detalhista, como comentam Roque Carrazza<sup>6</sup> e Paulo de Barros<sup>7</sup>, os quais criticam o excesso de pormenores tratados no texto constitucional sobre a matéria. Tanto é excessivo que Geraldo Ataliba<sup>8</sup> aponta o fato de que o legislador infraconstitucional pouco tem a tratar, restando-lhe apenas a opção de obedecer aos comandos constitucionais, dando apenas o detalhamento necessário ao seu cumprimento. É a Constituição Federal que determina quais serão os tributos, apresentando-os com a delimitação dos fatos jurídicos tributários que ensejarão a incidência.

Não poderia ser diferente, pois o Poder Tributário, sendo uma das facetas do Poder Constituinte, que é absoluto, tem que determinar desde logo as linhas gerais dos tributos a serem instituídos, bem como demarcar as competências e as capacidades ativas. Além disso, é a delimitação exata dos tributos de cada esfera que irá garantir a sua independência financeira perante as demais, assegurando assim a efetividade da forma federativa. A partir dessa constatação, e sabendo ser essencial a fonte de recursos dos entes federados para a consecução dos seus objetivos, além do conhecimento histórico brasileiro da tendência à centralização do poder, não há óbices em garantir à Constituição Federal a distribuição exata dos tributos entre as esferas de poder (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

---

<sup>6</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 512.

<sup>7</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 17 Ed. São Paulo: Saraiva. p. 144.

<sup>8</sup> ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. 2.ª Ed. São Paulo: RT. p. 21.



### **3.1. O Poder Tributário**

Geraldo Ataliba<sup>9</sup> ensina as diferenças conceituais entre Poder Tributário, Competência Tributária e Capacidade Tributária: o Poder Tributário é uma das facetas do Poder Constituinte, que é unitário e ilimitado. Referimo-nos a Poder Tributário apenas para especificar que se trata do Poder que determinará, na Constituição, o alcance dos tributos e como deverão ser distribuídos entre os entes federados. Na moderna concepção de Estado Constitucional, entende-se que o Poder Constituinte, unitário e ilimitado, só o é até a concepção e promulgação da Carta Magna, pois a partir daí todas as pessoas públicas terão de seguir os mandamentos da Constituição posta, cessando a característica ilimitada, passando então à submissão dos preceitos constitucionais. Roque Antonio Carrazza<sup>10</sup> nesse sentido ressalta que o poder constituinte ilimitado cessa com a promulgação da constituição, o qual retorna ao seu titular que é o povo, restando ao poder político as competências devidamente limitadas pelo texto constitucional. Assim que findada a tarefa do Poder Tributário de especificar como será o sistema, este dará lugar à Competência Tributária, que será repartida entre os entes federados, cada um com uma porção dos tributos estipulados anteriormente.

### **3.2. A Competência Tributária**

A Competência Tributária é a característica marcante dos entes federados: eles não possuem poder ilimitado para governar, pois seu poder foi previamente limitado pelo constituinte, como nos ensina Luciano Amaro<sup>11</sup> e Flávio de Azambuja Berti<sup>12</sup>. Para os entes federados, sobrou apenas parcela do poder originário, sendo a competência a designação dessa parcela. Na Competência Tributária reside a autonomia política de decidir e legislar sobre seus tributos, de

---

<sup>9</sup> ATALIBA, Geraldo. *Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: RT, p.

<sup>10</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 504.

<sup>11</sup> AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 115.

<sup>12</sup> BERTI, Flávio de Azambuja. *Direito Tributário e Princípio Federativo*. 1ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 184.

tal forma que os entes federados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estão limitados aos preceitos constitucionais estabelecidos, não podendo excedê-los. É assim que ensina Sacha Calmon Navarro Coelho<sup>13</sup>, ao afirmar que todos recebem diretamente da Constituição as suas respectivas parcelas de competência. O Poder de tributar originariamente uno é dividido entre as pessoas políticas que formam a Federação.

Assim, serão estabelecidos os tributos, sendo determinados por suas hipóteses de incidência, sujeitos ativos, passivos, suas alíquotas e bases de cálculo, dentro dos limites da competência tributária atribuída a cada ente federado, que cria seus tributos e passa a exercer a sua Capacidade Tributária Ativa.

Criados os tributos através da legislação própria, legitimada pela Competência Tributária, cada ente federado passará a exercer o poder de cobrar, exigir e fiscalizar o tributo. Essa atividade é denominada Capacidade Tributária do ente federado, através da qual executará a legislação tributária. Diferentemente da Competência Tributária, a Capacidade é delegável, uma vez que é uma atividade vinculada na qual o agente não poderá exceder os preceitos determinados pela legislação.

#### **4. O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISSQN)**

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), ou de forma simplificada Imposto Sobre Serviços (ISS), é um dos tributos da competência municipal, ao lado do Imposto Sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e do Imposto Sobre a Transmissão da Propriedade e de

---

<sup>13</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. Manual de Direito Tributário. 2.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04.

Direitos Reais Sobre Bens Imóveis (ITBI); como determina o artigo 156 da Constituição Federal<sup>14</sup>.

Apesar de a denominação ser “de qualquer natureza”, o Imposto Sobre Serviços não tem como objeto aqueles serviços reservados à competência estadual no Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) do artigo 155 da CF. Além disso, o mesmo inciso constitucional que cria o Imposto Sobre Serviços determina que ficará adstrito aos serviços *definidos em lei complementar*, no caso a Lei Complementar 116 de 31.07.2003. Parte dos juristas advoga que a lista de serviços é exemplificativa, enquanto outra parte a tem como lista taxativa.

Se exemplificativa, a municipalidade poderá em sua lei definidora do tributo determinar, além daqueles, outros serviços que poderão ser objeto de incidência, aumentando o poder arrecadador do ente. Entretanto, se for considerada taxativa, o poder local ficará limitado a tributar apenas aquelas atividades listadas, não podendo aventar outros serviços sob pena de falta de suporte legal. Mas considerando a dinâmica social, os avanços tecnológicos e a imaginação humana, há que se crer que o Constituinte Originário, bem como o legislador da LC 116, estavam cientes da evolução natural da prestação de serviços, de tal forma que, apesar da forma que a lista de serviços é posta, deve-

---

<sup>14</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988, artigo 156:

Seção V - DOS IMPOSTOS DOS MUNICÍPIOS

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...)

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

se considerá-la exemplificativa, habilitando assim a municipalidade a acompanhar a evolução das atividades econômicas e até mesmo as novas que surjam.

Marcelo Caron Baptista<sup>15</sup>, ao avaliar a questão da taxatividade da lista de serviços para a incidência do ISS, elenca vários autores que defendem tanto uma como outra posição, mas também demonstra ser possível conjugar essa dicotomia ao apontar para a conclusão de Geraldo Ataliba<sup>16</sup>, que afirmou que *a lista é apenas sugestiva e, por isso mesmo, perfeitamente dispensável tanto pelo legislador municipal, quanto pelo juiz e pelo administrador público*. Essa possibilidade da lista ser sugestiva, ou seja, elencar os serviços passível de incidência, mas também possibilitando ao município, a partir da ideologia da lista, elencar em sua legislação local outros serviços que estejam alinhados àqueles. Essa ótica da atuação da lista de serviços é também defendida por José Roberto Vieira<sup>17</sup>, que considera a lista sugestiva, já que a competência tributária municipal é plena desde a promulgação da Constituição, sendo a lista de serviços apenas um instrumento para conduzir o legislador municipal, bem como resolver eventuais problemas de competência, como demanda o artigo 146<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> BAPTISTA, Marcelo Caron. ISS: do texto à norma. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 230.

<sup>16</sup> ATALIBA, Geraldo. Estudos e Pareceres de Direito Tributário apud BAPTISTA, Marcelo Caron. Op. Cit.

