

Levando a democracia a sério: uma abordagem da regra decisória ideal para o CONFAZ

MISABEL ABREU MACHADO DERZI

Doutora em Direito (UFMG). Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário (UFMG e FMC).

TARCÍSIO DINIZ MAGALHÃES

Doutorando em Direito e Justiça (UFMG) com bolsa da (FAPEMIG) e períodos de investigação financiados pela FAPEMIG no *International Bureau of Fiscal Documentation* (Países Baixos) e no *Institute for Austrian and International Tax Law* da *Wirtschaftsuniversität Wien - Vienna University of Economics and Business* (Áustria) e pela (CAPES) na *McGill University* (Canadá).

Artigo recebido em 02/05/2016 e aprovado em 09/09/2016.

SUMÁRIO: 1 *Introdução* • 2 *O problema do institucionalismo parcelar: um mundo imperfeito requer uma análise institucional comparada* • 3 *A regra da maioria e seus críticos* • 4 *O modelo de duas forças da política, ou: o paradoxo do medo de muitos e do medo de poucos* • 5 *O modelo democrático do CONFAZ e a regra decisória ideal para a concessão de benefícios e incentivos no ICMS* • 6 *Conclusão* • 7 *Referências*.

RESUMO: Tendo como panorama teórico a análise comparativa, que busca contribuir para a justificação de escolhas institucionais, tanto em sede de desenho e reforma constitucional, quanto em nível de direito infraconstitucional e políticas públicas, o objetivo deste trabalho é enfrentar a polêmica relativa à definição da regra decisória ideal para a concessão de incentivos e benefícios fiscais do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ. Para tanto, será necessário confrontar as regras da unanimidade e da maioria, assim como os principais modelos de democracia, à luz dos princípios constitucionais e dos ideais do federalismo fiscal cooperativo e da justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS • CONFAZ • Teoria Democrática • Regra da Unanimidade • Regra da Maioria.

Taking democracy seriously: an approach to the optimal decision rule for CONFAZ

CONTENTS: *1 Introduction* • *2 The problem of single institutionalism: an imperfect world requires a comparative institutional analysis* • *3 The majority rule and its critics* • *4 The two-force model of politics, or: the paradox of the fear of the many and the fear of the few* • *5 The democratic model for CONFAZ and the optimal decision rule for granting benefits and incentives on ICMS* • *6 Conclusion* • *7 References*.

ABSTRACT: Taking comparative analysis as a theoretical background, which seeks to contribute in justifying institutional choices, whether in constitutional design and reform, or in law and public policy, this work's goal is to address the controversy over the definition of the optimal decision rule for granting tax incentives and benefits under the National Finance Policy Council – CONFAZ. In order to do so, it is necessary to confront both unanimity and majority rules, as well as the main democratic models, in light of constitutional principles, and the ideas of cooperative fiscal federalism and social justice.

KEYWORDS: ICMS • CONFAZ • Democratic Theory • Unanimity • Majority Rule.

La democracia en serio: un enfoque a la regla de decisión óptima para el CONFAZ

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 El problema del institucionalismo singular: un mundo imperfecto requiere un análisis institucional comparativa • 3 La regla de la mayoría y sus críticos • 4 El modelo de dos fuerzas de la política, o: la paradoja del miedo de los muchos y el miedo de los pocos • 5 El modelo democrático del CONFAZ y el regla decisoria óptima para la concesión de beneficios e incentivos en el ICMS • 6 Conclusión • 7 Referencias.*

RESUMEN: Con la base teórica del análisis comparativo, que intenta contribuir a la justificación de decisiones institucionales, ya sea en el diseño o reforma constitucional, sea también en el plano del derecho infra-constitucional y de las políticas públicas, el objetivo de este estudio es abordar la discusión sobre la definición de la regla de decisión óptima para incentivos y beneficios fiscales de Impuesto sobre la Circulación de Mercadorías – ICMS en el marco del Consejo Nacional de Finanzas Públicas – CONFAZ. Para ese fin, será necesario confrontar las reglas de la unanimidad y de la mayoría, y los principales modelos de democracia, a la luz de los principios constitucionales y de las ideas de federalismo fiscal cooperativo y de justicia social.

PALABRAS CLAVE: ICMS • CONFAZ • Teoría Democrática • Regla de la Unanimidad • Regla de la Mayoría.

1 Introdução

O pensamento jurídico tem passado, nas últimas décadas, por uma revolução desencadeada pela renovação do interesse pelas filosofias moral e política e pelas teorias da democracia. Nesse compasso, cabe destacar as importantes contribuições para o avanço teórico da ciência jurídica de grandes nomes como John Rawls (2005), Jürgen Habermas (1996; 2015) e Ronald Dworkin (2006), não se podendo, ainda, deixar de fazer menção à extensa obra do brasileiro Mangabeira Unger, mundialmente conhecido por cunhar a expressão *democracia empoderada*¹.

No atual *paradigma democrático* – que se manifesta, em nosso país, através da figura do *Estado democrático de direito*, conforme Preâmbulo e art. 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CFRB/1988 (BRASIL, 1988) –, existe, como bem observa Habermas (1996, p. 133), uma *relação interna entre direito e política* que torna cada vez mais evidente a necessidade de superação de análises meramente descritivas e supostamente neutras, rumo a uma maior aproximação entre filosofia, prática jurídica, ética, economia e política em geral, na tentativa de melhor fundamentar a produção legítima do direito (DERZI, 2015)².

Se isso é verdade em relação ao direito como um todo, faz muito mais sentido quando o que está em pauta são assuntos de alta complexidade e com forte impacto social, como é o caso do *federalismo fiscal* e da *guerra fiscal* (BATISTA JÚNIOR; OLIVEIRA; MAGALHÃES, 2015b). Surpreende, porém, que tal enfoque ainda não tenha sido intentado por estudiosos do direito tributário e financeiro, sequer no que diz respeito ao objeto central deste artigo (MARTINS; CARVALHO, 2014): a polêmica

1 A leitura ungeriana do direito e da democracia, que conduz à sua proposta de *experimentalismo institucional democrático*, pode ser acessada em UNGER, 1996; UNGER, 2015. Mas é importante salientar que suas publicações em teoria jurídica, política e social vão muito além. Para uma breve exposição das principais teses de Unger, vide Godoy, 2008.

2 O entrelaçamento entre filosofia do direito, moral e política sempre foi destacado pelos mais diversos constitucionalistas, tanto aqui quanto alhures (Hart Ely, Santiago Nino, Roberto Gargarella, Frank Michelman, Michel Rosenfeld, Sanford Levinson, Mark Tushnet, Bruce Ackerman, Jack Balkin, Cass Sunstein, Adrian Vermeule, Gomes Canotilho, Paulo Bonavides, entre outros). No âmbito do direito tributário, todavia, essa mudança paradigmática parece ter sido menos sentida, visto que grande parte da doutrina ainda se mantém distante de discussões essenciais à democracia constitucional (como a concretização de direitos fundamentais de viés positivo, a realização dos ditames da justiça socioeconômica, a justificação político-moral da tributação). Nesse sentido, vide Greco; Godói (2005); Vasconcellos Neto; Cruz (2009). Aliás, um dos raros livros que tentam aplicar, de forma sistemática, a teoria democrática e a filosofia político-jurídica ao direito tributário é Menéndez (2001). Para exames mais atuais da relação entre tributação e filosofia, vide Derzi (2014); Batista Júnior; Oliveira; Magalhães (2015a) e Batista Júnior; Oliveira; Magalhães (2016).

relativa à manutenção ou não da unanimidade para as deliberações do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ³. Ora, para a escolha de uma regra decisória para o art. 155, § 2º, XII, g, da CRFB/1988 (que dispõe sobre a concessão de benefícios e incentivos fiscais do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS), não basta um simples exame do direito positivo, pois a questão requer uma reflexão mais profunda sobre qual modelo de democracia deve ser promovido à luz de objetivos sociais e de valores, diretrizes e princípios constitucionais⁴.

