

# CRIATIVIDADE NA ATIVIDADE REGULATÓRIA: quando o braço mecânico ganha vida própria // *Bruno Vinicius Luchi Paschoal*<sup>1</sup>

## Palavras-chave

Estratégias regulatórias / Regulação / Sanções / Nota Fiscal Paulista / ICMS

////////////////////////////////////

## Sumário

- 1 Introdução**
- 2 Breves Considerações Metodológicas**
- 3 Múltiplas Estratégias, um Único Objetivo: O Programa Nota Fiscal Paulista**
  - 3.1 O que é a Nota Fiscal Paulista?
  - 3.2 Outros Programas criados a partir da Nota Fiscal Paulista
  - 3.3 Estratégias Regulatórias Vigentes antes da Criação da Nota Fiscal Paulista
  - 3.4 Estratégias Utilizadas pelo Programa Nota Fiscal Paulista para Cumprir seu Objetivo
  - 3.5 Detectors vs. Effectors;
  - 3.6 Por que uma Multiplicidade de estratégias?
- 4 Construindo a Nota Fiscal Paulista: das Regra de Sistemas às Regras Jurídicas**
  - 4.1 Como a Nota Fiscal Paulista foi Construída?
    - 4.1.1 A Construção Jurídica do Programa
    - 4.1.2 Criando um marco legal
    - 4.1.3 A construção infralegal
  - 4.2 O que a Arquitetura do NFP nos Ensina?
- 5 Conclusão**
- 6 Referências**

## Resumo

O texto descreve o processo de criação do programa Nota Fiscal Paulista e as estratégias regulatórias que objetivam o pagamento do imposto ICMS pelos varejistas paulistas. Ele mostra que os administradores públicos podem ter grande autonomia regulatória e não precisam se limitar às estratégias de comandos apoiados por sanções punitivas. Essa autonomia, no entanto, pode ser limitada por diferentes fatores, o que leva a uma criação incremental dessas estratégias regulatórias.

1. Candidato ao título de Mestre em Políticas Públicas (MPP) pela Hertie School of Governance, em Berlim. Bolsista *Public Policy and Good Governance do DAAD (2013 – 2015)*. Bacharel em Direito pela USP (2009), Mestre em Direito e Desenvolvimento pela EDESP-FGV (2012). E-mail: b.paschoal@gmail.com

## **CREATIVITY IN REGULATION DESIGN:** when the mechanical arm takes on a life of its own // *Bruno Vinicius Luchi Paschoal*

### **Keywords**

Enforcement strategies / Tax regulation / Sanctions / Brazilian tax enforcement

////////////////////////////////////

### **Abstract:**

This piece describes the creative process behind the sales tax incentive program known as *Nota Fiscal Paulista*, and the current strategies employed by the state government of São Paulo to enforce the payment of this tax by retailers. It illustrates how public administrators often enjoy great autonomy to create new strategies for regulation, no longer having to limit themselves to issuing commands backed by punitive sanctions. This creative space, however, may be limited by different factors, which have led to a policy of incremental policy implementation.

## 1 Introdução<sup>2</sup>

Nos dias de hoje, o Estado regula as mais diferentes coisas. Regulações sociais, econômicas, políticas, tributárias, ambientais, dentre outras dezenas, estabelecem direitos e deveres de forma a restringir e direcionar o comportamento dos regulados em direção a objetivos imediatos (curto prazo) e objetivos mediatos (longo prazo) pré-estabelecidos. Embora esse seja um tópico bastante tratado pelo direito, muitas das descrições de como esse sistema funciona parecem descoladas da realidade e mais confundem do que ajudam o leitor a entender os instrumentos que o Estado pode utilizar para regular a sociedade.

O presente texto procura mostrar que os gestores públicos – servidores dos Ministérios e Secretarias, da Administração Pública Direta – hoje possuem um alto grau de discricionariedade em sua atividade regulatória. As regras, tal como estabelecidas, permitem que os gestores criem diferentes mecanismos para atingir os mesmos objetivos, sempre utilizando o direito como instrumento, sem no entanto limitar-se ao formato do *command and control*.<sup>3</sup>

Apesar de bastante utilizada pelo Direito para regular a sociedade, a aplicação de comandos apoiados por sanções punitivas definitivamente não é a única forma jurídica possível para regular a sociedade. Embora essa ideia possa parecer bastante evidente ao leitor leigo – que talvez nunca tenha mesmo imaginado que uma organização tão grande como o Estado disponha apenas de comandos negativos e punições para garantir o cumprimento das normas – ela não é tão comum assim nos manuais e cursos de Direito<sup>4</sup>.

2. Esse texto é um dos frutos de uma pesquisa empírica realizada durante os meses de maio de 2011 a agosto de 2012, como requisito para obtenção do título de mestre em Direito e Desenvolvimento pela EDESP. Agradeço imensamente a todos que colaboraram com ideias, comentários e críticas. Agradeço especialmente a Bárbara Marra, Bradley Hayes, Máira Rocha Machado e José Roberto Xavier pelas diversas revisões e comentários.

3. O paradigma do *command and control* é identificado por Lodge & Weigrich (2012, p. 21) como o “entendimento tradicional de regulação”. Nesse paradigma, “as regras são elaboradas e fiscalizadas pelas autoridades públicas”, além de haver “regulação estatal envolvendo comandos apoiados por sanções”.

4. Os instrumentos de *enforcement de qualquer tipo de lei – penal, administrativa, civil, etc. – parece não ter muito espaço no Brasil, onde essa questão é tratada de maneira bastante fragmentada. No Direito Administrativo, por exemplo, o chamado “Poder de Polícia”*

Estudos na área da Administração Pública há décadas já diferenciam estratégias utilizadas pelo Estado em sua atividade regulatória<sup>5</sup>. A persuasão – isto é, o uso de argumentos que buscam convencer uma determinada pessoa a alterar o seu comportamento destacando as consequências de sua adoção, sem no entanto lançar mão de qualquer sanção – é uma estratégia largamente empregada por ele. Exemplos são as campanhas publicitárias e cartilhas educativas, duas estratégias regulatórias que, assim como uma regra seguida de sanção, também buscam fazer os cidadãos cumprirem as leis. No entanto, muito pouco se ouve falar sobre a persuasão na literatura jurídica brasileira, embora também seja criada por meio de regras, tenha os mesmos objetivos dos comandos apoiados por sanções e seja desenvolvida por agentes públicos.

Para melhor compreender as estratégias regulatórias do Estado, é preciso levar em consideração que embora a autoridade e a possibilidade do uso da força sejam recursos importantes a sua disposição, eles não são os únicos. O Estado detém recursos de informação, de finanças, de organização e de autoridade que poucas outras instituições possuem. Esses recursos podem por ele ser utilizados – e efetivamente o são – para captar informações e criar estratégias que vão gerar impacto e mudanças que garantam o cumprimento de seus objetivos. Ou seja, eles podem ser usados (e são) para regular<sup>6</sup>.

Retirando todas as amarras ideológicas e doutrinárias

(*que seriam intervenções negativas*), o “Serviço Público” (*que seriam as intervenções positivas*) ou as “Intervenções do Estado na Economia” compreendem estratégias e instrumentos de *enforcement*, embora não se resumam a eles. Cada um desses temas é tratado de forma separada, sempre associados aos mais diversos princípios, o que leva muita gente a ter dificuldades de entender esse cenário. Cf. Di Pietro (2012, cap. 4 e 5, p. 99 - 128), Bandeira de Mello (2009, cap. 11, p. 664 - 695 e cap. 14, p. 811 - 839), Lopes Meireles (1998, cap. 3.7, p. 114 - 123) e até mesmo Marques Neto (2003) para entender a abordagem a que me refiro. Por meio dessa análise fragmentada, abstrata e cheia de regras e princípios, o leitor perde a clareza das opções e dos instrumentos que existem para, por exemplo, modificar comportamentos.

5. Cf. Dunsire (1978), Hood (1976), Ayres & Braithwaite (1992), Braithwaite (2002), Lodge & Weigrich (2012), dentre outros.

6. Hood & Margetts (2007) trazem uma interessante grade – NATO grid – que define esses quatro tipos de recursos e os instrumentos que podem ser criados a partir de cada um deles. Os recursos aqui mencionados foram dali retirados.

rias que muitas teorias do Direito e da Administração Pública buscam incutir-nos, é possível ver que, na verdade, ao Estado são facultadas todas aquelas estratégias que não são proibidas em lei<sup>7</sup>. Ao adotarmos um olhar finalista para as ações do Estado – isto é, se considerarmos que objetivos são pré-determinados pelo Estado para guiar as suas ações – e entendermos que os gestores e legisladores dispõem de quaisquer instrumentos não proibidos por lei para atingir esses fins, é possível visualizar a grande margem de criatividade dos gestores públicos. Poucos, no entanto, parecem se dar conta disso.

No entanto, as grandes dificuldades e complexidades da administração pública – os recursos escassos, o pouco tempo, a pouca familiaridade dos gestores com os assuntos que têm que resolver, dentre muitos outros fatores – parecem dificultar a ocorrência de mudanças regulatórias radicais e favorecer mudanças incrementais<sup>8</sup>. Assim, ao regulador cabe escolher, tendo em conta as restrições a que sua escolha está sujeita<sup>9</sup>, qual é o *meio* com maior chance de atingir o *objetivo* escolhido. Portanto, embora restrita, a margem de criatividade do gestor existe. O objetivo deste texto é evidenciar esse fato e ilustrá-lo com alguns dos instrumentos regulatórios existentes.

É preciso lembrar que, hoje, no Brasil, embora as regulações e as políticas públicas só comecem a valer a partir de sua promulgação por lei, o Poder Legislativo nem sempre participa da elaboração e da discussão das estratégias de regulação (*enforcement*)<sup>10</sup>. A com-

plexidade de alguns temas contribui para que algumas das regulações atuais sejam elaboradas por instituições do Poder Executivo que trabalham no dia a dia com o assunto, especialmente porque detêm muito mais informações sobre atividades da Administração Pública do que o Poder Legislativo.

Dessa forma, regulações e outras políticas públicas são muitas vezes elaboradas por órgãos do Poder Executivo, que redigem uma proposta de lei e a enviam ao Congresso para debate. Embora o Poder Legislativo possa vetar ou alterar as regulações, nem sempre as contribuições que traz são importantes. Há frequentemente tanto uma falta de informação e *expertise* sobre determinado assunto quanto uma impossibilidade de fazer alterações mais profundas em virtude das fortes coalizões que o governo possui no Legislativo. Além disso, aprovados os alicerces do projeto regulatório, sua *arquitetura* é realizada pela Administração Pública, por meio de decretos, resoluções e outras medidas legislativas. No caso aqui narrado, a Administração Pública não foi definitivamente o “braço mecânico do legislador”, mas a criadora de grande parte da regulação analisada<sup>11</sup>.