<sup>17</sup> VIEIRA, José Roberto. A Regra-Matriz de Incidência do IPI: texto e contexto. Curitiba: Juruá Editora, 1993. p. 92.

<sup>18</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988, artigo 146: Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; (...)

## 5. O PODER CONSTITUINTE

Celso Ribeiro Bastos<sup>19</sup> ensina que as normas constitucionais formam o conjunto de regras fundantes de um sistema jurídico de uma determinada nação. Essas normas, que darão origem a todo o sistema que se seguirá, são criadas pelo que se denomina Poder Constituinte.

O Poder Constituinte é aquele que, ao surgir uma nova Nação, ou na ocasião de uma revolução nacional, irá modelar as normas fundamentais de organização do Estado e da sociedade. Nesse sentido, o Poder Constituinte, para se valer como tal, necessita mais do que a mera legalidade para se impor. Enquanto as normas legais só demandam pela legalidade, ou seja, apenas exigem estar em conformidade com as regras formais e materiais postas no sistema jurídico vigente, uma Constituição demanda por uma validade superior, clama pela legitimidade, a qual deve ser entendida como a concordância e a convergência com os valores e anseios do seu povo. Nesse sentido, uma Constituição não é apenas um conjunto de normas jurídicas postas, mas também, *a positivação de valores jurídicos*, como bem observa Celso Ribeiro Bastos<sup>20</sup>.

Citando o panfleto do abade Emmanuel Sieyès, intitulado “*Que é o Terceiro Estado?*”, publicação que acabou sendo uma das determinantes para a Revolução Francesa, Celso Ribeiro Bastos<sup>21</sup> mostra como este pioneiro texto desenhou as características do Poder Constituinte. O texto parte do protesto de que o Terceiro Estado (burguesia) exercia todas as funções privadas da época: indústria, comércio, agricultura, e demais profissões liberais, bem como a maioria das ocupações públicas, enquanto que o Primeiro e Segundo Estados (nobreza e clero) guardavam para si apenas os cargos de prestígio. Era tamanho o distanciamento dessas duas parcelas da sociedade que se apregoava que sua extinção não faria falta alguma. A reivindicação da burguesia não era tomar o poder, mas apenas fazer parte dele, tomar para si a parte que lhe era direito pelos

---

<sup>19</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, p. 20.

<sup>20</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 21.

<sup>21</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 24.

papéis desempenhados na sociedade, demandando que seus representantes fossem escolhidos dentre os da sua classe, bem como a proporcionalidade da quantidade de representantes, idêntica ao das outras classes, além dos votos valerem por pessoa, não por classe.

Para demonstrar que essas reivindicações pautavam-se pelo direito, Sieyès se valeu de um raciocínio jurídico que demonstrou, pela primeira vez, a distinção do Poder Constituinte dos demais poderes. Considerando uma sociedade desde a sua origem, em um primeiro momento haveria a simples reunião dos homens para viver em grupo, o que pelo mero fato de exercer a vontade e o direito de estarem reunidos, já formariam uma nação, mesmo que de uma forma rudimentar. Num segundo momento, esse agrupamento social passaria a decidir como prover as necessidades da coletividade, definindo o que e como seria feito através da vontade comum de todos, de forma direta. Com o crescimento dessa sociedade, chega-se ao terceiro momento, em que surge a necessidade de as decisões que dizem respeito ao agrupamento serem separadas e delegadas a um grupo específico dentro dessa sociedade. Tais decisões, relativas ao provimento do bem comum, passam a ser tomadas a partir da vontade comum representada, de forma indireta. Essa representação não é direito próprio do representante, mas sim do representado, da nação que constituiu o corpo representativo, não havendo portanto plenitude no direito de representação. Com esse raciocínio, fica claro que, ao se delegar o poder de autodeterminação, a nação deve primeiro delimitar esse poder delegado, estabelecendo a sua organização, as funções a serem exercidas e principalmente os seus limites. Assim, a Constituição se pauta em um direito natural que é anterior a qualquer direito positivo, está acima de qualquer regra pois antes dela não existia nenhuma, e portanto não poderá ser alterada por qualquer poder constituído por ela, senão pela própria nação que a criou.

Assim, Celso Ribeiro Bastos<sup>22</sup> sabiamente sublinha:

(...) o Poder Constituinte é inalienável, permanente e incondicionado. A nação não pode perder o direito de querer e de mudar à sua vontade; (...) seu poder constituinte permanece depois de realizada a sua obra, podendo modificá-la, querer de maneira diferente, criar outra obra, independentemente de quaisquer formalidades.

Também Canotilho<sup>23</sup> ensina sobre a superioridade do Poder Constituinte Originário, dando a ele adjetivos idênticos:

(...) o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autónomo e omnipresente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autónomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve 'dar-se' uma constituição à Nação. É um poder onnipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo. (conforme original)

Enquanto o Poder Constituinte é ilimitado, o poder constituído é limitado, recebendo seus limites e competências pelo primeiro. Dessa forma, Sieyès demonstrou que acima do ordenamento jurídico posto da época, que era marcado pela injustiça e pela dominação do Primeiro e Segundo Estados sobre o povo francês, havia um direito anterior, um direito maior e sem limites que poderia legitimamente renovar aqueles poderes constituídos e limitados que a nobreza e o clero se sub-rogavam.

Assim, Sieyès formulou o problema da natureza e titularidade do Poder Constituinte para logo após demonstrar a sua solução, pois é somente através do reconhecimento da existência de um Poder Constituinte legítimo,

---

<sup>22</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 22.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 3ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983. p. 94.

<sup>25</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 25.

proveniente da vontade do povo, que se poderá reconhecer a validade das normas constitucionais que fundam os alicerces do Estado e da Nação.

O pensamento de Sieyès é nitidamente jusnaturalista ao considerar um direito não escrito, anterior e superior ao direito positivado, mas Celso Ribeiro Bastos<sup>25</sup> pontua que essa discussão sai da questão jurídica para adentrar nas construções jusfilosóficas. De qualquer forma, independente da natureza do Poder Constituinte, seja ele jurídico, seja político, seja social, não há dúvidas da sua validade e necessidade para formação do Estado Constitucional Moderno que se conhece.

Ao lado da concepção jusnaturalista de Sieyès, Celso Ribeiro Bastos<sup>26</sup> aponta para as considerações de Carl Schmitt<sup>27</sup>, que vê no Poder Constituinte não a vontade do povo, mas uma vontade política manifesta, dentre várias outras, mais especificamente aquela com a força necessária para se sobressair dentre as demais forças contrastantes em uma determinada sociedade.

Então pode-se identificar, para além da inocente presunção jusnaturalista de que o Poder Constituinte emana do povo, que na verdade, mais uma vez, os rumos da sociedade, seja ela uma nascente, seja uma reconduzida, serão determinados pela porção que possuir as ferramentas do poder, sejam militares, econômicas, religiosas ou qualquer outra, desde que consiga fazer coincidir a sua vontade com os anseios majoritários do povo, em se tratando de uma democracia, ou impondo a sua vontade, em se tratando de uma autocracia.

Assim, chega-se à conclusão alcançada por Luis Sanches Agesta<sup>28</sup>:

Titular do Poder Constituinte, dada sua específica natureza histórica, não é quem quer ou se crê legitimado para sê-lo, mas sim,

---

<sup>26</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 26-27.

<sup>27</sup> SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. In HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1995. p. 115.

<sup>28</sup> AGESTA, Luis Sanches. Principios de Teoria Política. 4.ª Ed. Madrid: Ed. Nacional, p. 352, *in* BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 31.



simplesmente, quem pode, isto é, quem está em condições de produzir uma decisão eficaz sobre a natureza das coisas.