Neste artigo, pretendemos ir além da dogmática convencional e das técnicas de análise tradicionalmente empregadas por juristas para incorporar noções de política do direito e de teoria democrática. Em certo sentido, seguimos a proposta de Unger, que:

[...] rejeita [...] os juízes como os principais sujeitos da análise jurídica, e recusa[...] -se a tomar a pergunta – como os juízes devem decidir os casos? – como o problema decisivo na teoria do direito [...] [porquanto o] juiz, ou o jurista sussurrando nos ouvidos de um juiz real ou hipotético, não pode [...] mais ser o protagonista definidor do pensamento jurídico, nem pode [...] a questão de como os juízes devem decidir os casos continuar a ser a questão central. Muito mais importante é a construção da sociedade nos detalhes do direito. (2015, p. 13-31).

Tendo presentes os paradoxos da vida político-jurídica (MOUFFE, 2000; HABERMAS, 2006; CONNELLY, 2002; HONIG, 2009), bem como a necessidade de se atentar para o funcionamento prático das instituições sociais, nosso objetivo é confrontar os argumentos favoráveis e os contrários à unanimidade e à maioria.

3 Em 2012, o então presidente do Senado, José Sarney, nomeou uma comissão de especialistas para repensar o *pacto federativo* brasileiro, cujo relatório final trouxe um anteprojeto de lei que excepcionava a unanimidade em raros casos. Alguns políticos, no entanto, não ficaram satisfeitos, propondo sua substituição pela maioria (vide Projetos de LC 124/13 e 407/15, do Senado, e 275/13, 238/13 e 26/15, da Câmara).

4 Alguns juristas (SCAFF, 2012; SCAFF, 2014b; SCAFF, 2014a; SCAFF, 2015; OLIVEIRA, 2015, p. 117) têm argumentado que a regra da unanimidade seria inconstitucional por contrariar o princípio democrático. Ocorre que não existe sentido único para a palavra *democracia*, sendo certo que, no constitucionalismo social, a expressão não pode ser tomada como uma fórmula formalista, oca e vazia, confundindo-se com a regra da maioria (DERZI, 2010, p. 5-22). Afinal, se tomarmos a distinção já clássica em filosofia entre *conceito* e *concepção* (Herbert Hart, John Rawls, Ronald Dworkin), veremos que existem diferentes *concepções* em torno do *conceito* de democracia. Mais do que isso, há autores, como David Held (2006), que identificam, ao longo dos séculos, dez modelos democráticos distintos, ao passo que outros, como Frank Cunningham (2002), falam na existência de, pelo menos, seis teorias sobre a democracia. Já o renomado cientista político Robert Dahl (2006) acrescenta três formas: a *madisoniana*, a *populista* e, sua preferida, a *poliárquica*. Vide também a entrada da *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, escrita por Tom Christiano (2015), e a recente coletânea Cudd;, Scholz (2014).

Assim, buscamos cumprir a advertência do constitucionalista Neil Komesar (1994; 2001; 2013) – cujas reflexões têm, inclusive, impactado estudos sobre as regras decisórias ao nível do pluralismo constitucional europeu (MADURO, 2006) – de que toda análise constitucional exige uma análise institucional comparativa⁵. Além dele, recorreremos, na parte final, à análise desenvolvida por outro constitucionalista americano, Richard Primus (1997), sobre as principais teorias da democracia, o que nos auxiliará na determinação de qual regra deve prevalecer no âmbito do CONFAZ.

2 O problema do *institucionalismo* parcelar: um mundo imperfeito requer uma análise institucional comparada

Um dos maiores equívocos cometidos por constitucionalistas contemporâneos, como bem adverte Komesar, é ignorar uma questão fulcral a qualquer análise constitucional: as *implicações institucionais das escolhas constitucionais*. Sua tese parte da seguinte constatação: o processo de elaboração de uma constituição compreende a repartição de competências entre *instituições* (entendidas como *processos de tomada de decisão*) – sendo as instituições consideradas o mercado, o processo político e os tribunais (processo judicial ou adjudicativo). Daí, conclui que uma análise consistente entre escolhas constitucionais envolve, necessariamente, uma entre escolhas institucionais. Realizar uma escolha constitucional equivale a realizar uma institucional, o que, na essência, significa *decidir quem decide*, ou seja, a *competência das competências* (1994, p. 52).

Komesar esclarece que não se pode descurar dos valores e objetivos sociais a serem perseguidos pelas instituições. Seu ponto, todavia, é que uma discussão exclusivamente centrada em objetivos, sem preocupação com as instituições que irão efetivá-los, é deficiente. Assim, propõe que uma análise constitucional deve levar em conta tanto os objetivos a serem implementados quanto as instituições que irão, efetivamente, implementá-los.

5 Com suporte na *nova economia institucional*, do nobelista Ronald Coase (COLE, 2004), Komesar pede que *levemos as escolhas institucionais a sério*. Partindo de uma visão institucionalista do direito (comungada pelos mais variados autores, como Ota Weinberger, Neil McCormick, Massimo La Torre, Jeremy Waldron, Frederick Schauer, Cass Sunstein, Adrian Vermeule, Roberto Unger), ele procura realçar os limites analíticos de abstrações jurídicas que ignoram o contexto social e o papel de instituições e atores na efetivação dos objetivos pretendidos. Para um aprofundamento, vale buscar os artigos apresentados no simpósio *30 Years of Comparative Institutional Analysis: A Celebration of Neil Komesar*, na Universidade de Wisconsin-Madison, onde Komesar é professor emérito (publicados na *Wisconsin Law Review*, n. 2, p. 265-692, 2013).

A questão que se coloca é que toda escolha exhibe pontos positivos e negativos. Sendo assim, análises constitucionais/institucionais sempre lidarão com *alternativas imperfeitas*. A pesquisa deve ser comparada porque é essencial confrontar os benefícios e malefícios de cada proposta institucional.

É o que se verifica na escolha entre regras decisórias (ou entre instituições mais ou menos majoritárias). De nada adianta identificar problemas com um tipo de regra ou instituição, recomendando que se mude para outra, pois isso apenas transfere poder decisório. Tal análise simplesmente ignora a existência de um dilema que está no núcleo das democracias constitucionais, e que é retrabalhado por Komesar a partir de seu *modelo de duas forças da política*, a saber, as disputas entre maioria e minoria, que leva ao paradoxo do *medo de muitos* e do *medo de poucos*. Como sintetiza Poiars Maduro (2006, p. 278), “o facto de a unanimidade apresentar problemas democráticos relacionados com o ‘medo dos poucos’ não significa, por si só, que as decisões majoritárias serão sempre mais democráticas, representativas e eficientes”.