Este texto busca convidar o leitor a refletir sobre o processo de criação de estratégias regulatórias pela Administração Pública no Brasil, especialmente no Estado de São Paulo. Para tanto, um determinado objetivo regulatório foi escolhido para ser estudado em maiores detalhes. O objetivo em questão é “garantir que o imposto ICMS seja devidamente pago pelas empresas varejistas”. A principal instituição responsável pela elaboração dessa regulação é a Secretária da Fazenda do Estado de São Paulo que, desde 2007, trouxe diferentes estratégias regulatórias para atingir esse objetivo. A maior parte dessas estratégias foi criada por um programa (conjunto de estratégias) chamado “Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal”, mas que ficou mais conhecido como Nota Fiscal Paulista (NFP). O programa e as outras estratégias empreendidas pela Fazenda Paulista para esse mesmo fim foram objeto de uma pesquisa empírica em formato de estudo de caso empreendida por este autor nos anos de 2011 e 2012<sup>12</sup>.

11. A expressão “braço mecânico do legislador” foi retirado de Sundfeld (2012) que faz um interessante ensaio sobre o assunto.

12. Com estudo de caso, refiro-me a um método de inquirição em-

7. Até mesmo as que são proibidas em lei, desde que haja uma mudança prévia nessa lei. Afinal de contas, nada é imutável no Direito. Destaco que *lei aqui tem sentido amplo, englobando também princípios e decisões judiciais passadas*.

8. Essa oposição entre um sistema racional e compreensivo (que avalia a relação custo/benefício de todas as opções antes de escolher a *melhor* regulação possível) e outro incremental (em que a regulação é feita de forma gradativa, por meio de análises sucessivas) foi bem descrita e elaborada por Lindbloom (1959). Mais recentemente, Andrews (2012, cap. 7, p. 128 - 160) mostra como esse *incrementalismo* está presente nas políticas elaboradas por instituições internacionais de desenvolvimento.

9. Destaco que nem sempre o Estado estabelece os objetivos a priori e nem sempre o processo de criação de políticas públicas é tão linear quanto o texto procura mostrar. No entanto, essas são simplificações realizadas para facilitar a compreensão do que ocorre em grande parte das regulações.

10. Isso não ocorre apenas porque muito pode ser feito apenas por regras administrativas, conforme o texto mostrará.

Dessa forma, o texto está organizado em seis principais seções, incluindo esta introdução (primeira seção). A segunda seção tem como objetivo explicar de que maneira a pesquisa e este texto foram construídos. Para tanto, o método e as fontes utilizadas serão descritos e a utilidade de cada uma delas para a construção do texto será indicada.

A terceira seção busca descrever o programa Nota Fiscal Paulista e os programas governamentais ligados a ele. Explica-se o seu modo de funcionamento, abordando para tanto algumas questões relacionadas à multiplicidade de estratégias. Aqui, lança-se mão para realizar essa análise da *cultural theory*. O objetivo dessa seção é apontar para o leitor as diferentes estratégias regulatórias encontradas no caso estudado e o espaço de criatividade que os gestores tiveram para criar as estratégias regulatórias.

Em seguida, a quarta seção busca descrever, sucintamente, o modo de construção jurídica do programa Nota Fiscal Paulista. Entende-se que uma estratégia regulatória deve, invariavelmente, ser baseada em enunciados jurídicos, promulgados sob diferentes roupagens: leis, decretos, resoluções, portarias etc. O intuito dessa quarta parte é tanto desmitificar a ideia de que leis, políticas públicas e regulações são criadas pelo Legislativo e seguidas pela Administração Pública, quanto mostrar que os reguladores, no caso analisado, tiveram uma grande margem de discricionariedade e de criatividade para criar e estruturar as suas estratégias regulatórias. No entanto, a seção ressalta que o programa não foi criado por meio de uma análise racional e compreensiva de todas as possibilidades existentes, mas de maneira *incremental*.

Por fim, a quinta seção busca realizar uma breve conclusão e retomar os principais argumentos trazidos pelo texto.

pírica que “investigates a contemporary phenomenon within its real-life context, especially when the boundaries between phenomenon and context are not clearly evident” e que “copes with the technically distinctive situation in which there will be many more variables of interest than data points, and as one result relies on multiple sources of evidence, with data needing to converge in a triangulating fashion, and as another result benefits from the prior development of theoretical propositions to guide data collection and analysis.” Yin (2009, p. 18).

## 2 Breves considerações metodológicas

A pesquisa realizada utilizou o método do estudo de caso instrumental. Neste texto, assim como em toda a pesquisa realizada, o intuito não é avaliar as estratégias do programa Nota Fiscal Paulista (seus meios), nem tampouco se ele aumentou ou não a arrecadação estadual (seus objetivos). O programa possui um interesse secundário e exerce a função de facilitar a compreensão acerca de um outro tema: como uma regulação pode ser criada e quais são as estratégias que ela pode utilizar para atingir o seu objetivo. Esse programa é de especial interesse, uma vez que, diferentemente dos outros, ele não busca garantir o pagamento dos impostos primordialmente por meio de ameaças de punições (não somente em São Paulo, mas em todo o Brasil). Embora essa estratégia também faça parte do programa, ele também recorre a outras menos convencionais como prêmios, recompensas, persuasão etc. Dessa forma, é possível dizer que o caso interessa mais pela sua *forma* do que pelos seus resultados.

Para melhor compreender o modo de funcionamento e a criação do programa, optei por coletar informações de diferentes maneiras, utilizando fontes diversas. Dentre essas, destacam-se (i) livros e artigos jurídicos, (ii) notícias de jornal sobre o programa e seus antecessores, (iii) a legislação completa do programa, (iv) entrevistas semidiretivas com pessoas envolvidas na criação do programa e (v) observações pessoais do pesquisador.

Os (i) livros e artigos jurídicos foram utilizados para identificar e compreender questões, observações e paradigmas regulatórios. A maior parte dos textos utilizados durante a pesquisa eram estrangeiros, publicados especialmente na língua inglesa. A literatura utilizada está situada não apenas no campo do Direito, mas também em Políticas Públicas e Administração Pública, de forma a dar um caráter interdisciplinar às análises realizadas.

Já (ii) as notícias de jornal sobre o programa e seus antecessores foram bastante úteis, especialmente no momento inicial da pesquisa, para identificar pontos, questões e fatores relevantes para a compreensão e interpretação do programa Nota Fiscal Paulista.

A pesquisa também utilizou (iii) documentos relativos aos processos legislativos que deram origem às principais leis que regulam o programa. Dentre esses documentos, destacam-se os próprios textos normativos, os projetos de lei e suas propostas de emendas, as transcrições das sessões legislativas em que houve discussão pertinente e os pareceres das comissões.

No entanto, a principal fonte foram as (iv) entrevistas semidiretivas<sup>13</sup>. No total, foram realizadas 26 entrevistas, cada uma durando entre uma a duas horas. Dentre os entrevistados, encontram-se funcionários da Fazenda (17 entrevistas) e do PROCON (2 entrevistas), Deputados Estaduais e assessores (3 entrevistas e 1 entrevista, respectivamente), gestores de ONGs (2 entrevistas) e representantes de entidades comerciais (1 entrevista). Todas as entrevistas foram gravadas e transcritas por este pesquisador.

Além disso, (v) observações diretas e pessoais do pesquisador sobre o programa e sobre as impressões e manifestações públicas de seus usuários também foram importantes para a descrição do caso. Muitas informações a respeito da Nota Fiscal Paulista foram obtidas de maneira informal, em conversas com amigos, com lojistas dos estabelecimentos que frequentemente, com políticos e professores mais próximos e até mesmo nas filas e caixas de supermercados. Essas conversas não foram gravadas e analisadas posteriormente; no entanto, elas colaboraram das mais variadas formas para o desenvolvimento do caso.

Em todos os relatos e frutos da pesquisa sobre a Nota Fiscal Paulista, inclusive neste texto, fui obrigado a

selecionar alguns pontos e elementos encontrados para construir as análises e a própria narrativa. Dessa forma, este texto pode ser visto como uma história contada a partir da minha interpretação das informações coletadas, como uma realidade construída para um fim pré-determinado – isto é, entender as diferentes estratégias regulatórias utilizadas pelo Estado no caso estudado. Como diz Charmaz (2003, p. 272):

*[...] the research products do not constitute the reality of the respondents' reality. Rather, each is a rendering, one interpretation among multiple interpretations, of a shared or individual reality. That interpretation is objectivist only to the extent that it seeks to construct analyses that show how respondents and the social scientists who study them construct those realities without viewing those realities as unidimensional, universal, and immutable. Researchers' attention to detail in the constructivist approach sensitizes them to multiple realities and the multiple viewpoints within them; it does not represent a quest to capture a single reality.*

Note que este texto, em especial, contém descrições e narrativas bastantes simplificadas do caso Nota Fiscal Paulista. Para maiores informações e detalhes sobre as questões aqui abordadas, recomenda-se a leitura de Paschoal (2012) – trabalho mais extenso e detalhado sobre o programa Nota Fiscal Paulista.

Tecidas essas considerações metodológicas iniciais, partamos para o programa.

### **3 Múltiplas estratégias, um único objetivo: o programa Nota Fiscal Paulista**

#### **3.1 O que é a Nota Fiscal Paulista?**

A “Nota Fiscal Paulista” foi instituída por meio do “Programa de Estímulo à Cidadania Fiscal”. Criado em 2007, o programa tem como objetivo imediato garantir que todas as transações, ou a maior parte possível delas, ocorridas no varejo paulista sejam comunicadas para a Secretaria da Fazenda de maneira eletrônica.<sup>14</sup>

14. Cf. Lei Estadual 12.685/07.

13. As entrevistas realizadas podem ser classificadas como entrevistas em profundidade de formato semi-diretivo. Com essa denominação, refiro-me a entrevistas que buscam, a partir de formulações e perguntas abertas, obter a percepção do entrevistado sobre temas lançados pelo entrevistador. Levava para cada entrevista apenas cinco ou seis grandes pontos para serem discutidos; todas as outras perguntas variavam a partir do caminho que o entrevistado trilhava. A maior parte das perguntas realizadas pelo entrevistador durante as entrevistas não foi concluída – isto é, o entrevistado começa a responder antes do término da pergunta. Durante a maior parte das entrevistas, o entrevistado, após entender o ponto ou a ideia subjacente à formulação do entrevistador, interrompia-o e começava a tecer as suas considerações. No geral, todas as conversas foram realizadas de maneira bastante amigável, em escritórios, salas de reunião, cafés e, até mesmo, via Skype, com transmissão de vídeo.



O programa ganhou destaque devido às recompensas pagas aos consumidores que colaborarem com o processo de fiscalização, de cobrança e pagamento do ICMS. As recompensas previstas incluem a devolução de até 30% do valor do ICMS devido pelo estabelecimento comercial e o sorteio de milhões de prêmios em dinheiro todos os meses para consumidores e ONGs.