## 5.1. O Poder Constituinte Derivado

Para se compreender a noção de Poder Constituinte Derivado, há que se referir à característica de flexibilidade de uma dada Constituição: ela poderá ser flexível ou rígida, conforme for o regime jurídico necessário para alterá-la. Paulo Bonavides<sup>29</sup> ensina que uma Constituição rígida demandará um processo formal e solene para sua alteração, previamente previsto em seu texto, enquanto que a flexível poderá ser alterada como se alteram as demais normas postas.

Dessa forma, em sistemas constitucionais rígidos, onde a Constituição posta possui pouca flexibilidade, e sabendo que não há sociedade que não mude ao longo do tempo, há que se formalizar o método das alterações constitucionais sempre que necessário for adequar o texto magno não apenas às evoluções sociais e tecnológicas, mas também às mudanças dos anseios e necessidades da nação.

Diante dessa realidade é que surge a necessidade de alterar do texto constitucional, exercida legitimamente pelo denominado Poder Constituinte Derivado, que para os jusnaturalistas trata-se de uma extensão do Poder Constituinte Originário. Os opositores consideram meramente mais uma das facetas do poder constituído, criada para adaptar o texto constitucional sempre que necessário. O que não se discute, seja a constituição rígida seja flexível, é ser inegável haver meios para se alterar o texto constitucional de forma pacífica, ou estaria o Estado, como exemplifica Paulo Bonavides<sup>30</sup>, entregando-se à

---

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 82.

<sup>30</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 196.

*revolução e ao golpe de Estado* como os únicos meios para a solução das crises. É dessa forma que Paulo Bonavides, apoiado na obra Jean Jacques Rousseau<sup>31</sup>, reconhece a imperiosidade do Poder Constituinte Derivado, que mesmo diante de uma constituição sólida, mesmo sendo as leis fundamentais *tanto quanto possível irrevogáveis*, deve ser capaz de contemplar as mudanças necessárias, pois seria *contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar*.

Como esse poder vem delimitado pela própria Constituição, trata-se de uma formulação jurídica o seu exercício: o titular do Poder Constituinte Derivado, quando promovendo alteração da Constituição, terá a tarefa de verificar se o conteúdo que se quer alterar está sujeito a mudanças e, estando, se o processo legislativo utilizado é adequado para tanto.

Paulo Bonavides<sup>32</sup> e José Afonso da Silva<sup>33</sup> identificam três tipos de limitações ao Poder Constituinte Derivado: as temporais, as circunstanciais e as materiais. As temporais são limitações que determinam um prazo para que possa haver qualquer tipo de alteração constitucional, como por exemplo na Constituição do Império, que estipulou quatro anos após sua outorga para que pudesse haver uma primeira eventual alteração<sup>34</sup>. Há que se reconhecer também como limitação temporal a ressalva feita no parágrafo 5º do artigo 60 da atual Constituição Federal, dispondo que *a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa*. As circunstanciais proíbem alterações diante de certas situações, como aquelas presentes no parágrafo 1º do artigo 60 da constituição atual, determinando que ela *não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio*, garantindo que não haverá

---

<sup>31</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. Considerações sobre o Governo da Polônia apud BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 197

<sup>32</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 198.

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34.ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 66.

<sup>34</sup> Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824, artigo 174: Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.

emendas em momentos de comoção nacional, protegendo assim as garantias individuais, a sociedade e o próprio Estado.

A terceira limitação é a material, que se desdobra em limitação material explícita e implícita. As limitações materiais explícitas estão postas no parágrafo 4º do mesmo artigo 60, prevendo que *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais*. Essas limitações materiais garantem que o Poder Constituinte Derivado não poderá discutir estes valores que foram eleitos como os alicerces do Estado Democrático Brasileiro, pois alterá-los significaria alterar a própria vontade do Poder Constituinte Originário, o que estaria fora de questão. Em complemento, José Afonso da Silva<sup>35</sup> aponta para a necessidade do reconhecimento de limitações materiais implícitas: aquelas cláusulas constitucionais que não estão no núcleo do parágrafo 4º do artigo 60, mas que são essenciais para preservar a estrutura garantidora desse mesmo núcleo. Essas limitações são as que impedem a alteração das regras que determinam (1) a titularidade do Poder Constituinte Originário: pois seria descabida a possibilidade de o Poder Constituinte Derivado poder alterar o titular do poder que o criou; (2) a titularidade do Poder Constituinte Derivado: ficaria perdida a segurança jurídica se fosse possível ao Poder Constituinte Derivado delegar a sua titularidade para outro agente; (3) o processo de emenda: permitir alterar as regras de emenda constitucional abriria a possibilidade de o legislador diminuir a rigidez do próprio processo, indo novamente contra a vontade do Poder Constituinte Originário. Paulo Bonavides<sup>36</sup> adiciona nesse rol mais uma limitação material tácita, a de que não poder ser feita uma emenda constitucional que faça uma revisão total, pois isso significaria não uma revisão, mas a substituição da constituição por outra. Tampouco, seria possível, *a maiori, ad minus*, poder a emenda alterar um único dispositivo que colocasse em risco toda a estrutura constitucional.

---

<sup>35</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 68.

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 202.

Para Raul Machado Horta<sup>37</sup>, as limitações matérias implícitas (por ele denominadas *tácitas*) são bem mais amplas, a saber:

Os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, I a V); o povo como fonte de poder (art. 1º, parágrafo único); os objetivos fundamentais da República Federativa (art. 3º I a IV); os princípios das relações internacionais (art. 4º, I a X, parágrafo único); os direitos sociais (art. 6º); a definição da nacionalidade brasileira (art. 12, I, a, b, c, II, a, b); a autonomia dos estados federados (art. 25); a autonomia dos municípios (art. 29, 30, I, II, III); a organização bicameral do Poder Legislativo (art. 44); a inviolabilidade dos Deputados e Senadores (art. 53); as garantias dos Juízes (art. 95, I, II, III); a permanência institucional do Ministério Público (art. 127) e de suas garantias (art. 128, I, a, b, c); as limitações do poder de tributar (art. 150, I, II, III, a, b, IV, V, VI, a-d, art. 151) e os princípios da ordem econômica (art. 170, I a IX, parágrafo único).

Além dessas, também reputa o autor como limitações materiais implícitas (ou *tácitas*) a forma republicana de Estado e o regime presidencial, uma vez que foram decididos através de plebiscito e portanto escolhidos de forma direta pelo povo brasileiro, o titular do poder constituinte como já visto.

Então alteração do texto constitucional brasileiro exige procedimento formal e solene para proteger os princípios eleitos como fundamentais para o Poder Constituinte Originário. São essas limitações materiais explícitas que a literatura jurídica se refere como *Cláusulas Pétreas*. E é dentro deste contexto de cláusulas pétreas que se encontra a distinção feita por Carl Schmitt<sup>38</sup>, que separa *as normas constitucionais das leis constitucionais*. Com esses dois termos, ele diferencia as normas de cunho efetivamente constitucional, que são aquelas consideradas fundantes do Estado e da organização social, estando acima de qualquer poder constituído, e portanto somente sujeitas à alteração de um Poder Constituinte Originário. Ao lado dessas, figuram aquelas meramente postas na Constituição, que são formalmente normas constitucionais, por que lá estão, mas

---

<sup>37</sup> HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1995. p. 95.

<sup>38</sup> SCHMITT, Carl. Op. cit.

passíveis de alteração na medida da necessidade e vontade daqueles detentores do poder.

Além de determinar os elementos que limitam o alcance das Emendas Constitucionais, o artigo 60 enumera os agentes aptos a propô-las: o Presidente da República, os membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou então o conjunto de mais da metade as Assembléias Legislativas Estaduais. Essa última possibilidade afirma mais um vez aquela idéia de participação das partes na decisão geral que é essencial à caracterização de um estado como federativo. Aceita a proposta de emenda, o parágrafo 2º do artigo 60 determina que deverá ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. A exigência de quórum diferenciado demonstra a rigidez do texto constitucional, protegendo-o de alterações movidas por vontades pontuais.