3 A regra da maioria e seus críticos

Um dos maiores defensores da regra majoritária foi Hans Kelsen (2013; 1955). Para o jusfilósofo, essa regra – que poderia ser lida como princípio majoritário-minoritário, visto que sua adoção leva à cisão do eleitorado em uma maioria e uma minoria – seria superior à unanimidade (URBINATI; ACCETTI, 2013, p. 11), na medida em que determinaria que a ordem social estivesse, ao mesmo tempo, em conformidade com os desejos do maior número de pessoas e em desconformidade com os do menor número de pessoas. De acordo com Kelsen, a maioria simples seria a regra garantidora do maior grau possível de liberdade política. Regras mais exigentes – ele só admitia a maioria qualificada/supermaioria ao nível constitucional para proteger minorias – poderiam subverter a lógica democrática, uma vez que, se a maioria desejasse modificar a ordem vigente, sendo bloqueada pela minoria, a ordem passaria a estar conforme com os interesses da minoria e disforme aos da maioria.

De modo análogo, Brian Barry (2011) alertava para o fato de que a unanimidade permitiria o exercício do *veto ofensivo*: algumas poucas pessoas poderiam barrar uma decisão não apenas como mecanismo de defesa, mas também como mecanismo de intimidação, forçando decisões que lhes agradem (2013; 1995). Brian Barry (2011) e também Douglas Rae (1969; 1975) igualmente defendem a regra majoritária, aduzindo que, assim como as pessoas podem desejar a manutenção do *status quo*, podem, na mesma proporção, querer sua modificação, caso em que a unanimidade

seria um problema. Não sendo possível inferir que o *status quo* é superior ou sempre desejável, as decisões unânimes engessariam a constituição e as leis, o que nem sempre reflete a vontade da comunidade ou de gerações futuras. Com cálculos matemáticos, Rae (1969) demonstra que a regra da maioria aumenta as chances de cada indivíduo governar⁶.

Já para Ian Shapiro (1996, p. 18-29; 2001, p. 13, 32-35, 129, 237; 2003, p. 17-19; 2003, p. 214-216; 2005, p. 58-59; 2011, p. 62), o maior desafio à unanimidade seria sua viabilidade. Perfilhando uma visão realista, ele observa que a política não opera da mesma forma que as leis do mercado, onde as preferências podem se manifestar de forma mais clara e ordenada. Vários dos temas discutidos no cenário político envolvem assuntos altamente ideológicos, em relação aos quais o consenso é praticamente impossível (como por exemplo, a declaração de guerra externa e o ensino de religião em escolas públicas).

Por fim, Robert Dahl (1989, p. 135) sustentou que, apesar das desvantagens, o majoritarismo se acomodaria melhor ao regime democrático. Em seu premiado *Democracy and its Critics*, ele expõe os principais argumentos a favor da regra da maioria:

1) *Ela maximiza a autodeterminação*: quando a vontade da maioria prevalece, isso significa que o maior número possível de pessoas teve a oportunidade de determinar a vida em comunidade da maneira que acreditava ser melhor (para si ou para os outros).

2) *O domínio da maioria como consequência necessária de requisitos razoáveis*: derivado dos estudos do matemático Kenneth May (1952, p. 682), que deram origem ao Teorema de May, segundo o qual “[a] função de um grupo de decisão é o método de decisão por maioria simples se, e somente se, for sempre decisiva, igualitária, neutra e positivamente sensível”. Ser decisiva denota que, existindo duas opções, só será possível um dos seguintes resultados: A ou B ou nenhuma (*status quo*). As duas características seguintes traduzem a ideia de neutralidade: a decisão não pode favorecer indivíduos (*requisito do anonimato*), tampouco alternativas. Quanto à última, se quase ninguém prefere A nem B, exceto um(ns), cuja preferência é A, então, A deve prevalecer, pois atende à vontade de um(ns), sem prejudicar ninguém.

3) *Maior probabilidade de gerar decisões corretas*: isso depende de uma premissa apresentada pelo matemático Nicolas de Condorcet, segundo a qual pessoas têm mais chances de acertar do que de errar em suas escolhas. E essa probabilidade cresce exponencialmente com o aumento dos membros do grupo majoritário. Se a

6 Esses resultados foram confirmados em pesquisas posteriores. Vide Taylor, 1969; Straffin Jr., 1977.

chance de estar correto para cada membro de uma comunidade de cem pessoas for de 0,51, uma maioria de 51 terá uma probabilidade de 0,52 de estar correta, uma maioria de 55 terá uma probabilidade de 0,60 de estar correta, uma maioria de sessenta terá uma probabilidade de quase 70% de estar correta. Se isso é verdade, não seria a unanimidade a melhor regra? Não, afirma Dahl, pois permitiria que a minoria vetasse decisões da maioria, majorando as chances de decisões equivocadas.

4) *A maximização da utilidade*: a regra da maioria é capaz de maximizar os benefícios médios ou ganhos líquidos, desde que cada benefício obtido pela maioria equivalha a um prejuízo, no mínimo, proporcional para minoria. Mesmo que a maioria seja de 51% e os ganhos correspondam exatamente às perdas, a regra da maioria conseguiria o melhor resultado possível.

Por óbvio, esses argumentos não estão blindados. Quando existem mais de duas alternativas, é possível que ninguém obtenha a maioria dos votos. Mas isso se resolveria com um procedimento descrito por Condorcet: agrupar as alternativas em pares, para que sejam comparadas verificando-se qual vence o maior número de disputas (por exemplo, A vence B, B vence C e A vence C; logo, A é a opção da maioria). A técnica, contudo, não é infalível. Como notou o próprio Condorcet, existem situações excepcionais, chamadas de *maiorias cíclicas*, nas quais cada alternativa só consegue vencer uma única vez, perdendo nas demais disputas (se, nesta ordem, 40% preferem A, B e C, 30% preferem C, A e B, e 30% preferem B, C e A, então, A derrotará B, B derrotará C e C derrotará A).

Esse fenômeno, conhecido como Paradoxo de Condorcet ou da Votação, foi difundido pelo economista nobelista Kenneth Arrow (2012). Seus trabalhos produziram o Teorema da Impossibilidade de Arrow, impulsionando a teoria da escolha social. Arrow trouxe o problema do controle da agenda política: durante ciclos de votação, a maioria variará de acordo com a ordem em que são apresentados os pares de alternativas, permitindo a manipulação dos resultados. Para Dahl, contudo, basta estabelecer regras sobre como a agenda política será determinada em tais circunstâncias – é possível, por exemplo, determinar previamente que a votação será concluída por uma maioria relativa, ou *pluralidade de votos*, ou por qualquer outro método, inclusive por sorteio.