Desde a sua criação até outubro de 2013, o programa já havia distribuído mais de R\$ 7,5 bilhões em créditos para pessoas físicas e jurídicas e mais de R\$ 900 milhões em prêmios por meio de sorteios mensais. São mais de 15 milhões de pessoas físicas, 180 mil pessoas jurídicas e cerca de 3.870 entidades sociais que podem receber créditos e prêmios de documentos fiscais emitidos em mais de 1 milhão de estabelecimentos varejistas no Estado de São Paulo. Todos os meses, mais de 500 milhões de documentos fiscais são emitidos por essas empresas. Cerca de 34% desses documentos, ou seja, mais de 180 milhões mensais, possuem a indicação do CPF ou CNPJ do consumidor.<sup>15</sup>

O programa funciona da seguinte forma: a cada compra realizada no varejo paulista, o consumidor, ao realizar o pagamento da mercadoria, pede para que o vendedor inclua seu CPF no documento fiscal.<sup>16</sup> Esse pedido força o vendedor a emitir o documento fiscal e reportar ao Estado a ocorrência daquela determinada “circulação de mercadorias”, fato gerador do ICMS.<sup>17</sup>

O vendedor não apenas tem que emitir uma via impressa do documento fiscal para o consumidor, mas também - mensalmente - enviar uma via eletrônica

15. Todos esses dados – e todos os outros dados estatísticos usados nesta subseção – foram elaborados e divulgados pela Secretaria da Fazenda no seguinte endereço virtual: [http://bit.ly/placar\\_nfp](http://bit.ly/placar_nfp) [último acesso em 06/01/2014].

16. A Nota Fiscal Paulista compreende cinco diferentes tipos de documento fiscal: a) o cupom fiscal emitido por ECF; b) Nota Fiscal Modelo 2 (talão em papel); c) Nota Fiscal “Online”, em que há emissão diretamente no site do programa; d) Nota Fiscal Modelo 1 ou 1A, e; e) Nota Fiscal Eletrônica Modelo 55, que substituiu a Nota Fiscal Modelo 1 e 1A. Note que as opções “b” e “c” estão disponíveis apenas àqueles estabelecimentos que faturam até R\$ 120 mil por ano.

17. O ICMS é um imposto estadual que possui como fato gerador a circulação de mercadorias. Toda vez que determinada mercadoria deixa o estabelecimento A com destino tanto a um estabelecimento B ou ao consumidor final, há incidência de ICMS sobre o valor da venda do produto. As alíquotas deste imposto variam, no Estado de São Paulo, entre 7% e 25%, sendo a alíquota de 18% a mais comum.

para a Secretaria da Fazenda (SEFAZ). Essa via deve ser transmitida por meio do software Registro Eletrônico de Documento Fiscal (REDF), criado pela SEFAZ especialmente para o programa Nota Fiscal Paulista. O registro eletrônico é requisito para que o documento fiscal seja considerado válido e o não envio do documento fiscal implica na aplicação de multas, tanto pelo regulamento do programa Nota Fiscal Paulista, quanto pelo regulamento do ICMS (RICMS) e pela Lei 8.137/90 (ainda que embora as autoridades competentes para aplicar cada uma dessas penas sejam diferentes)<sup>18</sup>.

Uma vez registrado o documento fiscal em seus bancos de dados, a Fazenda apura o valor do crédito que será devolvido para o consumidor. Os créditos podem chegar a 30% do valor do ICMS pago pelo estabelecimento comercial naquele mês ou até 7,5% do valor gasto naquela transação.<sup>19</sup> Eles são apurados em períodos diferentes e liberados para os consumidores a cada seis meses. Esse crédito pode ser depositado na conta corrente ou poupança do consumidor ou utilizado para o pagamento do IPVA de qualquer veículo. Os créditos possuem validade de cinco anos.

Além dos créditos, os consumidores também podem ganhar, a cada R\$ 100 em documentos fiscais, um bilhete eletrônico.<sup>20</sup> No início de cada mês, há o sorteio de 1,5 milhão de prêmios cujos valores variam entre R\$ 10 e R\$ 1 milhão cada. No total, todos os meses, são distribuídos R\$ 17 milhões em prêmios para os consumidores.

O papel fiscalizatório do consumidor, no entanto, não termina com a simples exigência do cupom fiscal, embora poucos saibam disso.<sup>21</sup> Ele também consegue verificar – por meio de sua conta no site do programa – se todos os documentos fiscais com seu CPF foram registrados e aparecem em seu “extrato”.<sup>22</sup>

18. Cf. Lei Estadual 12.685/07, art. 7º; Lei Estadual 6.374/89, art. 85, inciso IV, alínea “a” e Lei Federal 8.137/90, art. 1º, inciso V, respectivamente.

19. Cf. Lei Estadual 12.685/07, art. 2º.

20. Cf. Lei Estadual 12.685/07, Art. 3º, §2º. Uso a expressão “podem ganhar” pois é necessário que o usuário se registre na NFP e aceite os termos do sorteio antes de começar a ganhar bilhetes eletrônicos.

21. Pelas observações e comentários com outros usuários do programa, constatei que são poucos os que realmente tinham conhecimento desse fato.

22. O sistema da Nota Fiscal Paulista possibilita, inclusive, que o consumidor tenha acesso a imagem de cada um dos documentos

Caso algum esteja faltando, o consumidor pode dar início a uma reclamação, que pode vir a transformar-se em uma denúncia, que, por sua vez, pode transformar-se em uma autuação e dar início a um procedimento administrativo eletrônico de competência do Procon/SP. Para cada documento fiscal não emitido, não entregue ou não registrado, o estabelecimento comercial está sujeito a uma multa de até 100 UFESP, aproximadamente R\$ 1.800,00, conforme já mencionado acima.

Além disso, o programa também traz a previsão de uma outra punição ao varejista: a publicação de uma espécie de “lista suja” das empresas evasoras com a divulgação do número de reclamações sofridas por cada uma delas.<sup>23</sup> Essas listas podem trazer consequências negativas para a reputação de uma empresa e abalar as suas vendas.<sup>24</sup> No entanto, ela nunca foi implementada pela SEFAZ, existindo apenas no papel.

As entidades sociais que atuam em determinados segmentos – assistência social, saúde e meio-ambiente – também podem ganhar créditos e prêmios, desde que registradas no programa. As entidades podem ganhar créditos pelas compras das mercadorias registradas com o seu CNPJ, e também por cadastrarem, no site do programa, notas e cupons fiscais não identificados (sem CPF/CNPJ), referentes a compras realizadas por terceiros.

### 3.2 Outros programas criados a partir da Nota Fiscal Paulista

Além dessas funcionalidades, é possível verificar que o programa Nota Fiscal Paulista deu origem ou fomentou a criação de diferentes outros programas fazendários. Esses programas foram criados como

bases e acessórios para o programa Nota Fiscal Paulista ou tiveram sua origem a partir de necessidades advindas de sua criação. Quase todos eles buscam facilitar a captação de informações sobre os regulados e suas transações; eles não buscam mudar comportamentos, mas obter informações que, depois, poderão fomentar outras estratégias. Dentre eles, destaco quatro programas: (i) a Nota Fiscal Online (ii) o REDF – Registro Eletrônico de Documento Fiscal; (iii) o SAT – Sistema Autenticador de Transmissão e o (iv) DEC – Domicílio Eletrônico do Contribuinte, com o “Aviso Fiscal”.

A (i) Nota Fiscal Online é um novo tipo de documento fiscal criado pelo programa Nota Fiscal Paulista.<sup>25</sup> Segundo o site da Fazenda, “a Nota Fiscal Online é o documento emitido eletronicamente, diretamente no site da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, por opção do contribuinte, em substituição à nota fiscal de venda a consumidor, visando registrar as operações relativas à venda de mercadorias”.<sup>26</sup> Ela tem o objetivo de facilitar a emissão do documento fiscal pelo contribuinte e o respectivo envio dessa informação para o governo. Seu principal público alvo são pequenos comerciantes, especialmente aqueles do ramo de *delivery*.<sup>27</sup>

Já o (ii) REDF é um *software* criado pela Secretaria da Fazenda, com a ajuda da PRODESP, que permite que todos os documentos fiscais emitidos em papel ou *off-line* sejam transformados em um arquivo eletrônico e enviados mensalmente para a Secretaria da Fazenda.<sup>28</sup> “Ele é um programa que o estabelecimento baixa em seu ambiente interno; [o contribuinte] formata todos os documentos emitidos dentro [do REDF], ou digita, ou importa os dados para este pro-

fiscais registrados em sua conta. Ele pode até mesmo imprimir uma nova via do documento fiscal pelo site e utilizá-la para, por exemplo, trocar a mercadoria adquirida. Essa funcionalidade, no entanto, não é muito conhecida entre os usuários, talvez por falta de publicidade da SEFAZ acerca dessa funcionalidade.

23. Cf. Lei Estadual 12.685/07, art. 7º.

24. Apenas como ilustração, destaca-se que o DataSenado – instituto de pesquisa vinculado ao Senado Federal – realizou em 2008 uma enquete chamada “Eleições 2008 – O impacto eleitoral da lista suja”. Nessa pesquisa, 88% dos entrevistados disseram que “o fato de um candidato estar na lista suja [mudaria] o seu voto”. Para maiores informações, cf. <http://bit.ly/HQzlfj> [último acesso em 06/01/2014].

25. Cf. Portaria CAT 94/07.

26. Para maiores informações, cf. <http://bit.ly/PbwS1s> [último acesso em 06/01/2014].

27. Entrevista 08 (139). Note que nas referências às entrevistas há um número entre parênteses logo após a indicação de seu número. Esse número diz respeito ao número de entrada do trecho que contém o conteúdo utilizado como citação. Não há nenhuma entrada em números pares, mas apenas em números ímpares (com exceção da entrevista 02, em que vale o exato contrário); isto porque estes números pares são linhas em branco que separam os diálogos. Em todas as transcrições, há intercalação de uma fala do entrevistador e outra do entrevistado.

28. Cf. Portaria CAT 85/07.



grama [que] vai conectar com a Fazenda”, por meio de *webservice*, “e vai transmitir as informações”.<sup>29</sup> Com o REDF, todas (ou quase todas) as notas fiscais referentes ao varejo – com todos os itens vendidos e todos os dados dos compradores, uma vez que “todas as informações tanto da nota fiscal quanto do cupom têm que estar dentro do REDF”<sup>30</sup> – passaram a ser registradas no banco de dados da Secretaria da Fazenda. Esse enorme banco de dados já está sendo utilizado para fomentar a fiscalização tributária, por meio do cruzamento dos dados realizados em avançados *softwares de Business Intelligence*.<sup>31</sup>

O (iii) SAT é um projeto que também foi criado a partir da experiência da Nota Fiscal Paulista, como uma evolução ao ECF e ao processo do REDF.<sup>32</sup> Com o SAT, “o cupom fiscal que estava em papel, que era transcrito para um arquivo texto e enviado para a Fazenda, será agora convertido para um cupom fiscal eletrônico mesmo, individual, com a assinatura digital”.<sup>33</sup> Com ele, os estabelecimentos comerciais não vão mais ter que imprimir o papel ou fazer o REDF “porque a própria maquininha já fica responsável por gerar o documento e transmitir para a Fazenda”.<sup>34</sup> Ele também deverá ser bem mais barato do que o ECF: estima-se que custará um décimo do preço, cerca de R\$ 400. O SAT também visa ajudar o contribuinte a cumprir a nova obrigação acessória trazida pela Nota Fiscal Paulista – isto é, o envio do documento fiscal para a Secretaria da Fazenda. Sua criação foi estimulada a partir da experiência da Nota Fiscal Paulista.