## **6. A AUTONOMIA MUNICIPAL**

Em seu artigo sobre Autonomia Municipal, Nelson Nery Costa<sup>39</sup> faz a distinção entre Soberania e Autonomia: a primeira descreve o poder absoluto do Estado perante seus súditos e sua posição de igualdade perante os demais Estados, poder este construído historicamente de forma a assegurar a identidade nacional, que por sua vez foi moldada para unificar e promover a sociedade civil de um determinado território, garantindo a segurança e a unidade em troca do reconhecimento desse poder como absoluto e incontestável.

A construção do conceito de Soberania irá possibilitar a consolidação das nações modernas, que se aproveitaram desse conceito para

---

<sup>39</sup> COSTA, Nelson Nery. Autonomia do Município. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 35, p. 204-220, Malheiros, 2001.

reivindicar para si um poder originário e ilimitado, ao qual nenhum outro no mesmo território pode tentar se igualar. Um dos responsáveis pela conceituação da Soberania é Jean Bodin, que via no poder monárquico uma *faculdade incontestável de mando*. Entretanto, Celso Ribeiro Bastos<sup>40</sup> aponta que, apesar de a Soberania ser *a elevação do poder estatal ao ponto de ser capaz de submeter todos os outros poderes existentes*, as circunstâncias fáticas do mundo real limitam naturalmente esse poder, pois o poder soberano não decide de forma ilimitada, ele tem como limitadores fatores externos como as questões climáticas, econômicas, tecnológicas e sociais, como aponta o autor.

Ao lado do conceito de Soberania, a Autonomia descreve o poder de auto-organização de uma entidade à qual são delegados poderes. Nesse sentido, a autonomia de um ente é o desdobramento daquele poder maior, a Soberania, que é alocado em entidades menores para que estas desempenhem em nome do Estado as atividades necessárias a alcançar seus objetivos. Assim, a Autonomia Municipal é o poder delegado pelo Estado Brasileiro com o intuito de esta entidade gerir a região de abrangência do seu poder local.

Para tanto, são necessários elementos distintos para a consecução dessa autonomia, os quais Nelson Nery Costa identifica como quatro desdobramentos da autonomia: (i) Autonomia Administrativa; (ii) Autonomia Financeira; (iii) Autonomia Política e (iv) Autonomia Legislativa. Esses desdobramentos são essenciais para a efetiva independência política do Município em relação aos demais entes federados.

Através da Autonomia Administrativa, o Município é independente para decidir sobre os assuntos locais. A descentralização das decisões mais específicas é positiva, uma vez que o poder local, devido à sua proximidade, tem melhor entendimento das necessidades da sua região. Assim, diferente das políticas federais e estaduais, é capaz o poder municipal de estabelecer soluções pontuais e mais adequadas para a sua comunidade.

---

<sup>40</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 3.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva. p. 25.

A Autonomia Financeira é essencial para garantir a Administrativa, pois seriam inócuas as decisões e soluções do Município se não houvesse a respectiva independência financeira capaz de promover o investimento necessário para o desenvolvimento local. É dessa forma que os municípios detêm competência tributária definida pela Constituição Federal, para poder gerar recursos e manter sua independência administrativa em relação às outras esferas de poder. Não possuir Autonomia Financeira forçaria o município a pedir recursos às outras esferas, obrigando-o eventualmente a aceitar condições que lhe retirariam a efetiva autonomia das suas decisões.

A Autonomia Política permite que o município organize seu poder Executivo e Legislativo através do voto direto, garantindo que a população local eleja seus próprios representantes e garanta assim a sua autonomia perante os outros entes federados. Não possuir Autonomia Política significaria que os representantes do Executivo e Legislativo municipal seriam escolhidos por outra forma que não o voto direto, como por exemplo pela indicação de outra esfera de poder, em que novamente haveria a diminuição da Autonomia Municipal como um todo, pois como foi indicado, o tal representante estaria vinculado às deliberações do poder que o indicou, e não à comunidade que deveria representar.

Por fim, a Autonomia Legislativa garante que as regras e o funcionamento das demais autonomias sejam efetivamente determinados pela municipalidade, por meio da elaboração da Lei Orgânica do Município, como determina a Constituição Federal em seu artigo 29<sup>41</sup>. Esta lei é de tamanha importância para a organização política local, que é equiparada às Constituições Estaduais e Federal – guardadas as devidas proporções. Ela exerce o mesmo papel daquelas constituições: organizar os poderes e os servidores públicos, determinar as normas de tributação e organizar a Ordem Social e Urbana, por exemplo. Não possuir Autonomia Legislativa para organizar sua estrutura política

---

<sup>41</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988, artigo 29: O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (...).

levaria o Município a ter de seguir, por exemplo, a organização política determinada pela Constituição Estadual, a qual determinaria de forma genérica a organização de todos os municípios, sendo que uma organização política local pode de forma mais exata determinar quais e como os órgãos municipais devem ser constituídos.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 é pioneira ao conceder às municipalidades uma autonomia tão ampla, englobando as quatro parcelas identificadas por Nelson Nery Costa, as quais possibilitaram aos municípios brasileiros alcançar o status de membro da Federação Brasileira. Como uma breve comparação histórica da evolução da autonomia municipal brasileira, cita-se o estudo de José Carlos Vasconcelos dos Reis<sup>42</sup>, que resume de forma eficaz essa evolução na história do desenvolvimento político brasileiro. Desde a colonização portuguesa, as municipalidades exerciam papel importante na administração dos interesses locais, de tal forma que as Câmaras Municipais do Brasil-Colônia sobreviveram mesmo após a independência. Entretanto, ao longo da história, as municipalidades não só evoluíram, mas também involuíram, dependendo das características das constituições que se sucederam: a Constituição de 1824 considerou os municípios como assunto doméstico das Províncias, mencionando-os de forma indireta apenas para determinar a existência de Câmaras Municipais para assuntos econômicos, no artigo 167<sup>43</sup>.

Na Constituição de 1891 a municipalidade continuou a ter um papel secundário na administração pública, sendo citada somente para determinar aos Estados que deveriam se organizar de forma a respeitar o peculiar interesse de seus municípios, conforme o texto do seu artigo 68<sup>44</sup>, não definindo o que deveria ser entendido como peculiar interesse, ficando portanto a municipalidade à mercê da vontade estadual.

---

<sup>42</sup> REIS, José Carlos Vasconcelos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, p. 149-176, Renovar, abr/jun 2002.

<sup>43</sup> Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824, artigo 167: Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas.

<sup>44</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24.02.1891, artigo 68: Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.



A Emenda Constitucional de 1926 passou a considerar a autonomia municipal como um princípio constitucional, conforme a nova redação do artigo 6º<sup>45</sup>, mas mais uma vez não adentrou nos detalhes necessários a assegurar a efetividade dessa autonomia.

A Constituição de 1934 também assegurou a autonomia municipal como um princípio constitucional, novamente sem dar detalhes, conforme os termos do artigo 7º<sup>46</sup>. Entretanto, além desse dispositivo, inovou essa constituição ao prever receitas próprias para o município, através de percentual de impostos residuais criados pelos Estados, no artigo 10º<sup>47</sup>, e também através de tributos próprios, no artigo 13º<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Emenda Constitucional de 03.09.1926, artigo 6º: O Governo federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo: (...) II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionaes: (...) f) a autonomia dos municípios;

<sup>46</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16.07.1934, artigo 7º: Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: (...) d) autonomia dos Municípios;

<sup>47</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16.07.1934, artigo 10: Compete concorrentemente à União e aos Estados: (...) VII - criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente. Parágrafo único - A arrecadação dos impostos a que se refere o número VII será feita pelos Estados, que entregarão, dentro do primeiro trimestre do exercício seguinte, trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo. Se o Estado faltar ao pagamento das cotas devidas à União ou aos Municípios, o lançamento e a arrecadação passarão a ser feitos pelo Governo federal, que atribuirá, nesse caso, trinta por cento ao Estado e vinte por cento aos Municípios.