Uma objeção ainda mais séria é levantada por autores liberais, desde Alexis de Tocqueville. Após longa viagem aos EUA, o historiador francês escreveria sua célebre obra de dois volumes *De la Démocratie en Amérique* (1835), na qual descreveria aquilo que considerou ser a maior ameaça à democracia: a possibilidade de a

maioria massacrar a minoria. Assim nasceu a famosa expressão *tiranía da maioria*, posteriormente retomada por John Stuart Mill em *On Liberty*: “em especulações políticas ‘a tirania da maioria’ agora é geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade precisa ser protegida” (1959). Segundo Stuart Mill, em uma sociedade despótica, a tirania não se resumia aos poderes públicos. Os próprios membros da comunidade passavam a interferir na vida privada dos demais, promovendo uma opressão ainda mais grave que o próprio despotismo político. Assim, não bastaria combater a tirania perpetrada pelas autoridades públicas, sendo necessário desenvolver mecanismos para conter a imposição de modos de pensar e viver únicos, violando a individualidade das pessoas.

Veremos que o receio de Tocqueville e Stuart Mill, de que a maioria obstaculize a participação política das minorias, alijando-as do processo democrático, dominou o debate político nos EUA durante os últimos séculos, sendo relevante para a compreensão do constitucionalismo moderno.

4 O modelo de duas forças da política, ou: o paradoxo do medo de muitos e do medo de poucos

O temor à *tiranía da maioria* marcou o processo de elaboração da Constituição dos EUA de 1787, conforme atestam os famosos *federalist papers*⁷, de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. No *Federalist 10*, Madison escreveu:

Reclamações são em todos os lugares ouvidas de nossos cidadãos mais atenciosos e virtuosos, assim como de amigos de fé pública e privada e da liberdade pública e pessoal, que os nossos governos são muito instáveis, que o bem comum é desconsiderado nos conflitos de partidos rivais e que medidas são, na maioria das vezes, decididas, não de acordo com as regras da justiça e dos direitos do partido minoritário, mas pela força superior de uma maioria interesseira e arrogante. Por mais que desejemos ansiosamente que essas queixas não tenham fundamento, a evidência de fatos conhecidos não nos permite negar que elas são, em certo grau, verdadeiras. (1788, tradução nossa)⁸.

⁷ *Federalist Papers*, usualmente traduzido como *O Federalista*, refere-se a uma série de artigos que promovem a ratificação da Constituição dos Estados Unidos.

⁸ A solução para o problema da *tiranía da maioria* estaria na aceitação do pluralismo político. Quanto mais numerosos fossem os partidos e interesses presentes na arena democrática, menores seriam as chances da maioria de encontrar motivos comuns para intervir nos direitos da minoria.

Muito em razão disso, grande parte dos trabalhos dos *Pais Fundadores dos Estados Unidos* foi dedicada à tentativa de encontrar mecanismos para sobrepujar o que Komesar prefere chamar de *mau-funcionamento político*: o complexo de deficiências que geram desconfiança em relação ao processo político. O desafio enfrentado pelos era proteger os direitos da minoria sem abrir mão da regra da maioria. Ao fim e ao cabo, o majoritarismo prevaleceu, mas isso se deveu à adoção de medidas restritivas, dentre as quais, o bicameralismo, a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, os direitos fundamentais. No mais, o poder judiciário passou a exercer papel essencial na proteção das minorias, por meio do controle de constitucionalidade (*judicial review*).

A história constitucional americana, como aponta Komesar, foi dominada por uma forma de institucionalismo singular. Enfocou-se uma distorção do processo democrático, o majoritarismo, esquecendo-se dos riscos do minoritarismo. Mas toda vez que medidas paliativas contra a dominação da maioria são adotadas, a consequência é o incremento do poder da minoria (e vice-versa), *i.e.*, há sempre uma realocação de poder decisório. Essa é uma tensão constantemente vivida no mundo político, razão pela qual Komesar (2001, p. 53) propõe uma visão holística da escolha pública, segundo um modelo de duas forças, com um viés majoritário (*poder de muitos*) e um minoritário (*poder de poucos*).

Evidentemente, esse paradoxo não se restringe aos horizontes nacionais, servindo também para explicar os desafios do que se convencionou chamar de *constitucionalismo pós-nacional*. Conta Poiares Maduro (2006, p. 259), por exemplo, que os debates sobre a constitucionalização da União Europeia desencadearam intensas disputas entre aqueles que temem a *ditadura da maioria* e os que temem a *ditadura da minoria*. Explica Shapiro que, “à medida que os custos de saída aumentam para alguns ou todos aqueles afetados pelas decisões, os perigos da tirania da minoria começam a afetar a regra da unanimidade, e aqueles da tirania da maioria começam a afetar a regra da maioria” (2001, p. 237).

O direito constitucional é marcado por esses dilemas, pelo simples fato de que constituições ora atribuem poder, ora retiram, ora limitam. Por isso mesmo, cabe à doutrina buscar equilibrar os dois extremos por meio de uma análise institucional comparada que considere as peculiaridades do contexto. Mais uma vez, recorreremos às explicações de Shapiro:

[...] decidir sobre o *demos* apropriado para decisões particulares é sempre apenas uma parte da história, quando o lado de governança da equação está em causa. Fica em aberto a questão de saber qual regra decisória deverá ser adotada. Aqui, também, algumas considerações gerais aplicam-se, mas muitas escolhas são ditadas por peculiaridades do contexto. (2001, p. 237).

5 O modelo democrático do CONFAZ e a regra decisória ideal para a concessão de incentivos e benefícios no ICMS

Assim como a manutenção da unanimidade no CONFAZ é objeto de controvérsias, muito se discute nos EUA acerca da aceitabilidade de condenações penais por maioria de votos dos jurados, principalmente depois que a Suprema Corte decidiu, em *Johnson v. Louisiana* (1972) e *Apodaca v. Oregon* (1972), que a regra da maioria não viola a Constituição. Dentre os defensores da unanimidade, está Richard Primus, que entende ser esta uma reivindicação da *legitimidade democrática*. Para sustentá-la, ele conduz um interessante estudo sobre os principais modelos democráticos à procura daquele que melhor se adequa ao tribunal do júri.

Cumprir observar que a tarefa de Primus é bem mais árdua do que a nossa, porque, antes de inquirir sobre o modelo mais apropriado, ele precisa demonstrar como o tribunal do júri, mesmo apesar não se vinculando à ideia de autogoverno, pode ser visto como uma instituição democrática. No caso do CONFAZ, é inquestionável se tratar de uma instituição autogovernada, cujas decisões afetam os próprios decisores.

Primus começa seu estudo identificando duas concepções normativas de democracia. A primeira, a *democracia baseada em interesses*, consistiria num modelo em que os participantes estariam muito mais preocupados em *defender* (estratégica e egoisticamente) suas preferências exógenas ao processo democrático, do que buscar construir novas compreensões, mirando um ideal comum. Aqui, as instituições públicas são vistas “como fóruns em que os representantes-advogados tentam promover os interesses do eleitorado específico que representam” (PRIMUS, 1997, p. 1.433).