Por fim, o (iv) DEC é uma caixa postal eletrônica do contribuinte para o recebimento de mensagens da Fazenda, uma espécie de “e-mail oficial”. Por meio do DEC, “toda comunicação da SEFAZ do interesse do contribuinte poderá chegar através de sua caixa postal eletrônica”. Uma das possíveis mensagens que podem ser enviadas pela Fazenda ao contribuinte via DEC é o “aviso fiscal”.<sup>35</sup> Dentre outras coisas, o avi-

so informará ao contribuinte que, a partir do cruzamento de dados, foi encontrada alguma divergência entre as informações presentes no banco de dados da Fazenda e aquelas declaradas<sup>36</sup>. Essa divergência, inclusive, será apontada e especificada ao contribuinte, de forma a evitar a necessidade de busca de esclarecimentos junto à SEFAZ. O “aviso fiscal” é bastante interessante para a empresa, pois possibilita a autorregularização, sem qualquer incidência de multa, uma vez que não acarreta a quebra da espontaneidade do contribuinte.<sup>37</sup>

### 3.3 Estratégias regulatórias vigentes antes da criação da Nota Fiscal Paulista

É preciso lembrar que a Nota Fiscal Paulista foi criada em um contexto regulatório no qual já existiam outras estratégias vigentes. O uso de sanções punitivas, como a multa e até mesmo a prisão, são estratégias utilizadas há décadas pelo Estado para regular essa questão. Campanhas educativas, ações nas escolas, propagandas na TV e avisos sobre os caixas do estabelecimento são também exemplos de estratégias persuasivas implementadas pelo Estado de São Paulo para tratar do pagamento de impostos nas últimas décadas.<sup>38</sup> Inclusive, o próprio uso de loterias fiscais dos mais variados tipos – Talão da Fortuna (sorteio), Turma do Paulistinha (álbum de figurinhas), além de outros – já haviam sido estabelecidos no Estado de São Paulo nos últimos 50 anos, embora desde a dé-

29. Entrevista 15 (111).

30. Entrevista 15 (115).

31. O *software de BI (Business Intelligence) utilizado pela Fazenda é o Business Object*.

32. Entrevista 17 (89). Cf. Ajuste SINIEF N° 11/10.

33. Entrevista 08 (167).

34. Entrevista 14 (119).

35. Cf. art 2º, III da Lei Estadual 13.819/09.

36. Com os dados obtidos pela Fazenda – sejam eles oriundos de declarações de cartão de crédito e débito, GIAs ou Notas Fiscais Eletrônicas, como a Nota Fiscal Paulista – diversos cruzamentos são realizados e muitas empresas são analisadas e comparadas com seus pares por meio de índices de comportamento médio do setor.

37. A não exclusão da espontaneidade da denúncia não está claramente determinada no programa DEC do Estado de São Paulo, embora tenha sido mencionada em entrevistas. No entanto, o programa DEC municipal – idealizado pelas mesmas pessoas que o estadual – estabelece que “a expedição de avisos por meio do DEC, a que se refere o inciso III do “caput” deste artigo, não exclui a espontaneidade da denúncia nos termos do art. 138 do Código Tributário Nacional” (Lei Municipal 15.406/11 - SP, art. 42, parágrafo único).

38. Com “avisos sobre os caixas” refiro-me à obrigação dos estabelecimentos comerciais paulistas afixarem, sobre o caixa de suas empresas, a seguinte mensagem “Sonegar é crime! Quem paga por ele? Você. Sua única defesa: exija a Nota Fiscal.” (Art. 1º da Lei Estadual 9.990/98). Para exemplos de campanhas educativas, cf. portaria interministerial MF/MEC n. 413/02.

cada de 1990 não estivessem vigentes<sup>39</sup>.

Quero, com essa observação, chamar a atenção para o fato de que políticas regulatórias são, usualmente, idealizadas em ambientes nos quais já estão vigentes outras políticas similares com os mesmos objetivos. Isso gera, muitas vezes, um *overlap* (ao menos teórico) de estratégias – isto é, duas estratégias com sanções semelhantes. No cenário em questão, por exemplo, um estabelecimento comercial que não emita o documento fiscal está sujeito – ao menos, em teoria, a três multas diferentes: pela Lei Estadual 6.374/89 (RICMS), pela Lei Federal 8.137/90 e pela Lei Estadual 12.685/07 (Nota Fiscal Paulista). Essas punições têm como sujeitos ativos instituições diferentes, como a Procuradoria da Fazenda (RICMS e NFP) ou o próprio Ministério Público – no caso de alguém entender que houve ali a prática de um ato criminal previsto na lei 8.137/90. Embora não exista qualquer proibição legal que impeça que todas essas estratégias funcionem ao mesmo tempo, talvez essa multiplicidade de procedimentos possa ser questionada ou avaliada em termos de sua eficiência, uma vez que a princípio o *retrabalho* parece ser ineficiente.<sup>40</sup>

#### 3.4 Estratégias utilizadas pelo programa Nota Fiscal Paulista para cumprir seu objetivo

A *Tabela 1* abriga uma análise “finalística” do direito e faz uso de uma gramática que inclui: *objetivos ime-*

39. Ao longo dos últimos cinquenta anos, no Estado de São Paulo, diversos programas com o objetivo de induzir o contribuinte varejista a emitir o documento fiscal foram criados. O primeiro que consegui identificar foi o Talão da Fortuna, vigente entre 1964 e 1970. Nele, os consumidores juntavam as notas fiscais e dirigiam-se até estabelecimentos comerciais cadastrados pelo governo, que efetuavam a troca destas notas por talões de sorteio. Cada Cr\$ 50 mil em documento fiscais podia ser trocado por um talão, que dava direito a prêmios de até um milhão de cruzeiros. Depois deste, teve também o Turma do Paulistinha (álbum de figurinhas que, quando completado, dava direito a concorrer a prêmios, na década de 1980), além dos Programas de Educação Fiscal das décadas de 1990/2000 – em que não havia distribuição de prêmios, mas apenas a persuasão de contribuintes e consumidores por meio de atividades educativas. Para uma descrição mais completa desses programas, recomenda-se a leitura de Batista (2012) ou Paschoal (2012).

40. Com “retrabalho” refiro-me ao ato de refazer um trabalho, de realizar uma atividade já realizada por uma outra pessoa ou instituição. Embora no caso descrito não haja violação formal do princípio do *non bis in idem*, por serem diferentes os sujeitos ativos, nota-se a possibilidade de aplicação da mesma estratégia punitiva três vezes.

*diatos*, isto é, aqueles que a regulação busca atingir como um todo; *objetivos mediatos*, ou seja, aqueles objetivos intermediários, utilizados para garantir a consecução dos objetivos imediatos; e *estratégias regulatórias*, que são os meios utilizados para atingir os objetivos dados. Busca-se consolidar as diferentes estratégias que a SEFAZ utiliza para garantir, de maneira imediata, que o documento fiscal seja emitido (objetivo imediato) e, conseqüentemente, o imposto ICMS seja pago (objetivo mediato) pelo estabelecimento varejista paulista.

Organizar as estratégias existentes em categorias ajuda o leitor a visualizar as diferentes opções e enxergar de que forma elas se relacionam. Com a referida tabela, é possível notar que para obter um mesmo objetivo mediato, o Estado utiliza *diferentes estratégias*, que vão muito além de simples comandos e sanções – como a persuasão, e a ajuda<sup>41</sup>.

Além disso, a tabela mostra que estratégias regulatórias que buscam o mesmo objetivo podem ser *direcionadas a sujeitos diferentes*. No caso em questão, algumas estratégias são direcionadas aos contribuintes; outras, aos consumidores e às ONGs. Embora isso possa parecer trivial, é interessante notar que a Administração Pública pode criar estratégias direcionadas a terceiros (consumidores, ONGs) para que esses colaborem para influenciar o comportamento do “regulado” (estabelecimento varejista). Inclusive, no caso analisado, por exemplo, a aliança com os consumidores e ONGs foi fundamental para atingir um objetivo que a fiscalização do Estado certamente não conseguiria atingir sozinha. Afinal de contas, como fiscalizar sozinho bilhões de transações comerciais realizadas todos os meses em milhares de estabelecimentos comerciais diferentes?

41. Chamo aqui de persuasão as práticas que tendem a incentivar um ator a adotar o comportamento desejado sem, no entanto, utilizar prêmios ou recompensas. Dessa forma, a persuasão tende a adotar duas principais técnicas: (a) informar ao destinatário o objetivo mediato da intervenção e pedir a sua colaboração; (b) informar ao destinatário as sanções às quais está sujeito, caso venha, ou não, praticar o comportamento (in)desejado. No caso estudado, a ajuda pode assumir duas principais formas: (a) a facilitação de certos trâmites, com a criação e o aprimoramento de instrumentos e meios que tornem a sua adoção mais simples e menos custosa; (b) a explicitação dos procedimentos e de outras informações necessárias à adoção da conduta desejada.

Objetivo mediato: fazer com que contribuintes varejistas paguem ICMS com a ocorrência de seu fato gerador.  
Objetivo imediato: fazer com que contribuintes varejistas emitam documento fiscal nas transações que efetuarem.