<sup>48</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16.07.1934, artigo 13: Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente:

I - a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta;

II - a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas;

III - A organização dos serviços de sua competência.

§ 1º - O Prefeito poderá ser de nomeação do Governo do Estado no Município da Capital e nas estâncias hidrominerais.

§ 2º - Além daqueles de que participam, ex vi dos arts. 8º, § 2º, e 10, parágrafo único, e dos que lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios:

I - o imposto de licenças;

II - os impostos predial e territorial urbanos, cobrado o primeiro sob a forma de décima ou de cédula de renda;

III - o imposto sobre diversões públicas;

IV - o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais;

V - as taxas sobre serviços municipais.

§ 3º - É facultado ao Estado a criação de um órgão de assistência técnica à Administração municipal e fiscalização das suas finanças.

§ 4º - Também lhe é permitido intervir nos Municípios a fim de lhes regularizar as finanças, quando se verificar impontualidade nos serviços de empréstimos garantidos pelos Estados, ou pela falta

Com a Constituição outorgada de 1937, apesar de haver a previsão da autonomia municipal no artigo 26<sup>49</sup>, o regime ditatorial do Estado Novo, na prática, reduziu o Brasil a um estado unitário, como ressalva José Carlos Vasconcelos dos Reis<sup>50</sup>. Além disso, a autonomia política era reduzida, uma vez que o prefeito era nomeado pelo governador do Estado<sup>51</sup>.

Com a queda do regime ditatorial e a promulgação da Constituição de 1946, o município voltou a ter garantida de forma efetiva a sua autonomia com a determinação expressa da eleição dos seus representantes, havendo porém duas exceções: tanto nas capitais estaduais quanto nas localidades com estâncias hidrominerais naturais, os prefeitos seriam escolhidos pelo governador do Estado<sup>52</sup>.

---

de pagamento da sua dívida fundada por dois anos consecutivos, observadas, naquilo em que forem aplicáveis, as normas do art. 12.

<sup>49</sup> Constituição de 1937, Art 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente:

- a) à escolha dos Vereadores pelo sufrágio direto dos munícipes alistados eleitores na forma da lei;
- b) a decretação dos impostos e taxas atribuídos à sua competência por esta Constituição e pelas Constituições e leis dos Estados;
- c) à organização dos serviços públicos de caráter local.

Artigo 28: Além dos atribuídos a eles pelo art. 23, § 2, desta Constituição e dos que lhes forem transferidos Pelo Estado, pertencem aos Municípios:

- I - o imposto de licença;
- II - o imposto predial e o territorial urbano;
- III - os impostos sobre diversões públicas;
- IV - as taxas sobre serviços municipais.

<sup>50</sup> REIS, José Carlos Vasconcelos dos. Op. cit.

<sup>51</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10.11.1937, artigo 27: O Prefeito será de livre nomeação do Governador do Estado.

<sup>52</sup> Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10.11.1937, artigo 28: A autonomia dos Municípios será assegurada:

- I - pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;
- II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,
  - a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;
  - b) à organização dos serviços públicos locais.

§ 1º - Poderão ser nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos das Capitais, bem como os dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União.

§ 2º - Serão nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos dos Municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País.

Artigo 29: Além da renda que lhes é atribuída por força dos §§ 2.º e 4.11 do art. 15, e dos impostos que, no todo ou em parte, lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios os impostos:

- I - predial e territorial, urbano;
- II - de licença;

Com a Constituição de 1967, os elementos da autonomia municipal aumentaram, com determinações mais detalhadas e mais objetivas em seu artigo 16<sup>53</sup>. Porém, com o regime militar, a força centralizadora da União afetou tanto Estados quanto Municípios, ficando o exercício da autonomia municipal prejudicado.

Finalmente, com a Constituição de 1988, chega-se a uma forma de autonomia municipal plena, inovadora e de uma proposta original, como bem observa José Carlos Vasconcelos dos Reis<sup>54</sup> ao reconhecer que a CF não apenas determina uma autonomia municipal detalhada e efetiva através da descrição pontual dos seus quatro desdobramentos, mas também eleva os Municípios ao status de entes federados, nominalmente através do artigo 18, que preceitua: *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.* Essa inclusão do Município como terceira esfera de poder, ao lado da União e Estados Federados, gera um diferencial na

---

III - de indústrias e profissões;

IV - sobre diversões públicas;

V - sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência.

<sup>53</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 24.01.1967, Artigo 16: A autonomia municipal será assegurada:

I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo o País, dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléia Legislativa;

II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade, de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei estadual;

b) à organização dos serviços públicos locais.

§ 1º - Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:

a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual;

b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por lei de iniciativa do Poder Executivo.

§ 2º - Somente terão remuneração os Vereadores das Capitais e dos Municípios de população superior a cem. mil habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar.

§ 2º - Somente serão remunerados os Vereadores das Capitais e dos Municípios de população superior a trezentos mil (300.000) habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar. (Redação dada pelo ato Institucional nº 7, de 1969)

§ 3º - A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, só podendo ocorrer:

a) quando se verificar impontualidade no pagamento de empréstimo garantido pelo Estado;

b) se deixarem de pagar, por dois anos consecutivos, dívida fundada;

c) quando a Administração municipal não prestar contas a que esteja obrigada na forma da lei estadual.

<sup>54</sup> REIS, José Carlos Vasconcelos dos. Op. cit.

organização político-administrativa do país, garantindo ao poder local a realização de políticas de desenvolvimento em conformidade com as reais necessidades da sua comunidade.

Na obra de Marcelo Caron Baptista<sup>55</sup>, a defesa da autonomia municipal, independente do seu status de ente federado ou não, apóia-se na questão primária da formação e manutenção da Federação Brasileira, a qual, como todas as outras federações, está baseada na descentralização do poder em autoridades locais que devem possuir as ferramentas necessárias para exercício de suas atividades. O autor reafirma imprescindíveis as parcelas de autonomia anteriormente descritas, concluindo que negar autonomia financeira aos entes federados, por exemplo, significa submeter as decisões desses ao crivo do poder central, que autorizaria a despesa ou não, conforme a sua discricionariedade. Dessa forma, a negativa da autonomia financeira aos entes federados torna o estado unitário, centralizando o poder ao invés de distribuí-lo. Em contra-partida, o autor<sup>56</sup> reconhece a possibilidade de o Poder Constituinte Derivado administrar as competências tributárias dos entes federados, alterando os tributos e até mesmo as competências destes, ressalvado que essas alterações devem manter o Princípio Federativo. Ou seja, não seria a supressão do ISSQN que tiraria a autonomia financeira municipal, mas sim a sua retirada sem qualquer reposição com outro tipo de tributo capaz de gerar os mesmo recursos ou até mais. Realmente, há que se concordar com este ponto de vista, porquanto na eventual necessidade de atualizar o Sistema Tributário Nacional, em nome do desenvolvimento econômico brasileiro, nada impediria que o constituinte determinasse a extinção dos tributos atuais para repô-los com novos, mais adequados à realidade brasileira, com novos comandos e regras, desde que, nessa mudança, fiquem mantidas as autonomias financeiras de todos os entes, principalmente a dos Municípios.

A defesa da autonomia municipal em nenhum momento deve ser questionada, a considerar a evolução histórica desse ente e a sua importância na

---

<sup>55</sup> BAPTISTA, Marcelo Caron. ISS: do texto à norma. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 104.