Essa descrição do jogo democrático está na base das teorias elitista (Joseph Schumpeter) e econômica (Anthony Downs) da democracia⁹. Outra fonte de inspiração seria o pluralismo de grupos de interesse da *democracia poliárquica* de Dahl e a escola econômica da escolha pública, do nobelista James Buchanan. Na visão *contratarianista* de James Buchanan e Gordon Tullock (1999, p. 64-73), por exemplo, escolhas constitucionais servem para fixar as regras do *mercado político*. O processo decisório é dividido em duas fases: ao nível *constitucional*, indivíduos escolhem as regras do jogo político, que servirão para tomadas de decisão futuras, na próxima fase; ao nível *operacional*, indivíduos escolhem ações específicas e concretas, segundo regras já definidas na fase anterior. Como a lógica aqui é individualista, de agentes racionais no sentido econômico da palavra (*homo economicus*) – e não *racionais* e *razoáveis*, como no modelo *deliberativo contratualista* de autores como John Rawls –, há duas funções: a *dos custos externos* e a *dos custos de tomada de decisão*. Os primeiros são aqueles suportados pela parcela da população que desaprova a decisão (a minoria) e os segundos são aqueles necessários para se chegar a um acordo (tempo e esforço despendidos). Quanto maior o número de partidários da posição dominante, menor os custos externos, já que menos pessoas são prejudicadas. Com o aumento dos membros da comunidade, elevam-se os custos de decisão, haja vista a necessidade de um maior número de pessoas para se chegar a um acordo. Em suma: quanto mais distante da regra da unanimidade, menores os custos de decisão e maiores os custos externos; quanto mais distante da maioria e mais próximo da unanimidade, maiores os custos de decisão e menores os custos externos. A maioria qualificada/supermaioria, por sua vez, ocupa uma posição intermediária entre o custo externo zero e o baixo custo de decisão da maioria simples.

A segunda concepção normativa de democracia lembrada por Primus compreende o consagrado modelo da *democracia deliberativa*, defendido por Jürgen Habermas, John Rawls, Joshua Cohen, Seyla Benhabib, James Bohman, Amy Gutmann & Dennis Thompson, John Dryzek, Leonardo Avritzer, Bruce Ackerman & James

9 O modelo é também conhecido como *agregativo* (YOUNG, 2000, p. 19-21; GUTMANN, THOMPSON, 2004, p. 13-20). Chantal Mouffe (2000, p. 80 *et seq.*) diz que há três concepções: além da agregativa e da deliberativa, existe o modelo agonístico, que é o que ela, e outros como William Connolly, Bonnie Honig e James Tully, preferem (WENMAN, 2013). Neste artigo, abordaremos apenas os dois primeiros, por serem compatíveis com instituições formais que restringem a participação, como é o caso do CONFAZ. É que o pluralismo agonístico propõe modelos radicais ou de alta-intensidade, como os avançados pela própria Mouffe, no livro *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, escrito com Ernesto Laclau, e por Roberto Mangabeira Unger, Cornell West, Judith Butler, Giorgio Agamben, Claude Lefort, Jacques Rancière, Slavoj Žižek, Michael Hardt & Antonio Negri.

Fishkin, Amartya Sen, entre outros, como uma forma dinâmica de busca pelo bem comum. Eles descrevem situações ideais, que devem ser perquiridas (mesmo que nem sempre atingidas), em que os participantes estão dispostos a convencer e a ser convencidos. Em vez de meramente defenderem posicionamentos, *deliberam* sobre a melhor escolha política.

Manin dá um exemplo no campo tributário:

Suponhamos, por exemplo, que um cidadão deseja *a priori* uma redução de impostos, e que ao contrário não tem preferência particular quanto ao nível dos benefícios sociais. [...] No decorrer do debate ele descobre que, se é para reduzir o nível de cobrança, será necessário baixar a compensação social. Ele pode ou aceitar esta consequência, e então descobrir uma preferência que não teve no começo, ou pode não aceitá-la, e escolher revisar sua escolha original. No decorrer da deliberação coletiva o indivíduo pode também descobrir que a opinião que tinha no início era prejudicial e pode decidir mudá-la. [...] Por exemplo, todos aspiram simultaneamente por uma redução dos impostos e um aumento dos serviços sociais. No decorrer da deliberação, na troca de pontos de vista, os indivíduos tornam-se conscientes dos conflitos inerentes a seus próprios desejos. Isto os leva a modificar os objetivos que tinham no início, desistir de alguns deles e harmonizar outros com vistas a compatibilizá-los com os desejos dos outros, trazendo à tona, portanto, a conciliação ou o compromisso. (2007, p. 29).

Uma observação quanto ao dispositivo que dá suporte ao CONFAZ (art. 155, § 2º, XII, g, da CRFB/1988): embora utilize a palavra *deliberar*, isso não significa a opção pelo modelo deliberativista. Afinal, o termo pode ser empregado com sentidos distintos. Como explica Manin, *deliberar* é, no uso comum da linguagem, decidir sobre determinada questão. Equivale ao mero ato de tomar uma decisão ou de fazer uma escolha. No entanto, a tradição filosófica da democracia deliberativa atribui outro significado: “processo de formação da vontade, o momento particular que precede a escolha, e na qual o indivíduo pondera diferentes soluções antes de se filiar a uma delas” (2007, p. 23-34).

Enfim, Primus subdividirá a democracia deliberativa em duas, com base nas ideias de *deliberação como criador* e *deliberação como descobridor*. A explicação está em que nem todos os democratas deliberativistas entendem o processo de formação das decisões políticas da mesma maneira. A deliberação, para filósofos pragmatistas como John Dewey e Richard Rorty e cientistas políticos como Benjamin Barber e Bernard Manin, levaria à *construção* do conhecimento, enquanto outros entendem

que a deliberação levaria à *revelação* de um conhecimento já disponível, como é o caso de Jürgen Habermas e seus seguidores.

Tal subdivisão, entre deliberação *qua* criação e deliberação *qua* revelação, é importante porque produz conclusões distintas quanto à melhor regra decisória. Os adeptos do primeiro modelo admitem, como legítima, a regra da maioria, sob o fundamento de que os melhores argumentos – assim entendidas aquelas razões capazes de convencer o maior número possível de pessoas (e não a todos os envolvidos) – deverão prevalecer (MANIN, 2007, p. 34). Por outro lado, habermasianos tendem a priorizar a construção de consensos, ao manterem que a decisão democrática deve escorar-se em argumentos universalizáveis, aptos a convencer a todos os que serão afetados.

Feitas essas considerações, cabe perguntar: qual, dentre esses esquemas, melhor traduz os debates travados no CONFAZ?

Entendemos que esse órgão colegiado em particular se enquadra muito mais em uma democracia de interesses do que no modelo deliberativista. Ora, os estados-membros enviam representantes ao CONFAZ não para *deliberar* propriamente, mas para tentar convencer os demais a deixá-los adotar medidas que lhes interessam. Eles atuam como advogados, valendo-se de técnicas de negociação e barganha, na defesa de interesses próprios. Em termos habermasianos, os membros do CONFAZ atuam estrategicamente, segundo uma racionalidade instrumental, e não comunicativa. Se assim é, o próximo passo é identificar qual a regra decisória mais adequada a esse modelo.