Destinatários das Normas	Estratégias com sanção		Estratégias sem sanção	
	Refere-se à ação passada: atuam após a emissão ou não da Nota Fiscal.		Refere-se à ação passada ou futura: atuam antes ou depois da emissão ou não da Nota Fiscal	
	Sanções punitivas	Sanções premiaias	Persuasão	Ajuda
Contribuintes	(A) Multa e Prisão: Lei Federal 8.137/90, art. 1º, inciso V	Não identificado.	(C2) Programa Aviso Fiscal: Lei 13.918/09, artigo 2º, III.	(D1) SAT Fiscal: Ajuste SINIEF Nº 11/10,
	(A) Multa RICMS: Lei Estadual 6.374/89, art. 85, inciso IV, alínea “a”			(D2) Comunicados CAT. Ex. Comunicado CAT 56/12.
	(A) Multa NFP: Lei Estadual 12.685/07, art. 7º.			(D1) Nota Fiscal Online: Portaria CAT 94/07.
	(A) Ranking de reclamações e denúncias sofridas por empresas. Lei Estadual 12.685/07, art. 7º.			(D2) Call Center - 0800. Lei 12.685/07, art. 6º, §único.
Consumidores	Não identificado.	(B) Créditos: Lei estadual 12.685/07, art. 2º. Também válido para ONGs.	(C1) Programa de Educação Fiscal para a Cidadania e Programa Nacional de Educação Fiscal: Portaria interministerial MF/MEC n. 413/02.	(D1) Meios eletrônicos pra participar da Nota Fiscal Paulista. Ex. Resolução 82/10, 21/08, 14/08, etc.
		(B) Prêmios: Lei estadual 12.685/07, Art. 3º, §2º. Também válido para ONGs.	(C1) Cartaz com dizeres para consumidor pedir nota fiscal: Lei Estadual 9.990/98, art. 1º.	
			(C1) Pergunta “CPF na nota?”: Lei Estadual 12.685/07, art. 6-B	

**Tabela 1.** Quadro comparativo das estratégias regulatórias. Fonte: elaborado pelo autor

### 3.5 Detectors vs. Effectors;

Para aplicar grande parte das estratégias destacadas acima, é preciso ter informações que possibilitem a sua aplicação. Por exemplo, para aplicar uma multa é preciso *detectar* aqueles contribuintes que não pagaram o imposto ou que cometeram alguma infração. No entanto, num universo de mais de 1 milhão de contribuintes, saber quais olhar e quando aplicar a multa é um trabalho que exige, antes de mais nada, *informação*.

Hood e Margetts (2007) importam da robótica uma distinção bastante interessante para realçar os procedimentos utilizados pelo Estado para essa função. De acordo com ela, o Estado possui instrumentos de detecção (*detectors*), que são “todos aqueles que o governo utiliza para obter informação”; e os instrumentos de ação (*effectors*), que são “os instrumentos que o governo utiliza para tentar causar impactos no mundo externo”. Embora a tabela acima trate apenas dessa segunda categoria, o programa Nota Fiscal Paulista também trouxe inúmeros instrumentos de detecção.

O banco de dados criado a partir da Nota Fiscal Paulista é, certamente, um dos maiores avanços trazidos pelo programa. As 27 bilhões de transações varejistas que ele possui – que cresce num ritmo de mais de 500 milhões por mês – possibilita à SEFAZ criar instrumentos e análises bastante precisas do comportamento dos estabelecimentos comerciais. Com isso, ela consegue com maior facilidade, por exemplo, saber onde há maiores chances de haver sonegação de ICMS e direcionar suas estratégias persuasivas ou punitivas.<sup>42</sup>

Para obter essas informações, a SEFAZ criou estratégias direcionadas a sujeitos diferentes. Para os estabelecimentos varejistas, por exemplo, existe o dever de enviar, todos os meses, o documento fiscal de todas as transações varejistas realizadas – por meio do REDF ou do SAT fiscal. Nesse modelo, os próprios regulados fornecem as informações para os reguladores.

Os consumidores também contribuem para que o

42. Análises simples, como verificar quais estabelecimentos têm um alto nível de emissão (superior a 30%) de nota Fiscal com CPF (o que indicaria que ele só está emitindo as notas fiscais quando requisitados pelos clientes) ou análises mais complexas que um banco de dados com mais de 20 bilhões de entradas possibilita são resultados importantes trazidos pelo programa NFP. Entrevista 12 (41).

Estado obtenha informações. Por meio de iniciativas como o *call-center* e, especialmente, por meio das reclamações e denúncias *online*, os cidadãos levam informações ao Estado. Por tudo ser realizado de maneira *online*, os custos de transação para os consumidores são bastante baixos, o que certamente contribuiu para o recebimento das mais de 160.000 denúncias que já possibilitaram à SEFAZ gerar quase 23 mil autos de infração.<sup>43</sup>

Destaque-se que as informações obtidas com o programa Nota Fiscal Paulista podem ser utilizadas não apenas para delinear e definir estratégias aplicáveis ao próprio programa, mas também a *outras áreas* e atividades da Administração Pública. Entender como os consumidores e como os estabelecimentos operam é importante para que novas estratégias de controle possam ser desenvolvidas. Além disso, com o uso intenso de recursos de TI e de *informação* (o que Hood e Margetts (2007) chamam de *nodality*), um acompanhamento em tempo real do comportamento dos regulados se torna cada vez mais factível. Assim, quando um estabelecimento varejista estiver “fora da curva”, uma mensagem pode ser-lhe logo enviada e, caso a situação persista, uma fiscalização poderá ser realizada e sanções talvez aplicadas<sup>44</sup>.

### 3.6 Por que uma multiplicidade de estratégias?

As pessoas possuem motivações distintas para seguir as regras (e motivações distintas para seguir diferentes tipos de regras). Embora parte da literatura

43. Informações retiradas da página da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. <http://bit.ly/1hWwwfs> [último acesso em 06/01/2014].

44. Entrevista 14 (273): “Você pega massas de dados gigantescas, que é o que o Nota Paulista proporciona [...]. O que que você faz? [O Business Object] é um programa que consegue analisar volumes de dados gigantes e traçar comportamentos. Então, ele gera uma equação; no final de contas, é isso. Então, ele fala “70% do pessoal nestas situações... estão nesta situação”. O que que é legal isto para mim? A cada nota emitida, que eu recebo na Nota Paulista, eu poderia ver: este cara está na equação? ‘Ah está na equação; então ele está normal’; Ah, ‘este cara não tá; então este cara deve estar sonegando’. É prova? Não. Mas é indicio. Então, com isso eu conseguiria ter um processo de fiscalização muito mais rápido.” Sobre o tempo real: “O sonho dele [do Secretário] era o que... esta parte de Nota Paulista e o SAT vinha neste sentido é quase como se eu pegasse a sonegação mais ou menos na hora. Sabe aquela coisa de filme? De ‘olha, o cara agora está emitindo cupom fraudado, vai lá...? Mão na cabeça, tal”. Entrevista 14 (269).

jurídica entenda o “medo da punição” - ou a própria punição – como o principal motivo de obediência às normas, esse não é o único motivo que faz as pessoas seguirem as regras. Afinal de contas, as chances de ser sancionado usualmente são bastante pequenas, pois não apenas o fato tem que ser descoberto, mas todo um complexo processo de responsabilização e gestão da sanção tem que ser realizado pelo Estado.

É fato, contudo, que as pessoas tendem a acreditar que seus riscos são maiores do que são, especialmente quando leem nos jornais ou ouvem por meio de algum conhecido que uma pessoa que se lhes assemelha levou uma multa ou sofreu uma sanção por aquele determinado comportamento.<sup>45</sup> No entanto, não é verossímil afirmar que a punição é o principal motivo pelo qual alguém segue uma regra. É possível imaginar que grande parte das pessoas seguem as regras não por medo da punição, mas simplesmente porque essas são as regras e porque acreditam que aquelas regras são válidas e úteis para o convívio social.<sup>46</sup>

Isso nos leva à ideia de que as pessoas têm motivações diferentes para seguirem regras e que, portanto, devem existir instrumentos e estratégias regulatórias mais aptas a modificar o comportamento dos diferentes grupos sociais. Para tentar elucidar essas diferenças, importo aqui uma análise trazida pela *cultural theory*, que utiliza dois elementos diferentes – *grid* e *group* – para identificar quatro tipos ideais de grupos sociais.<sup>47</sup> Ressalte-se contudo que se trata de uma análise que simplifica a realidade ao criar *grupos ideais* que, muitas vezes, não existem exatamente na forma ideal. No entanto, trata-se de uma forma útil de mostrar essas diferentes motivações para o cumprimento da norma.<sup>48</sup>

45. Thaler e Sunstein (2008) destacam a *representativeness* como um dos elementos utilizados pelo *Automated System dos indivíduos* (aquele não racional) para definir as suas ações.

46. Esse é, inclusive, um dos principais pontos inovadores da teoria de Hart (2009).

47. A *cultural theory* foi criada por Mary Douglas, ainda nos anos 1960. Ela foi bastante influente na literatura da área. A fonte aqui utilizada, no entanto, não é ela, mas sim as obras de Hood (1998, cap. 1, p. 4 - 22) e Lodge e Wegrich (2012) que, certamente, se inspiraram na teoria de Douglas para criar as suas versões.

48. É preciso destacar, no entanto, que a teoria original sugere que os grupos ideias tendem a se fortalecer e a aparecer cada vez mais

Lodge e Wegrich (2012, p. 80) adaptaram a grade teórica da *cultural theory* utilizando dois elementos: a disposição de seguir as regras (“*willingness to comply*”) e o grau de conhecimento dos requisitos regulatórios (“*level of knowledge about regulatory requirements*”). Dessa forma, obtém quatro grupos de cidadãos, que classificam como: “*amoral calculators*”, aqueles que são bem informados, mas que não querem obedecer à lei; *honest triers*, aqueles que são bem informados e querem obedecer à lei; *principled objectors*, aqueles que são mal informados e não querem obedecer à lei; *organization incompetents*, aqueles que são mal informados ou possuem poucos recursos, mas que no fundo querem obedecer à lei.

Para cada um desses grupos, as estratégias regulatórias atuam de forma diferente e têm efeitos colaterais que são variados. A orientação, por exemplo, é uma estratégia que parece mais adequada para levar os *organization incompetents* a cumprir a lei. Afinal de contas, para eles, cumprir ou não a lei é mais uma questão de saber *como seguir* do que, propriamente, *ser forçado a seguir*. Num universo de mais de 1 milhão de contribuintes, com dezenas de regras e centenas de páginas apenas sobre o pagamento do ICMS, é bastante cabível supor que existam ao menos milhares de contribuintes de boa-fé que queiram obedecer à lei, mas por um motivo ou outro acabem não emitindo o documento fiscal e recolhendo o imposto devido.

No entanto, a orientação seria de pouca utilidade para, por exemplo, influenciar um *amoral calculator*. Este já é bem informado, mas não segue a lei porque faz cálculos sobre sua chance de ser punido. – Em outras palavras, quando o risco da punição é menor do que o benefício aferido com o descumprimento da regra, ele não a segue. Nesses casos, o uso de estratégias sancionatórias parece mais útil, pois as sanções desequilibram o custo benefício de agir em conformidade (por meio de recompensas) ou em contrariedade (por meio de punições) à lei – ao menos é isso que se espera.

Campanhas publicitárias, por sua vez, parecem boas

de forma *pura*. Segundo Hood (1998, p. 10), “to some extent the structure may help to generate the belief and values [...]. And the same goes for other forms of organization. Only when the structure matches the appropriate values and beliefs can an organization or way of life be ‘viable’.”