<sup>56</sup> BAPTISTA, Marcelo Caron. Op. cit. p. 96.

consecução dos objetivos estatais. Paulo Bonavides<sup>57</sup> lembra que a autonomia municipal é uma característica que antecede os Estados modernos, uma vez que as sociedades humanas surgiram primeiro com agrupamentos das famílias em tribos e depois dessas em comunidades, e que ao longo da história deram forma às cidades que conhecemos hoje. Assim, garantir constitucionalmente a autonomia municipal é apenas positivizar um direito que naturalmente se criou ao longo da história.

## 7. A COLISÃO DE PRINCÍPIOS

Robert Alexy<sup>58</sup> leciona sobre a identificação dos princípios e sua diferenciação perante as regras, ambas espécies do gênero norma, propondo uma regra definitiva. Essa busca teórica tem como justificativa a necessidade de enfrentar o conflito de regras e a colisão de princípios. Nos momentos em que surge a dúvida sobre qual regra ou princípio deve-se obedecer, a correta identificação da norma como um ou outro é essencial para aplicarmos a correta solução. No caso de regras conflitantes pode ocorrer de uma ser determinada inválida e excluída do sistema, enquanto que para a colisão de princípios não haverá exclusão de nenhum deles, mas sim a ponderação de qual deve ser considerado superior ao outro em cada circunstância. Essa resolução de colisão de princípios irá possibilitar resolvermos a questão que surge ao confrontarmos de um lado o Princípio Federativo e a conseqüente harmonia entre os poderes, o que permitiria à União determinar uma alíquota mínima para as municipalidades, no intuito de garantir a sua autonomia financeira e coibir o excesso na concorrência entre municípios, e do outro lado o Princípio da Autonomia Municipal, que exigiria para si essa competência de determinar a alíquota mínima dos seus tributos, não admitindo que outro poder o faça.

---

<sup>57</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 311.

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 63.

Para tanto, há que compreender que regras e princípios são normas que dizem o dever ser, seja para proibir, seja para permitir um determinado comportamento. As semelhanças partem do fato de essas duas normas terem a mesma finalidade: determinar estruturas ou comportamentos. Mesmo havendo a mesma intenção de dizer o dever ser, há o consenso de haver distinção entre um e outro. Nessa tentativa de distinguir regra de princípio, podem ser citados vários critérios, como por exemplo o da generalidade: enquanto o princípio estabelece conceitos genéricos de elevado grau de abstração, as regras estabelecem conceitos específicos para situações determinadas, possuindo portanto baixo grau de abstração. Outro critério de distinção seria se a norma em questão é fundamento para outras normas, ou se seria uma norma em si mesma: a norma que fundamenta outras, que norteia a formulação de outros preceitos comportamentais e estruturais teria nessa característica a sua definição como um princípio, por atuar como caminho, como guia para as demais normas que forem postas. Já a norma em si mesma traria um comando estanque, no qual o sujeito dessa norma a exerceria de forma completa, seja cumprindo-a ou violando-a, mas o exercício dessa norma encerraria a sua função de dizer o direito, de tal forma que se configuraria como regra. Além desses critérios, Alexy exemplifica outros, como a clareza do conteúdo valorativo ou a referência a um direito supremo.

Apesar de serem aceitáveis os critérios acima, Alexy reputa que pode haver um critério definitivo para a distinção clara e absoluta entre regra e princípio, e esse critério é o do *grau qualitativo da norma*. Ou seja, *el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida possible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.*<sup>59</sup> Dessa forma, o princípio é a norma que demanda sua execução na maior extensão possível, considerando nessa avaliação a realidade fática e jurídica que se apresenta, pois podem haver outros princípios igualmente legítimos que podem limitar a efetivação daquele primeiro. Do outro lado, encontram-se as regras que se distinguem dos princípios

---

<sup>59</sup> ALEXY, Robert. Op. cit. p. 64: “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.”

por serem executáveis ou não. Não há nas regras a possibilidade de serem parcialmente cumpridas, já que, se fazem parte do ordenamento jurídico e são normas legítimas e legais, devem ser cumpridas, doutro modo ou seriam ilegais ou ilegítimas ou inconstitucionais, no que resultaria no seu não cumprimento em absoluto.

É a partir dessa distinção que Alexy nos encaminha para a resolução de conflito de regras e também a colisão de princípios. Quando perante duas regras que se excluem, há duas soluções advogadas pelo autor: a primeira opção é a identificação de uma delas como inválida, excluindo-a do sistema. A outra opção é a inclusão de uma cláusula de exceção em uma delas, permitindo que elas existam sem se confrontarem, pois a regra de uma só será exercida como uma contingência da outra. O exemplo usado pelo autor são as regras de (1) proibição de sair da sala de aula antes do meio-dia e (2) sair imediatamente da sala quando tocar o alarme de incêndio. Essas duas regras levam a comportamentos distintos, o que impede que elas coexistam no mesmo sistema normativo da forma em que se encontram. Seguindo as regras de resolução de conflitos, ou elimina-se uma das duas normas, ou incluímos na primeira a exceção para caso toque o alarme de incêndio. Com isso, o comportamento desejado pela primeira só será descumprido na eventualidade da ocorrência da segunda previsão: um incêndio. Sempre que não for possível incluir a exceção, estar-se-á diante daqueles casos em que uma regra derroga a outra, seja por especialidade (*lex specialis derogat legi generali*), seja por cronologia (*lex posterior derogat legi priori*).

Para a colisão de princípios a resolução proposta pelo autor é distinta, pois enquanto o conflito de regras irá questionar a validade de uma delas (ou incluir uma como exceção da outra), no âmbito dos princípios o que se questiona é a importância de cada um na circunstância conflituosa, e essa importância se traduzirá abstratamente em um peso para cada um. Será o princípio de maior peso naquela situação que deverá prevalecer perante o outro. Isso ocorre pelo fato de, em se tratando de princípios, não há possibilidade de um deles ser inválido, pois havendo invalidade não haveria colisão: um deles seria

excluído do sistema e o outro determinaria o dever ser. Mas como os princípios são sempre válidos, o que os diferencia são os graus de possibilidade da sua execução diante dos fatos e dos outros princípios jurídicos.

## 8. A EMENDA CONSTITUCIONAL 37 DE 12.06.2002

Os juristas brasileiros se dividem em relação à constitucionalidade da Emenda Constitucional 37 ao estipular a alíquota mínima do ISSQN, uma vez que estaria a ferir o Princípio da Federação pelo fato de uma esfera de poder (União) decidir sobre tributo de outra (Município). Considerando que essas esferas são independentes e autônomas entre si, e que a partir da Constituição de 1988 as municipalidades passam a fazer parte do pacto federativo, tornar-se-ia inquestionável a autonomia municipal.

O artigo 18 da Constituição Federal preceitua que *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* (negrito nosso). Ao incluir os Municípios como elemento constitutivo da Federação, a Constituição Federal eleva o grau de autonomia dos municípios, àquele equivalente aos dos demais entes federados: União, Estados e Distrito Federal.

É nesse sentido que Eduardo Fortunato Bim<sup>60</sup> discorre sobre os pontos que impediriam a estipulação de alíquota mínima de um tributo municipal pela União. Apesar de haver previsão para alteração da Constituição Federal através de Emendas Constitucionais, como estipula o artigo 60 (*A Constituição poderá ser emendada*), as Cláusulas Pétreas, como visto, estão fora dessa possibilidade de alteração, estando entre elas a que protege a Federação e como

---

<sup>60</sup> BIM, Eduardo Fortunato. A Inconstitucionalidade da Alíquota Mínima para o ISS: a Violação do Pacto Federativo pela EC 37/02. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 94, p. 22-37, julho, 2003.



conseqüência a autonomia dos entes federados, conceito constante no artigo 60 §4º inciso I da Constituição Federal, preceituando que *não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado*. Ou seja, mesmo havendo a previsão para alteração da Constituição, os representantes autorizados não podem dispor sobre matérias consideradas como imutáveis.