Primus explica que alguns dos adeptos da democracia baseada em interesses até admitem a regra da maioria, o que, de fato, pudemos constatar ao estudar Dahl. Mas isso geralmente ocorre quando há dificuldades práticas reais de se alcançar um consenso absoluto e quando o que está em jogo não é muito prejudicial aos participantes, inexistindo uma *posição preferencial* em relação aos resultados. Havendo uma *posição preferencial*, a regra decisória deverá ser *calibrada*, afastando-se da maioria, para favorecer tal posição de preferência (*weighted preferences*) (1997, p. 1.436-1438). Especialmente em se tratando de escolhas constitucionais, tomadas

em uma posição inicial, sob um véu de incerteza,¹⁰ a unanimidade seria a melhor regra, pois funciona como um *legitimador original*: “[e]m situações de autogoverno, a unanimidade impede que as pessoas se vinculem sem seu consentimento” (PRIMUS, 1997 p. 1.444).

Além disso, como os indivíduos já sabem o que querem – *i.e.*, cada votante decide, por conta própria, o que é melhor para si, sem auxílio dos demais –, decisões unânimes tenderiam a ser as mais eficientes (no sentido de Pareto). Trata-se de uma situação econômica ótima, em que a melhoraria para um(ns) não piora a situação dos demais. Ou seja, “o critério de superioridade de Pareto é a unanimidade de todas as pessoas afetadas” (POSNER, 1998, p. 14). Em estudo mais recente, Keith Dougherty e Julian Edward (2011, p. 11, 70-73) apresentam uma visão mais completa. Eles dividem as escolhas públicas em três: aleatórias, sinceras e estratégicas. Quando são tomadas decisões aleatoriamente, a maioria tem maiores chances de produzir um resultado ótimo de Pareto; quando há sinceridade na deliberação, a maioria é tão eficiente quanto a unanimidade; agora, se questões são decididas de forma estratégica, como parece ser o que ocorre no CONFAZ, a unanimidade é mais eficiente. Só decisões unânimes poderiam garantir um resultado que satisfizesse a todos, preservando suas preferências iniciais. Qualquer outra regra deixaria o agente racional em uma situação de incerteza sobre seu futuro, já que é impossível saber, de antemão, se ele estará entre a maioria ou minoria. Logo, qualquer distanciamento dessa regra precisaria ser justificado. Nos dizeres de Primus:

Se a unanimidade é, na verdade, a regra de decisão mais legítima sob a democracia baseada em interesses, e se outras regras são utilizadas quando a unanimidade não pode ser alcançada ou implica custos processuais proibitivos, então, talvez, órgãos de tomada de decisão capazes de atingir a unanimidade devam manter a unanimidade como sua regra de decisão. Há pouca razão para se contentar com uma segunda melhor [*second-best*] regra decisória quando a melhor regra decisória está disponível. (1997, p. 1.442).

10 O véu de incerteza é um elemento funcional da teoria *contratarianista* de James Buchanan e Gordon Tullock (1999, p. 78-79). Raciocínio similar, porém com consequências muito distintas, havia sido empregado por Rawls em seu primeiro texto sobre a ideia de justiça como justiça, de 1958, quando utilizou a expressão *posição geral*. Nos anos de 1963 e 1967, Rawls iria desenvolver os conceitos de *posição original* e de *véu de ignorância*, que integrariam sua teoria *contratualista*. Sobre essas categorias, vide Imbeau; Jacob, 2015. Sobre a distinção entre *contratarianismo* (que gera um modelo de democracia baseada em interesses) e *contratualismo* (que gera um modelo de democracia deliberativa), vide Batista Junior; Oliveira; Magalhães, 2015b, p. 6 e notas de rodapé.

A introdução de decisões majoritárias no CONFAZ não só dividiria a federação brasileira em uma maioria e uma minoria (consoante o princípio kelseniano), mas em grupos de beneficiados e de prejudicados. No momento constitucional, cada estado-membro não sabe qual posição ocupará no futuro (se será rico ou pobre, desenvolvido ou não), não sendo razoável pensar que aceitariam a regra da maioria para a desoneração do ICMS, pois isso poderia lhes trazer sérios prejuízos em termos de autonomia financeira. Desviar da unanimidade só se justificaria em duas hipóteses: 1) quando os custos de tomada de decisão são tão elevados, a ponto de superar os custos externos, o que não é o caso das desonerações do ICMS, em que os custos externos sobrepujam, em muito, os custos de tomada de decisão (DERZI, 2011, p. 50). ou 2) quando a decisão não tem condições de trazer graves prejuízos a alguns estados federados, o que é evidente em relação à guerra fiscal.

É preciso ter em mente que a concessão de incentivos, benefícios e isenções fiscais não é a regra na tributação, mas a exceção (DERZI, 2004b, p. 336; DERZI, 2004c, p. 105); de resto, limitada pelos princípios da *igualdade/isonomia tributária* (arts. 150, II, e 152, salvo nas hipóteses do art. 146, III, d, c/c art. 179, do art. 227, § 3º, VI, e art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT) e da *capacidade contributiva* (art. 145, § 1º), e também por implicar redução na arrecadação de outros entes. Aliás, as exonerações fiscais tendem a favorecer os mais privilegiados, ampliando a já elevada regressividade do sistema e contribuindo para o fenômeno da *redistribuição para cima*. (DERZI, 2014; BATISTA JÚNIOR; OLIVEIRA; MAGALHÃES, 2015a).

Considerando, acima de tudo, que o ICMS é *imposto de mercado*, vocacionado a ser o *mais neutro possível* (DERZI, 2004a, p. 23; DERZI, 2004c, p. 106; DERZI, 2005, p. 16; DERZI, 2011, p. 44; DERZI, 2014, p. 58), e com fraca aptidão para a extrafiscalidade (DERZI, 2007, p. 541), e que o CONFAZ é constituído por membros não eleitos dos executivos estaduais, é mais do que recomendável tornar dificultosas as renúncias fiscais (que, por seu impacto financeiro, também recebem o nome de *gastos/despesas tributários*). O raciocínio deve se guiar pelos princípios tributários da *neutralidade* (art. 146-A e art. 170, IV) e da *não-cumulatividade* (art. 155, § 2º, I), bem como pelo princípio da *legalidade* (art. 5º, II, e art. 150, I, da CRFB/1988, e art. 97, VI, do Código Tributário Nacional - CTN), segundo o qual pertence ao legislativo o poder de tributar (incluído o poder de *não tributar*): *no taxation (or exemption) without representation*¹¹.

11 A propósito, vide BARBOSA, 2012.

E mesmo que se entenda pela necessidade ratificação do convênio celebrado no CONFAZ pelas assembleias legislativas (por força do art. 156, § 6º da CRFB/1988 e em contrariedade ao art. 4º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975), como sustenta parte da doutrina e da jurisprudência (BRANDÃO JÚNIOR, 2014, p. 193), ainda assim fará sentido manter uma regra mais rigorosa para as decisões do CONFAZ, por se tratar de órgão de baixa representatividade, porém que deve lidar com algo que está no núcleo das democracias modernas, com fortes impactos na distribuição de recursos escassos entre os cidadãos. Afinal, “[e]m uma economia capitalista, os impostos não são mero meio pelo qual são pagos a estrutura do governo e o oferecimento dos serviços públicos. São, isso sim, o instrumento mais significativo pelo qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva” (MURPHY; NAGEL, 2002, p. 3).