		Disposição em cumprir a lei	
		Baixo	Alto
Nível de conhecimento do conteúdo da lei	Alto	Amoral Calculators bem informado sobre a lei não disposto a cumprir a lei	Honest triers bem informado sobre a lei disposto a cumprir a lei
	Baixo	Principled objectors mau informado sobre a lei não disposto a cumprir a lei	Organizationally incompetent mau informado sobre a lei disposto a cumprir a lei

**Tabela 2.** Disposição em cumprir a lei vs. nível de conhecimento da lei. Fonte: Lodge & Wegrich (2012, p. 80).

estratégias para fazer com que *principled objectors* se informem sobre a importância do pagamento de impostos e, assim, talvez, mudem o seu comportamento. Muitos não têm ideia da importância dos impostos para a sociedade e sobre quem realmente paga a conta da sonegação. O alto nível de corrupção e uma mídia conservadora, muitas vezes, ajudam a criar nos cidadãos a ideia de que pagar impostos não vale a pena. A sonegação fiscal no Brasil é grande e, diferente do que se possa imaginar, nem sempre são as grandes empresas as principais responsáveis pela maior parte dos recursos sonegados. Até mesmo porque os grandes contribuintes são bem fiscalizados e monitorados pelas entidades tributárias.<sup>49</sup> Pesquisas mostram que, de um modo geral, grande parte dos prejuízos da “sonegação” podem decorrer dos comportamentos de “pequenos sonegadores” que, quando considerados como um todo, trazem um prejuízo imenso à sociedade<sup>50</sup>.

Por sua vez, os *honest triers*, aqueles que seguem as regras simplesmente porque elas são as regras, parecem entender a importância do pagamento dos impostos e efetivamente optam por pagar os seus impostos. Ou talvez não entendam a importância,

49. Para os grandes contribuintes, a Receita Federal, por exemplo, criou uma delegacia especializada, a “Delegacia Especial de Maiores Contribuintes/DEMAC”, com sede no Rio de Janeiro. Para maiores informações, cf. Portaria RFB nº 547/2010.

50. Experimentos no campo da psicologia social mostram que os grandes impactos do *cheating* são criados por “*little cheaters*” e não pelos “*big cheaters*”. Cf. Ariely (2012). Há um vídeo – “*The Truth About Dishonesty*” – com os principais pontos de seu argumento disponível em <http://bit.ly/19Pfbif> [último acesso em 06/01/2014].

mas pagam mesmo assim já que essa é uma regra e eles acreditam que regras devem ser cumpridas. Embora nenhuma estratégia seja, a princípio, necessária para modificar o comportamento de *honest triers*, é possível pensar que estratégias aplicadas (ou não aplicadas) a outros grupos podem trazer impactos para eles. Por exemplo, caso comecem a perceber que muitas pessoas sonegam os impostos sem sofrer qualquer malefício (obtendo muitas vezes até mesmo vantagens indevidas numa competição de mercado), um *honest trier* pode achar que não vale mais a pena cumprir a lei e se tornar um *amoral calculator*.<sup>51</sup>

Estar ciente de que estratégias regulatórias – e sua falência ou sucesso – podem ter impactos negativos não desejados ou não imaginados previamente parece ser de bastante importância para o regulador e/ou gestor. Um outro exemplo de como esses impactos podem ser criados é com o uso *desproporcional* – na perspectiva do regulado – de pesadas sanções punitivas para aqueles que cometeram pequenos erros. Assim, aplicar uma multa de quase R\$ 20.000 para uma empresa que sempre pagou os impostos em dia, mas que, num descuido deixou de emitir 10 notas – ou não soube usar o software direito – tem consequências negativas importantes. Isso pode fazer com que um *organizationally incompetent* fique revoltado por ter sido tratado dessa forma e também vire um *amoral calculator*, o que exigiria muito mais esforços do Estado para mudar o seu comportamento no futuro.

51. Os conceitos trazidos nesse parágrafo e nos quatro abaixo foram adaptados a partir das ideias de Lodge & Wegrich (2012).



Talvez cientes desses riscos, os criadores da multa do Nota Fiscal Paulista tenham pensado no sistema de descontos existentes e, na prática, aguardam 20 denúncias realizadas antes de aplicar qualquer multa.<sup>52</sup>

Estar ciente de que as motivações para cumprir as regras não são iguais para todos e que elas podem variar com o passar do tempo e das interações com o Estado é algo relevante e que deve ser levado em consideração na criação de uma política regulatória. É importante ter ciência da existência dessa larga margem de criatividade e dos pontos fortes e fracos das opções regulatórias para, frente a um determinado caso, escolher a *melhor* estratégia possível. Como diz Grabosky (1995, p. 258):

*The complexity of public policy, of organizational behavior, and of human nature is such that the achievement of regulatory objectives will usually require not a 'magic bullet', but rather a combination of policy tools.*

No entanto, embora a multiplicidade de estratégias existentes para garantir o pagamento de ICMS no estado de São Paulo pareça, ao menos na teoria, conseguir incentivar os diferentes tipos de regulados a seguirem objetivos imediatos propostos pelo Estado, não encontrei na pesquisa fatos que me levassem a crer que isso tenha sido levado em consideração pela equipe da Nota Fiscal Paulista – não, ao menos, de uma forma racional.

#### **4 Construindo a Nota Fiscal Paulista: das regras de sistemas às regras jurídicas**

Definir objetivos regulatórios prévios, entender as diferentes motivações dos regulados, comparar a eficiência de diferentes estratégias e, ao final, criar a estratégia mais eficiente não parece tão comum na prática quanto a teoria gostaria. As limitações dos recursos à disposição dos gestores – sejam elas relacionadas a tempo, dinheiro, funcionários ou sistemas de TI – criam cenários em que muito raramente as polí-

52. De acordo com informações das entrevistas, é a cada 20 denúncias apuradas contra a mesma empresa que o sistema cria um bloco de denúncias. Esse bloco vai para um outro fiscal que então “confere, assina digitalmente e encaminha para frente”. Entrevista 14 (129).

ticas que regulam um setor são determinadas dessa forma. É fato que, muitas vezes, a Administração Pública tem que criar programas e tomar decisões sem saber a fundo quais serão os resultados almejados ou quais são alguns dos outros meios possíveis para atingir esses mesmos fins (muitas vezes, ela sequer sabe que eles existem). É uma ilusão pensar que os gestores realmente pensam em todas as estratégias possíveis e investigam os seus impactos e só depois tomam a decisão de qual estratégia adotar. Na Administração Pública, as decisões são muitas vezes *incrementais* e dificilmente são efetivamente testadas antes de serem aplicadas.<sup>53</sup> Muitas vezes, os gestores não conseguem nem distinguir meios e fins em suas políticas, tamanha complexidade dos problemas e limitações de seus recursos.<sup>54</sup> Embora a história da Nota Fiscal Paulista tenha sido inovadora, sua criação foi feita de maneira *incremental*.

Todas as estratégias, contudo, possuem um elemento em comum: elas são formalmente criadas e regulada por meio de regras jurídicas. Por mais que as regulações, programas governamentais e políticas públicas tenham que ser pensadas, criadas, preparadas e desenvolvidas tecnicamente, elas só *ganham*

53. O que Lindbloom (1959) chama de “*science of muddling through*” consiste num modelo de comparações sucessivas, em que as políticas são criadas de maneira incremental, passo a passo. Dadas as limitações de recursos mencionados acima, ele chama esse modelo de *branch*, uma que vez que há pequenas modificações em uma estrutura já pré-concebida (como galhos que crescem em árvores). Um outro modelo possível, em oposição a esse primeiro e que também analisamos aqui, seria o modelo *root*, em que se refaz toda a estrutura regulatória. Esse *incrementalismo* faz com que, muitas vezes, mudanças radicais e instrumentos inovadores não sejam tão comuns nas políticas regulatórias do Estado. Especialmente porque muitos assuntos são complexos e envolvem diferentes instituições e *stakeholders* que nem sempre estão dispostos a modificar e abandonar as estratégias já utilizadas para recomeçar tudo novamente.

54. Tanto durante as entrevistas, quanto depois da conclusão do trabalho, ouvi de alguns gestores do programa que a organização das estratégias e parte da análise desenvolvida em minha pesquisa era bastante *interessante* e que “nunca tinha pensado dessa forma” sobre o programa que eles mesmos criaram. O olhar macro e *a posteriori* do pesquisador permite observar coisas e relações que aqueles que estão envolvidos diariamente com o programa nunca puderam ver. Parece nunca ter havido uma análise da estratégia de regulação para garantir o pagamento de ICMS, uma vez que servidores de diferentes órgãos realizam esses programas e muitas vezes não tinham um olhar macro sobre as outras estratégias existentes, até mesmo por desconhecê-las.

*vida* quando as primeiras regras jurídicas são editadas. Antes disso não existem no mundo jurídico e não são oponíveis a terceiros. Num Estado, como o atual, em que vigora “*a government of laws, not men*”<sup>55</sup>, a edição de regras para guiar a ação do Estado é fundamental. Como visto, todas as estratégias regulatórias da Nota Fiscal Paulista possuem um ou mais fundamentos legais – sejam eles Leis, Decretos, Resoluções, Portarias ou outros.

O objetivo desta seção é narrar a história de criação do programa para mostrar de que maneira ele foi construído e como ele foi regulado juridicamente. Espero, com isso, mostrar que embora a Administração Pública tenha tido um alto grau de criatividade e discricionariedade para criar o programa, ele não foi criado por meio de análises racionais e compreensivas de custos-benefícios. Como veremos na seção seguinte, o que ocorreu foi uma adaptação de um programa similar – o “Nota Fiscal Paulista” – tido pelos gestores envolvidos como uma boa forma para incentivar o pagamento de ICMS. Espero mostrar também que o Legislativo pouco participou em seu processo de criação, explorando os motivos pelos quais isso aconteceu.

#### 4.1 Como a Nota Fiscal Paulista foi construída?

Embora a ideia de premiar os consumidores já tivesse sido utilizada pelo Estado por diversas vezes ao longo dos últimos cinquenta anos,<sup>56</sup> não consegui identificar por meio de entrevistas ou análise documental qualquer influência direta desses programas no processo de construção da Nota Fiscal Paulista.

Pelo que pude pesquisar, o programa NFP foi diretamente inspirado no programa Nota Fiscal de Serviços Eletrônica da Prefeitura Municipal de São Paulo (NFE Municipal).<sup>57</sup> Ambos foram coordenados por dois fun-

cionários de carreira da Receita Federal, que trabalham juntos há quase duas décadas: Mauro Ricardo e George Tormin.<sup>58</sup> Eles assumiram a Secretaria Municipal da Fazenda quando José Serra venceu as eleições municipais de 2004. Mauro, mais próximo de Serra, tornou-se o Secretário e George, o Adjunto.

Em 2005, logo nos primeiros meses de sua gestão, os Secretários ouviram falar sobre um interessante programa que estava sendo implementado pela prefeitura de Angra dos Reis – RJ, um programa de Nota Fiscal Eletrônica Municipal.<sup>59</sup> George queria saber mais sobre o programa e foi até a Prefeitura de Angra conversar com os responsáveis pela sua gestão.<sup>60</sup> Ele gostou bastante do projeto – nele vislumbrando uma ótima maneira de aumentar a arrecadação do ISS sem aumentar sua alíquota – e decidiu trazer a ideia para a Prefeitura de São Paulo.<sup>61</sup> A ideia também agradou o então Secretário de Finanças e o Prefeito, que autorizou a implantação do programa.<sup>62</sup>

O projeto de lei prevendo a criação do programa no município de São Paulo (PL 634/05) foi encaminhado pelo Prefeito José Serra à Câmara Municipal, em outubro de 2005, sendo aprovado dois meses depois e convertendo-se na Lei Municipal 14.097/05. Pouco mais de seis meses depois, em junho de 2006, o programa começou a operar na capital paulista.