Nessa argumentação entra a questão de que o Poder Constituinte Derivado, que é o representante autorizado a efetuar alterações na Constituição após sua promulgação, não possui alcance ilimitado como possui o Poder Constituinte Originário. Nesse ponto Sepúlveda Pertence<sup>61</sup> frisa que “*o que se tem é uma função constituinte entregue a um poder constituído, portanto limitável pela Constituição que o constitui*”. O que se questiona então é até que ponto o Poder Constituinte Derivado, que é o poder autorizado a efetuar alterações na Constituição Federal, teria autoridade para promulgar uma emenda constitucional que estipula a alíquota mínima do ISSQN, que é um tributo municipal e portanto de responsabilidade legislativa desse ente federado e de nenhum outro.

Como as cláusulas pétreas não admitem alteração, e dentre elas consta a proteção da forma federativa, qualquer tentativa de alterar a relação entre os entes federados estará indo contra essa determinação. Como o próprio texto constitucional preceitua, nem mesmo a *emenda tendente* a ferir o princípio federativo é permitida, de tal forma que um poder impondo limites, mesmo que no tocante à alíquota mínima de tributo de outro ente, já estariam adentrando nessa tentativa de ferir o pacto federativo, na tentativa de ingerir em competência que não é sua.

É através dessa ótica que Eduardo Fortunato Bim<sup>62</sup> aponta para o fato de que as unidades federadas devem se restringir a legislar sobre os temas de sua própria competência. Não podem exceder esse limite legislativo, o qual

---

<sup>61</sup> PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O Controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: Crônica de Jurisprudência in MENDONÇA, Oscar, MODESTO, Paulo. Direito do Estado, Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 38.

<sup>62</sup> BIM, Eduardo Fortunato. *Ibidem*.

está posto na Constituição Federal, pois ultrapassá-lo significaria infringir automaticamente a regra da autonomia dos entes federados. A Constituição Federal, em seu artigo 30, inciso I, determina que *compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local*. Dessa forma, a criação e administração dos tributos municipais e suas alíquotas devem ser exclusividade da municipalidade, para que este possa operar o instrumento fiscal de forma a adequar a política local aos interesses da comunidade e das empresas. É através desse mecanismo de alíquotas que as municipalidades podem atrair empresas e com isso incentivar o desenvolvimento local.

Nesse ponto, pode-se vislumbrar como justificativa da Emenda Constitucional 37 exatamente evitar que haja competição entre os municípios através da fixação de alíquotas de impostos municipais, o que é comumente conhecido como *guerra fiscal*. Estabelecer alíquotas menores para atrair empresas poderia, aos olhos dos legisladores da emenda, prejudicar a arrecadação municipal se houver excesso no oferecimento de menores alíquotas, pondo em risco a saúde financeira do município. Entretanto, Eduardo Fortunato Bim<sup>63</sup> argumenta que, apesar dessa justificativa para uma alíquota mínima, não estaria esse comando dentro dos limites de proporcionalidade, uma vez que a competição entre municípios só poderia ser prejudicial entre municípios da mesma região metropolitana, enquanto que municípios de outros Estados em nada se prejudicariam ao estabelecer alíquotas mais baixas. Ou seja, a dita *guerra fiscal* só faz sentido entre municípios próximos, e a emenda estaria a afetar municípios sem qualquer comunicação entre si, sendo assim *desproporcional* essa medida. Como o Princípio da Proporcionalidade exige que sejam utilizados meios adequados, que ocorra a menor ingerência possível e que a medida seja proporcional em sentido estrito, a emenda constitucional não seria a solução adequada em termos de proporcionalidade para essa questão.

Eduardo Fortunato Bim<sup>64</sup> advoga que o ideal seria então determinar uma alíquota fixa para o ISSQN para todos os municípios, caso fosse possível

---

<sup>63</sup> BIM, Eduardo Fortunato. Ibidem.

<sup>64</sup> BIM, Eduardo Fortunato. Ibidem.

assim a União fazê-lo. Ou então, determinar que os municípios situados na mesma região metropolitana compartilhassem as mesmas alíquotas do imposto. Nesse ponto parece sensata a observação do autor: havendo dois municípios vizinhos, com as mesmas alíquotas de ISSQN, a empresa terá a tendência a escolher aquele que tiver as melhores condições de infra-estrutura, de tal forma que o município mais desenvolvido tenderá a se desenvolver mais em relação ao vizinho. Assim, a possibilidade de oferecer alíquotas diferentes, estabelecendo concorrência entre as municipalidades, proporcionaria melhores chances de aqueles municípios menores atraírem empresas e assim proporcionar desenvolvimento não concentrado apenas nos grandes centros. Haveria, entretanto, a possibilidade de os municípios mais desenvolvidos fazerem o mesmo, retirando assim qualquer chance dos menores, tornando inócua qualquer tentativa da estipulação de alíquota mínima no intuito de reduzir essa competição.

Pela inconstitucionalidade também advoga Alexandre Bleggi Araujo<sup>65</sup>, uma vez que a autonomia e a competência municipais designadas pela Constituição Federal demonstram a elevação do município a ente federado, figurando assim como esfera de poder ao lado de União, Estados e Distrito Federal. Considerando esse aspecto e a determinação da independência desses entes, não haveria possibilidade de outro ente legislar sobre a alíquota mínima do ISSQN senão o próprio município.

No mesmo sentido leciona Marcelo Caron Baptista<sup>66</sup> ao considerar total violação à autonomia municipal a estipulação por emenda constitucional a alíquota mínima do ISSQN. Seu argumento se baseia no fato de que a alíquota máxima já estaria a diminuir a autonomia municipal, e com o advento da mínima os municípios não teriam capacidade de balancear as alíquotas conforme a capacidade econômica dos contribuintes.

---

<sup>65</sup> ARAUJO, Alexandre Bleggi. Imposto sobre Serviços (ISS): Inconstitucionalidade das Limitações ao Poder de Tributar Municipal impostas pela Emenda Constitucional 37/02. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 91, p. 07-23, abril, 2003.

<sup>66</sup> BAPTISTA, Marcelo Caron. ISS: do texto à norma. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 627.

Mesmo que a CF tenha determinado algumas competências que são compartilhadas pelos entes federados, a matéria tributária é definida como privativa ao separar a cada um deles tributos específicos para serem instituídos e arrecadados e, ao lado do dever-poder de tributar, determinou também no artigo 150 as suas limitações tributárias, incluindo aí as municipalidades, instituindo imunidades que protegem atividades e setores da sociedade específicos.

É a partir da demonstração de que os municípios são tratados com igualdade na determinação das competências tributárias, que se reputa serem considerados entes federados dotados da mesma autonomia que possuem União, Estados e Distrito Federal e por isso parte dos juristas questionam a possibilidade de instituição da alíquota mínima de tributo municipal por Emenda Constitucional.

## **9. CONCLUSÃO**

Verifica-se que mais de um autor (Eduardo Fortunato Bim, Alexandre Bleggi Araujo, Marcelo Caron Baptista) apresentam argumentos válidos para a defesa da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 37, a qual impõe uma alíquota mínima para o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), supostamente infringindo o Princípio Constitucional da Autonomia Municipal, o qual garante a independência desses entes federados. Nesse sentido, haveria sim uma invasão na política municipal, por parte da União, ao legislar sobre tributo que não é da sua competência. Além disso, diante o argumento da concorrência entre municípios através da oferta de menores alíquotas para atração de empresas, caracterizando o que na prática denomina-se *guerra fiscal*, haveria conseqüências negativas em relação às finanças do município, que poderia por má administração chegar a níveis preocupantes de arrecadação, colocando em risco a saúde do município, o qual passaria a ter dificuldades em oferecer à sua população o mínimo necessário de saúde, educação, segurança,

transporte, entre outros bens e serviços que a administração pública é responsável.