Tudo isso sinaliza para a existência de interesse constitucional na manutenção do *status quo*, i.e., há uma *posição preferencial* bem definida, que pesa para o lado da instituição e cobrança regular do ICMS, reforçando o valor da unanimidade para as deliberações do CONFAZ. Dessarte, uma leitura *democraticamente* orientada da CRFB/1988 e da Lei Complementar nº 24/1975 conduz não à revogação da unanimidade, mas à sua manutenção.

De se notar que nossa conclusão, a favor da unanimidade, é a mesma de Primus. No entanto, os modelos democráticos adotados são distintos. No caso do tribunal do júri, ele entende que se trata de uma instituição próxima a uma democracia deliberativa reveladora. Para Primus, as deliberações entre jurados se aproximam da *situação ideal de fala* habermasiana, o que justificaria a prevalência de vereditos unânimes.

A unanimidade é a regra mais adequada ao contexto de uma instituição como o CONFAZ, que opera segundo a lógica da democracia baseada em interesses, embora esteja inserida em um sistema federal que deve ser *cooperativo*. Pois como diz Shapiro, “[a] regra da maioria é mais apropriada para interações competitivas e operações ‘à distância de um braço’ [arm’s length], enquanto a unanimidade faz mais sentido para esforços de cooperação e relações íntimas” (2001, p. 237). Se os estados-membros agem estrategicamente, visando à consecução de interesses próprios, mas deveriam colaborar uns com os outros (federalismo de cooperação), a única maneira de garantir uma convivência harmoniosa, sem que as decisões tributárias de alguns prejudiquem os demais, é manter a regra da unanimidade para as exonerações do ICMS.

Uma observação final: por certo, não se pode descurar do imperativo constitucional de redução das desigualdades socioeconômicas regionais (art. 3º, III, e art. 170, VII da CRFB) (BATISTA JÚNIOR; OLIVEIRA; MAGALHÃES, 2015b; DERZI; BUSTAMANTE, 2015). Mas dentro de um Estado federal, compete ao poder central, e não aos estados-membros, o papel de promover políticas, planos, programas, projetos, metas de desenvolvimento setorial, regional e nacional (arts. 21, IX, 43, 48, IV, 165, § 7º da CRFB). Não é por outra razão que o poder constituinte brasileiro excepcionou o *princípio da uniformidade tributária*, para admitir que a União federal (e somente ela) concedesse “incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País” (BRASIL, 1988, art. 151, I). É preciso buscar meios eficazes de realizar o ditame constitucional da igualdade e da justiça social em toda a federação – como as propostas de Celso Furtado e Roberto Mangabeira Unger (TEIXEIRA, 2014) –, sem colocar em risco o *federalismo democrático*.

6 Conclusão

O presente estudo procurou contribuir para o debate, outra vez em voga, a respeito do papel do CONFAZ no combate à *guerra fiscal*. Mais especificamente, nosso objeto de exame foi a (des)necessidade de manutenção da regra da unanimidade para as deliberações sobre concessão de incentivos e benefícios fiscais de ICMS. Reaproveitando conhecimentos da filosofia e ciência políticas e das teorias democrática e constitucional, pudemos constatar, à luz da *análise institucional comparada*, a necessidade de se levar em conta a imperfeição das alternativas em disputa (decisão unânime e decisão majoritária), as quais apresentam tanto vantagens quanto desvantagens; os paradoxos da política (*medo de muitos e medo de poucos*); e os limites institucionais do órgão deliberativo em tela (CONFAZ). Tendo como pano de fundo teórico essa discussão, passamos a confrontar as principais concepções democráticas existentes e as regras decisórias que cada uma prestigia. A partir daí, verificamos que a estrutura do CONFAZ se amolda muito mais à *democracia baseada em interesses* do que à *democracia deliberativa*.

Sendo a unanimidade ideal ao modelo agregativo da democracia, no qual a preocupação de cada participante é garantir que não sairão prejudicados no futuro, e considerando a existência de uma *posição preferencial*, a partir da seguinte modulação constitucional:

1) princípios da neutralidade e da não-cumulatividade, norteadores do ICMS, os quais inspiram sua criação como imposto de mercado, harmônico e respeitoso das regras da livre concorrência;

2) princípio da legalidade democrática na tributação, fragilizada no CONFAZ, por ser um colegiado constituído por representantes não eleitos do poder executivo dos estados, mas que criam exceções às leis estaduais, mesmo que se entenda que tais decisões devam se submeter à ratificação das assembleias legislativas dos estados;

3) princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária, que tornam excepcional a concessão de benefícios, incentivos e favores tributários para grupos ou setores, em face dos deveres fraternos e solidários de todos ao pagamento dos tributos e dos riscos de uma justiça distributiva às avessas; e

4) política de desenvolvimento regional e nacional, outorgada pela Constituição da República Federativa do Brasil à responsabilidade da União, e não aos estados;

a conclusão do trabalho é no sentido de que a regra do § 2º do artigo 2º da Lei Complementar nº 24/1975 deve ser mantida.

7 REFERÊNCIAS

ARROW, K. **Social choice and individual values**. 3. ed. New Haven: Yale University Press, 2012.

BARBOSA, H. **O poder de não tributar**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BARRY, B. **Political argument**. Nova Iorque: Routledge, 2011.

BATISTA JÚNIOR, O.; OLIVEIRA, L.; MAGALHÃES, T. Liberalismo, desigualdade e direito tributário. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 110, p. 217-272, 2015a.

_____; _____. O preço para se viver em um mundo civilizado. In: DERZI, M.; MELO, J. (Org.). **Justiça fiscal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 445-492.

_____; _____. Que pacto federativo? In: DERZI, M.; BATISTA JÚNIOR, O.; MOREIRA, A. (Org.). **Estado federal e tributação**. Belo Horizonte: Arraes, 2015b, p. 3-23.

BRANDÃO JÚNIOR, S. **Federalismo e ICMS**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 maio 2017.

_____. Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp24.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 16 maio 2017.

BUCHANAN, J.; TULLOCK, G. **The calculus of consent**. Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

CHRISTIANO, T. Democracy. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2015.

COLE, D. Taking Coase seriously. **Law & Social Inquiry**, v. 29, n. 1, p. 261-209, 2004.

CONNELLY, W. **Identity/difference**. 2. ed. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.

CUDD, A.; SCHOLZ, S. (Org.). **Philosophical perspectives on democracy in the 21st century**. Dordrecht: Springer, 2014.

CUNNINGHAM, F. **Theories of democracy**. Londres: Routledge, 2002.

DAHL, R. **A preface to democratic theory**. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

_____. **Democracy and its critics**. New Haven: Yale University Press, 1989.

DERZI, M. A concorrência tributária do ponto de vista da neutralidade econômica, da equidade entre os contribuintes, e da eficácia dos serviços públicos. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 4, p. 14-22, 2005.

_____. Apresentação. In: BATISTA JÚNIOR, O. **O outro Leviatã e a corrida ao fundo do poço**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 5-9.

_____. As transformações contemporâneas do tributo. **Revista Brasileira de Direito Tributário**, v. 1, n. 2, p. 21-26, 2004a.