No entanto, nesse mesmo ano, o então Prefeito José Serra foi eleito Governador do Estado de São Paulo e levou Mauro e George para a Secretaria da Fazenda. Entusiasmados com o programa da NFS-e Municipal, especialmente porque deixaram seu comando logo que ele estava ganhando fôlego, os Secretários decidiram trazer a ideia para o âmbito estadual. Pensavam eles que o projeto que dá certo numa cidade como São Paulo, daria certo em qualquer lugar.<sup>63</sup>

55. Pelo que puder pesquisar, essa célebre frase aparece, pela primeira vez, “*Novanglus*” *Essay* n. VIII em 1775 escrito por John Adams: [...] If Aristotle, Livy, and Harrington knew what a republic was, the British constitution is much more like a republic than an empire. They define a republic to be a *government of laws, and not of men.* [...] Disponível em: <http://bit.ly/1g3ibvv>.

56. Cf. nota 37, *supra*.

57. Entrevista 02 (14, 136), entrevista 03 (13), entrevista 06 (05, 17), entrevista 08 (15, 31), entrevista 10 (09), entrevista 13 (05,149), entrevista 14 (13), entrevista 17 (09, 13, 21).

58. Entrevista 02 (14, 96), entrevista 03 (13), entrevista 06 (05), entrevista 08 (15, 27), entrevista 10 (09), entrevista 13 (05), entrevista 14 (05, 29, 193), entrevista 17 (09, 21, 25).

59. O programa, em Angra dos Reis, também se chama Nota Fiscal Eletrônica de Serviços e é regulado pela Lei Municipal 1.445/03.

60. Entrevista 06 (05).

61. Entrevista 02 (14, 136), entrevista 06 (05, 17, 137), entrevista 08 (31) e entrevista 17 (09).

62. Entrevista 06 (56).

63. Entrevista 06 (17), Entrevista 13 (29), Entrevista 23 (3).

A ideia, portanto, era realizar as adaptações necessárias ao projeto já existente e colocar em funcionamento o programa no nível estadual o quanto antes. Apesar de já terem um “pouquinho a experiência da Nota Fiscal Eletrônica de Serviços”<sup>64</sup>, serviços e mercadorias nunca foram muito compatíveis<sup>65</sup>. No entanto, os Secretários provavelmente só viriam a perceber isso algum tempo depois, uma vez que eles não conheciam muito bem o ICMS e sua complexidade.<sup>66</sup>

Para o desenvolvimento do projeto, um grupo de trabalho, coordenado pelo Secretário George, foi formado.<sup>67</sup> Representantes de diversas partes da Fazenda – como os Diretores das áreas de tecnologia e de informações, assim como funcionários das áreas de fiscalização, arrecadação e jurídica<sup>68</sup> – encontravam-se, ao menos, toda sexta-feira de manhã para discutir o projeto,<sup>69</sup> embora muitos se reunissem diariamente com George.<sup>70</sup> Apesar de, ao mesmo tempo, existirem outros importantes projetos sendo desenvolvidos e expandidos pela Fazenda – como a substituição tributária e a Nota Fiscal Eletrônica Federativa (NFE) – e ser necessário tocar todas as outras atividades rotineiras da administração tributária, os principais esforços da SEFAZ foram voltados para a criação da Nota Fiscal Eletrônica do Estado de São Paulo<sup>71</sup> – que iria ser batizada, num futuro próximo, de Nota Fiscal Paulista.<sup>72</sup>

Nessas reuniões, tarefas eram atribuídas e contas eram prestadas. Eram “reuniões definindo, batendo

o martelo”<sup>73</sup>; os integrantes da equipe estavam estudando o programa da NFS-e e pensando em como poderia ser o programa estadual; essas ideias eram submetidas à aprovação do Secretário Adjunto e, quando necessário, do Secretário Mauro.<sup>74</sup>

O projeto foi dividido em diferentes módulos, que começaram a ser gradualmente desenvolvidos. Cada uma das funcionalidades do programa deveria estar inserida dentro de um dado módulo, sendo que, muitas vezes, cada uma delas necessitava de um módulo próprio. Uma vez que a equipe chegava a um consenso sobre quais funcionalidades deveriam estar incorporadas em determinado módulo, iniciava-se uma fase “quase integral de escrevê-lo”.<sup>75</sup> Para cada um deles, era feita uma “regra de negócios” – documento definido por um dos entrevistados como “a lógica do sistema, o que ele deve fazer, porque ele deve fazer, como é que ele deve fazer, mas sem entrar nos aspectos de implementação de sistemas”<sup>76</sup>. Em outras palavras, essa regra definia “o que o sistema deveria fazer, quais seriam as funcionalidades que o consumidor poderia acessar, o que a fiscalização poderia acessar, como seriam os documentos fiscais que seriam armazenados nessa base de dados”,<sup>77</sup> dentre outras coisas.

Concluída essa etapa em que já havia uma importante contribuição da consultoria jurídico-legislativa da Fazenda, fazia-se uma “proposta de ordem” que poderia ou não ser aprovada pelos Secretários.<sup>78</sup> Caso fosse aprovada, a proposta era enviada para o pessoal de sistemas desenvolvê-la.<sup>79</sup> O sistema de cada módulo era depois testado internamente. Caso funcionasse, era aprovado e uma norma jurídica que regulasse esse módulo era promulgada. Na maior parte dos casos, essa norma era uma Resolução do Secretário da Fazenda. Em seguida, um novo módulo começava a ser definido e desenvolvido.

#### 4.1.1 A construção jurídica do programa Além do aspecto técnico-administrativo, uma políti-

64. Entrevista 13 (149)

65. Entrevista 08 (31)

66. Esta maior complexidade do ICMS em relação ao ISS foi mencionada por grande parte dos entrevistados: Entrevista 02 (18), Entrevista 03 (15), Entrevista 06 (17 e 101), Entrevista 08 (15, 35 e 59), Entrevista 10 (09), Entrevista 12 (21 e 33), Entrevista 13 (05), Entrevista 14 (05), Entrevista 17 (25).

67. Entrevista 17 (25),

68. Entrevista 17 (25), Entrevista 14 (201), Entrevista 23 (3)

69. Entrevista 17 (25)

70. Entrevista 06 (101).

71. A alta prioridade que o programa teve dentro da gestão de Mauro e George foi citado por diversos entrevistados: entrevista 02 (59), entrevista 06 (51), entrevista 07 (47), entrevista 08 (15, 27, 39), entrevista 14 (333), entrevista 17 (25).

72. O nome Nota Fiscal Paulista foi dado, segundo um dos entrevistados, pelo Secretário Mauro Ricardo, para substituir o termo Nota Fiscal Eletrônica, que vinha sendo utilizado pelos gestores e pela imprensa, para batizar o programa. Essa substituição foi feliz e evitou a confusão dos programas Nota Fiscal Eletrônica e o Nota Fiscal Paulista [entrevista 17 (21)].

73. Entrevista 06 (101)

74. Entrevista 08 (35).

75. Entrevista 08 (23).

76. Entrevista 08 (19).

77. Entrevista 08 (23).

78. Entrevista 08 (19).

79. Entrevista 08 (23).

ca pública também possui um aspecto jurídico. Todo programa ou política pública só pode ser formalmente criado por meio de uma lei ou de algum outro tipo de regra jurídica. Trata-se de um pressuposto do Estado de Direito que é contemplado tanto na Constituição Federal, pela obediência ao princípio da legalidade (art. 37), quanto na Constituição do Estado de São Paulo (art. 111). Portanto, é possível dizer que o direito e as regras jurídicas são os instrumentos pelos quais os programas governamentais e as políticas públicas ganham existência formal no mundo atual – embora isso não signifique, como mostrado acima, que os programas ou políticas tenham *nascido* nesse ponto. Muito trabalho é realizada previamente à promulgação da regra.

A construção jurídica de um programa governamental geralmente se dá em duas diferentes etapas. Primeiro, leis gerais são aprovadas pelo Parlamento para depois serem regulamentadas pela Administração Pública por meio de atos infralegais como decretos, portarias, resoluções etc. Como disse um dos entrevistados, embora todas as leis “sejam aprovadas na Assembleia Legislativa ou no Congresso Nacional, [elas] são aprovadas com uma certa técnica de elaboração de texto que deixa um espaço suficiente para a regulação do Executivo [...] e dentro desse espaço dá para fazer muita coisa”.<sup>80</sup>

No caso da Nota Fiscal Paulista, a construção jurídica começou na mesma época da construção do programa. Representantes da Consultoria Tributária da Fazenda paulista – órgão responsável pela elaboração de todas as regras jurídicas do programa – participaram de todas as reuniões iniciais. Nelas, o papel da área jurídica era tanto o de colocar “quais eram os limites que a lei impunha e que não poderiam ser transpostos nas ideias” quanto “ir delineando as grandes regras [...]”.<sup>81</sup>

*Sempre existem limitações de todos os lados, como de informática – por que às vezes não é viável de alguma forma; limitações operacionais; de ordem política, onde não se desejava ou desejava fazer algum coisa e limitações jurí-*

*dicas, que a [Consultoria Tributária tinha] tinha que seguir, sempre de acordo com a primeira lei aprovada.*<sup>82</sup>

Essa “primeira lei” viria a ser um dos primeiros passos para a construção do programa. Antes dela, no entanto, foi criada a “parte tributária do projeto, o REDF, e os ajustes que levaram a criação de novas obrigações acessórias para o contribuinte”. E, em seguida, elaborou-se uma parte “quase tributária”, aquela diretamente relacionada ao programa Nota Fiscal Paulista.

#### 4.1.2 Criando um marco legal

O projeto de lei que criou o programa foi elaborado integralmente dentro da Secretaria da Fazenda. A proposta normativa de criação do programa foi elaborada pelo próprio secretário George junto com o pessoal da Consultoria Tributária e da área de negócios, uma vez que ela tinha que estar alinhada com o que se entendia que o sistema deveria fazer.<sup>83</sup> O projeto de lei, como dito acima, continha previsões bem genéricas do que poderia ser o programa, abrindo possibilidades para a Secretaria, mais tarde, regular cuidadosamente cada um dos módulos por meio de decretos ou resoluções. Assim, no projeto de lei inicial já havia previsão: (i) de estabelecimento de um cronograma, embora esse ainda não tivesse sido elaborado; (ii) de instituição de sistema de sorteio de prêmios, mesmo que isso só viesse a ocorrer no final de 2008; e (iii) de previsão da participação de entidades assistenciais, que só começaram a participar do programa em 2009.<sup>84</sup>

Durante todo o processo legislativo, o projeto de lei sofreu 20 diferentes propostas de emendas. Todas as emendas, com exceção das subemendas, foram propostas por deputados da oposição. Foram aprovadas apenas a emenda aglutinativa nº 20,<sup>85</sup> as emendas de pauta

82. Entrevista 23 (67).

83. Entrevista 08 (23), Entrevista 06 (175), Entrevista 23 (03).

84. Artigo 4º do projeto de Lei 544/07.

85. A Emenda Aglutinativa foi feita durante o próprio Congresso de Comissões. Ela é uma “espécie de emenda que se propõe a fundir textos de outras emendas ou a fundir texto de emenda com texto de proposição principal.” Definição obtida no site da Câmara dos Deputados; disponível em: <http://bit.ly/z0s1Sc> [último acesso em 06/01/2014].