Entretanto, ao propormos a análise da formação do federalismo brasileiro, descobre-se que sua origem tende muito mais à artificialidade e imposição conjuntural do que uma real necessidade de organização estatal como nas colônias britânicas da América do Norte. Embora não tenha sido possível, por uma questão de adequação e foco, inserir um estudo histórico, social e cultural que se estendesse além da leitura dos textos constitucionais, o desdobramento que se segue nas alterações constitucionais é por uma luta de interesses entre os poderes locais e o central, não o contrário que se esperaria de uma real federação: a cooperação entre a administração local e a central, esta elegendo regras gerais para o desenvolvimento da nação e aquela aplicando essas regras e legislando regras locais para atendimento pontual das necessidades regionais. A partir desse conhecimento, nota-se que por mais que seja possível dar ampla liberdade para a legislação local, o sentido de união e cooperação entre as esferas de poder ainda não é suficiente para tanto, sendo necessário um controle central para garantir que os poderes locais, e nesse estudo em especial, as municipalidades convivam de forma harmoniosa sem competir até o nível de prejudicarem a si mesmas.

Na seqüência, analisou-se o Sistema Tributário Brasileiro, que passa a fazer mais sentido de ser como é: eminentemente constitucional, pois o constituinte teve a preocupação em garantir que democracia arduamente conquistada não seria aviltada novamente, e para tanto seria necessária uma federação forte e à prova de ingerências. Para isso ser possível, precisava-se ter garantido no texto constitucional tudo o que é necessário para que cada ente federado possa ser efetivamente independente, e um desses aspectos, um dos mais importantes, é a autonomia financeira. Nesse sentido, o constituinte teria de garantir que cada esfera tivesse sua fonte de renda própria, sem depender das demais, e em termos públicos, a fonte de renda primordial são os tributos. Assim, cada ente federado possui seu rol de tributos que em tese garantem sua saúde financeira e possibilita a consecução dos seus fins. Ao lado disso, também

garantiu o constituinte, em cláusula pétrea, a forma federativa, para que não haja qualquer possibilidade de os entes tentarem contra a autonomia dos seus pares.

Entretanto, os conceitos sociais e jurídicos devem acompanhar a evolução da sociedade à qual estão vinculados, de tal forma que não se pode imaginar ser possível continuar a gerir um estado com os conceitos do século passado. A sociedade humana busca sempre melhorar os conceitos e as práticas de ontem, para que o nosso amanhã seja ainda melhor. Com isso em mente é que o constituinte original permitiu que houvesse a possibilidade de alteração da Constituição, para que ela fosse adaptada às novas necessidades que surgissem. Com essa autorização, ficou estabelecido o Poder Constituinte Derivado, que possui poder constituído e limitado para alterar determinados pontos da Carta Magna, sempre que houver a devida necessidade.

Não se poderia deixar de aprofundar na questão da autonomia municipal, conceito e princípio que foi inovado em nossa Constituição ao elevá-lo a ente federado possuidor de poder-dever em patamar similar da União e dos Estados. Essa autonomia, que se desdobra em administrativa, financeira, política e legislativa, garante que o município poderá desempenhar seu papel de poder local de forma plena. Dalmo de Abreu Dallari<sup>67</sup> lembra que o Papa João XXIII já ensinava que *o fim do Estado é o bem comum, no sentido de ser o protetor dos seus cidadãos, para que estes possam perseguir o seu desenvolvimento humano, em todas as suas acepções*. Com isso, genial foi a elevação do município a ente federado, por ser a municipalidade o poder mais próximo dos cidadãos, sendo portanto o poder mais importante para o desenvolvimento humano e social.

Celso Ribeiro Bastos<sup>68</sup> nos ensina que, nos sistemas, *o significado de cada parte é dado pelo todo a que pertence, da mesma maneira que uma modificação qualquer de suas partes repercute sobre o todo*. Talvez aqui resida a solução final para a análise da constitucionalidade da EC 37: reconhece-se que

---

<sup>67</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 20.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, p. 107.

<sup>68</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e Direito Tributário. 3.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, p. 103.

existe um conflito entre o Princípio da Autonomia Municipal e os limites do Poder Constituinte Derivado, o qual pode por vezes se confundir com as vontades do poder central, a União, considerando a artificialidade da federação brasileira. Mas não se pode deixar de levar em conta o Princípio Federativo, o qual demanda de todos os entes federados a convivência harmoniosa para o pleno desenvolvimento da sociedade brasileira. Utilizando então a metodologia idealizada por Robert Alexy, há que se ponderar e determinar qual desses princípios possui maior peso: a autonomia municipal, no sentido de não poder o constituinte derivado impor uma alíquota mínima, ou o princípio federativo, que precisa ser resguardado como cláusula pétrea que é, e portanto demanda do constituinte derivado que imponha limites às decisões locais para que não haja a possibilidade de tanto a harmonia quanto a saúde financeira serem ameaçadas por decisões pontuais de atrair uma empresa a mais para as suas fronteiras.

Ao defrontar esses dois princípios, e levando em consideração o presente estudo dos elementos que compõe o problema, é permitido concluir que a autonomia municipal é princípio basilar da federação idealizada pelo constituinte de 1988, tanto o é que a inovação de elevá-lo a ente federação não possui paralelo idêntico em toda a história das constituições do mundo. Por esse motivo, e aliado à importância da harmonia dos entes federados, é que a opinião de conclusão deste estudo é no sentido de afirmar a constitucionalidade da Emenda Constitucional 37 quando impõe limite mínimo para a alíquota do imposto municipal Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

## **10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

AMARO. Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ARAUJO, Alexandre Bleggi. Imposto sobre Serviços (ISS): Inconstitucionalidade das Limitações ao Poder de Tributar Municipal impostas pela Emenda Constitucional 37/02. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 91, p. 07-23, abril, 2003.

ATALIBA, Geraldo. Hermenêutica e Sistema Constitucional Tributário. 04.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: RT.

ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. 2.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: RT.

BASTOS, Celso et al. Por Uma Nova Federação. 1<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 20.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 3.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva.

BERTI, Flávio de Azambuja. Direito Tributário e Princípio Federativo. 1<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BIM, Eduardo Fortunato. A Inconstitucionalidade da Alíquota Mínima para o ISS: a Violação do Pacto Federativo pela EC 37/02. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, v. 94, p. 22-37, julho, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 3<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 25<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 17 Ed. São Paulo: Saraiva.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Manual de Direito Tributário. 2.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Nelson Nery. Autonomia do Município. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 35, p. 204-220, Malheiros, 2001.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1995.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. O Controle de Constitucionalidade das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal: Crônica de



Jurisprudência in MENDONÇA, Oscar, MODESTO, Paulo. Direito do Estado, Tomo I. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 38.

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. Os Municípios no Estado Federal Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 228, p. 149-176, Renovar, abr/jun 2002.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 20<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

VIEIRA, José Roberto. A Regra-Matriz de Incidência do IPI: texto e contexto. Curitiba: Juruá Editora, 1993.

## **11. DOCUMENTOS CONSULTADOS**

Universidade Federal do Paraná. Normas para Apresentação de Documentos Científicos, v.2. 2<sup>a</sup> ed. Curitiba: Editora UFPR, 2007.

Constituição Política do Imperio do Brazil de 25.03.1824.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24.02.1891

Emenda Constitucional de 03.09.1926

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16.07.1934

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10.11.1937

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18.09.1946

Constituição da República Federativa do Brasil de 24.01.1967

Emenda Constitucional nº 1 de 17.10.1969

Constituição da República Federativa do Brasil de 05.10.1988.

Lei Complementar 116 de 31.07.2003.