_____. Guerra fiscal, Bolsa Família e silêncio. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 16, n. 108, p. 39-64, 2014. 

_____. Atualização. In: BALEEIRO, A. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Princípios constitucionais que regem a renúncia da receita tributária. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 1, n. 1, p. 333-362, 2004b.

_____. Quebras da livre concorrência no ICMS, IPI e PIS-COFINS. **Revista Internacional de Direito Tributário**, v. 3, p. 103-117, 2004c.

_____. Sobre confiança e desconfiança sistêmicas, federalismo e conflitos de competência. In: _____ (Org.). **Competência tributária**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 21-73.

_____; BUSTAMANTE, T. **Federalismo, justiça distributiva e royalties do petróleo**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

_____; SANTIAGO, I. A harmonização dos IVAs do Brasil para o desenvolvimento produtivo. In: SARAIVA FILHO, O.; VASQUES, S.; GUIMARÃES, V. (Org.). **IVA para o Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 527-551.

DOUGHERTY, K.; EDWARD, J. **The calculus of consent and constitutional design**. Dordrecht: Springer, 2011.

DWORKIN, R. Constitutionalism and democracy. **European Journal of Philosophy**, v. 3, n. 1, p. 2-11, 1995. 

_____. **Is democracy possible here?** Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. The partnership conception of democracy. **California Law Review**, v. 86, p. 453-458, 1998.

FREEMAN, S. Preface. In: RAWLS, J. **Collected papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. ix-xii.

GALLO, F. **Las razones del fisco**. Tradução J. Rozas; F. Cañal. Madri: Marcial Pons, 2011.

GODOY, A. **Democracia radical e experimentalismo institucional**. Barueri: Minha Editora, 2008.

GOYARD-FABRE, S. **O que é democracia?** Tradução C. Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRECO, M.; GODOI, M. Apresentação. In: _____; _____ (Org.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 5-6.

GUTMANN, A; THOMPSON, D. **Why deliberative democracy?** Princeton: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, J. **Between facts and norms**. Tradução W. Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

_____. Constitutional democracy. In: _____. **Time of transitions**. Tradução C. Cronin; M. Pensky. Cambridge: Polity, 2006.

_____. Keywords on a discourse theory of law and of the democratic constitutional state. In: _____. **The lure of technocracy**. Tradução C. Cronin. Cambridge: Polity, 2015,

p. 46-60.

HELD, D. **Models of democracy**. 3. ed. Cambridge: Polity, 2006.

HONIG, B. **Emergency politics**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

IMBEAU, L.; JACOB, S. (Org.). **Behind a veil of ignorance?** Dordrecht: Springer, 2015.

KELSEN, H. Foundations of democracy. **Ethics**, v. 66, n. 1, p. 1-101, 1955.

_____. **The essence and value of democracy**. 2. ed. Tradução B. Graf. Lanham: Rowman & Littlefield, 2013.

KOMESAR, N. **Imperfect alternatives**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

_____. **Law's limits**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. The logic of the law and the essence of economics. **Wisconsin Law Review**, n. 2, 265-338, 2013. Disponível em: <<http://wisconsinlawreview.org/wp-content/uploads/2013/05/1-Komesar-2.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2017.

LUHMANN, N. The future of democracy. In: _____. **Political theory in the welfare state**. Trad. J. Bednarz Jr. Berlim: de Gruyter, 1990 [1981], p. 231-239.

MADISON, J. The federalist n. 10. In: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. **The federalist papers**. Public Domain Book, 1788.

MADURO, M. **A constituição plural**. Lisboa: Principia, 2006.

MANIN, B. Legitimidade e deliberação política. In: WERLE, D.; MELO, R. (Org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Singular – Esfera Pública, 2007, p. 15-45.

MARTINS, I.; CARVALHO, P. **Guerra fiscal**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2014.

MAY, K. A set of independent necessary and sufficient conditions for simple majority decision. **Econometrica**, v. 20, n. 4, p. 680-684, 1952.

MENÉNDEZ, A. **Justifying taxes**. Dordrecht: Springer, 2001.

MILL, J.S. **On liberty**. Public Domain Book, 1959.

MOUFFE, C. **The democratic paradox**. Londres: Verso, 2000.

MURPHY, L.; NAGEL, T. **The myth of ownership**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

NEVES, M. **Entre Têmis e Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

OLIVEIRA, R. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: RT, 2015.

POSNER, R. **Economic analysis of law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1998.

_____. **Law, pragmatism, and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

PRIMUS, R. When democracy is not self-government. **Cardozo Law Review**, n. 18, p. 1.417-1.457, 1997.

RAE, D. Decision-rules and individual values in constitutional choice. **The American Political Science Review**, v. 63, n. 1, p. 40-56, 1969. <https://doi.org/10.1017/S0003055400261467>.

_____. The limits of consensual decision. **The American Political Science Review**, v. 69, n. 4, p. 1.270-1.294, 1975. <https://doi.org/10.2307/1955287>.

RAWLS, J. **Political liberalism**. 2. ed. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005.

SCAFF, F. A inconstitucional unanimidade do CONFAZ e o surpreendente Convênio 70. **Consultor Jurídico**, 12 ago. 2014a.

_____. Disputas federativas, CONFAZ e *royalties* do petróleo. **Consultor Jurídico**, 4 dez. 2012.

_____. Novas batalhas da guerra fiscal e a Emenda Constitucional 87. **Consultor Jurídico**, 21 abr. 2015.

_____. Súmula vinculante não é solução para a guerra fiscal. **Consultor Jurídico**, 17 jun. 2014b.

STRAFFIN Jr., P. Majority rule and general decision rules. **Theory and Decision**, v. 8, p. 351-360, 1977.

SHAPIRO, I. **Democracy's place**. Ithaca: Cornell University Press, 1996.


_____. **Democratic justice**. New Haven: Yale University Press, 2001.

_____. **The flight from reality in the human sciences**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

_____. **The moral foundations of politics**. New Haven: Yale University Press, 2003.

_____. **The real world of democratic theory**. Princeton: Princeton University Press, 2011.

_____. **The state of democratic theory**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

TAYLOR, M. Proof of a theorem on majority rule. **Behavioral Science**, v. 14, n. 3, p. 228-231, 1969. 

TEIXEIRA, C. A economia política da transformação do Nordeste. **Caderno Centro de Recursos Humanos**, v. 27, n. 70, p. 201-212, 2014.

TOCQUEVILLE, A. **Democracy in America**. Tradução Henry Reeve. Public Domain Book, 1835, v. 1 e v. 2.

UNGER, R. **The critical legal studies movement**. 2. ed. Londres: Verso 2015.

_____. **What should legal analysis become?** Londres: Verso, 1996.

URBINATI, N.; ACCETTI, C. Introduction. In: KELSEN, H. **The essence and value of democracy**. Tradução B. Graf. Lanham: Rowman & Littlefield, 2013, p. 1-24.

VASCONCELLOS NETO, A.; CRUZ, A. Deontologia constitucional e efetividade dos direitos humanos. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte**, a. 2, n. 4, p. 11-55, 2009.

WENMAN, M. **Agonistic democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

YOUNG, I. **Inclusion and democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2000.