80. Entrevista 23 (39).

81. Entrevista 23 (67).

nº 1, 3, 10 e 14 e a subemenda à emenda 9, na forma apresentada no parecer do Relator Especial da CCJ.<sup>86</sup> As demais emendas e subemendas foram rejeitadas.

Em um breve e condensado resumo, é possível dizer que as principais contribuições e críticas trazidas durante o processo legislativo diziam respeito aos seguintes tópicos: (i) a forma unilateral pela qual o governo Serra construiu o programa e, isto é, a pressão exercida sobre deputados para que aprovassem seus projetos rapidamente<sup>87</sup>; (ii) a um suposto vício processual ocorrido no Congresso de Comissões;<sup>88</sup> (iii) ao pouco tempo que os deputados tiveram para apresentar emendas;<sup>89</sup> (iv) às críticas em relação ao conceito de cidadania fiscal trazido pelo programa e em relação ao seu nome;<sup>90</sup> (v) às reclamações sobre a complexidade do cálculo dos créditos e à irrelevância, para os consumidores, dos valores a serem distribuídos na forma de créditos;<sup>91</sup> (vi) à forma pela qual a audiência pública foi feita;<sup>92</sup> (vii) aos custos e ônus que o programa traria para as pequenas e microempresas;<sup>93</sup>; (viii) às dúvidas sobre as dificuldades a serem enfrentadas pela população para se beneficiar do programa, uma vez que ele era *online* e muitas pessoas não têm familiaridade com o computador;<sup>94</sup> (ix) à suposta perda que os municípios e alguns entes públicos com receitas vinculadas ao ICMS poderiam

ter com os créditos trazidos pelo programa.<sup>95</sup>

Embora muitas dessas críticas e observações sejam bastante relevantes, elas não foram longamente debatidas e as mudanças que o projeto de lei sofreu foram mínimas. Dentre as mudanças sofridas, destacam-se as seguintes: (i) financiamento da Nossa Caixa para qualquer gasto que o programa NFP pudesse ocasionar para o comerciante; (ii) a proibição de eventuais prejuízos que poderiam ser causados pelas devoluções do programa<sup>96</sup>; (iii) a garantia de que o aumento da arrecadação gerado pelo programa fosse adicionado à arrecadação “normal” do Estado;<sup>97</sup> (iv) e o dever de prestar contas para a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (ALESP).<sup>98</sup>

Em suma, embora o Projeto de Lei tenha sido alvo de debates na ALESP (muitos projetos nem chegam a ser debatidos, mas são deliberados e acordados no Colégio de Líderes)<sup>99</sup>, ele sofreu poucas alterações substanciais. As principais modificações parecem dizer respeito a um aumento da acessibilidade ao programa, além de explicitar deveres institucionais a serem cumpridos pela própria Fazenda.

Isso já era o esperado pelo pessoal da Fazenda. “Como o governo naquela época, como agora, tinha a maioria na ALESP, todas as alterações foram negociadas entre a base política do governo e a chefia do Executivo [...]”.<sup>100</sup> “O governador de São Paulo, nos últimos anos, tem maioria tranquila na ALESP; dificilmente se aprova alguma coisa contra a iniciativa do Executivo”.<sup>101</sup>

#### 4.1.3 A construção infralegal

Com a base legal do programa aprovada, parecia possível começar a sua construção infralegal por meio de decretos do governador e de resoluções do próprio secretário da Fazenda. No mesmo dia da

86. Transcrição Integral da Sessão Ordinária 81/2007, p. 86.

87. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 10.

88. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 14 e p. 16. Destaco que o Congresso de Comissões é uma prática comum na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Ele busca reunir diferentes comissões parlamentares de forma a dar maior celeridade ao processo legislativo. Alguns deputados criticam esse instituto e veem nele “uma forma disfarçada de dar celeridade aos projetos de interesse do Executivo. Quando o Executivo quer, três dias depois de o projeto chegar à Casa ele está pronto para votação”. Cf. Transcrição Integral da Sessão Ordinária 48/2012, p. 20.

89. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 25.

90. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Ordinária 81/2007, p. 47.

91. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 47 e p. 53.

92. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 49.

93. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007, p. 16, 18 e 19.

94. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 16/2007, p. 18.

95. Cf., p. ex., Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 16/2007, p. 26.

96. Cf. Emenda de Pauta 01 ao PL 544/2007.

97. Cf. Emenda de Pauta 10 ao PL 544/2007.

98. Cf. Emenda de Pauta 03 ao PL 544/2007.

99. Cf. Bambini (2009), Figueiredo & Limongi (1995), Limongi (2006) e Abrucio (1998).

100. Entrevista 23 (27)

101. Entrevista 23 (31).



aprovação da Lei, o governador promulgou um decreto regulamentando o programa. Esse documento, praticamente, tem o mesmo conteúdo que a lei aprovada. Note que, nesse momento, o programa ainda não estava integralmente desenvolvido. Muitos módulos – como os de cálculo de créditos, de retirada de dinheiro, de sorteio, de processamento de denúncias e reclamações, dentre outros – ainda não estavam prontos ou regulamentados. Todavia, os já existentes permitiam que o programa fosse implementado.

Cada módulo do programa possui diversas normas regulamentando-o. As diretrizes básicas são dadas pela Lei 12.685/07 e por suas respectivas alterações. O programa conta com decretos para regulamentar dois aspectos principais: o próprio programa como um todo – caso do Decreto 52.096/07, revogado pelo Decreto 54.179/09, hoje vigente – e os valores e os procedimentos para a aplicação das penalidades criadas pelo programa. Todo o restante da regulação, inclusive a descrição dos pormenores de cada um de seus módulos e funcionalidades, foram feitas por meio de resoluções promulgadas numa média de duas por mês.

Um dos entrevistados descreve esse processo de regulamentação infralegal.

*Cada secretaria tem sua prática. O que foi estabelecido como norma de procedimento [área jurídica] dentro do programa é que as normas de natureza tributária foram publicadas em Portarias, porque essa era a estrutura jurídica que já existia na SEFAZ e que era muito maior do que o programa NFP. [...] Assim, o REDF (Registro Eletrônico de Documento Fiscal) é regulado por Portarias da CAT. Tudo que não precisasse alterar Lei era disciplinado de forma geral nos decretos, seja o que aplica penalidades, seja o Decreto que disciplina os créditos. Então tem dois grandes Decretos que controlam essas coisas. [...] Abaixo dos decretos você tem as resoluções da SEFAZ disciplinando cálculos do crédito ou prêmios, mas não disciplinando matéria tributária e nem penalidades, pois penalidades são também ligadas ao Procon. Então tem três grupos, [além da lei e do decreto geral]: as penalidades com o Procon, por meio de*

*decreto; o cálculo e devolução do crédito e os sorteios em resoluções da SEFAZ e obrigações acessórias tributárias (REDF) com portarias.<sup>102</sup>*

Um dos entrevistados também ressalta que, além de todas as regras jurídicas descritas acima,

*“também publicamos uma outra série de normas denominadas comunicados CAT. Esses não introduzem inovações no campo jurídico, mas orientam contribuintes para alguma situação específica que começa a ficar recorrente, porque tem elevado número de perguntas – ou alguma empresa ou associação leva uma questão relevante para a SEFAZ e diz que o assunto está gerando dúvidas e precisa ser esclarecido.”*

Além disso, há ainda um último tipo que são as Decisões Normativas da CAT “feitas quando há um conflito aparente de normas dentro da SEFAZ”.<sup>103</sup> Embora essas regras sejam assinadas por pessoas diferentes – Decreto pelo Governador, Resoluções pelo Secretário e Portarias, Comunicado e Decisões Normativas pelo coordenador da CAT – elas foram todas elaboradas pelo mesmo órgão: a Consultoria Tributária.<sup>104</sup> De acordo com um levantamento efetuado, o programa Nota Fiscal Paulista, desde sua criação até setembro de 2012, foi regulado por cinco leis (sendo uma lei principal e quatro alterações, das quais duas foram de iniciativa de deputados e duas do governador), sete decretos, dezoito portarias, dois comunicados CAT e cento e quatro resoluções, sendo seis destas em conjunto com outras secretarias estaduais e sessenta e nove relativas ao módulo de sorteios (especialmente porque para cada sorteio havia a publicação de até três resoluções para regulá-lo).

O programa sofreu diversas alterações ao longo de sua existência. Cada uma destas, teve que ser acompanhada pela criação de uma nova regra jurídica que alterava a então vigente. Esse processo de alteração normativa é descrito por um dos entrevistados.

*A gente sabia que a alteração de legislação, em*

102. Entrevista 23 (93).

103. Entrevista 23 (101).

104. Entrevista 23 (113).



nível de lei, é muito difícil; assim, é muito pontual. Você tem uma lei feita, depois você altera ela, sei lá, daqui um ano; depois você altera de novo daqui um ano, é [realmente] uma coisa muito pontual. Então, a gente acumulava as coisas para poder discutir e ser incluso [na próxima alteração legal]. Já a alteração de decreto era uma coisa mais fácil [pois dependia apenas do governador, que dava suporte integral ao programa]. E alteração de resolução – resolução e portaria – estava no âmbito da Fazenda, então era [ainda] mais fácil. Então, estas coisas que envolviam Lei, a gente era muito cuidadoso para poder fazer uma coisa que não tivesse erro, porque não teria chance de consertar depois – quer dizer, teria chance de consertar muito depois. Por isso, eram processos que normalmente acumulavam algumas demandas e quando surgia uma possibilidade – que era política – a gente fazia uma alteração da lei que incluía as pendências. Algumas coisas – a maioria – passava; outras coisas, os próprios deputados solicitavam inclusão na Assembleia. Assim, havia outras demandas que se não viessem direto do Executivo, o Legislativo mesmo se propunha a incluir na Assembleia Legislativa e era votado [lá mesmo]. Mas eram poucas.<sup>105</sup>

Para fazer uma mudança legal, na verdade,

*Primeiro é feito não um projeto de lei, mas um projeto de mudança: como é hoje, o que está sendo proposto, porque está sendo proposta, quais impactos que vai gerar, seja de aumento de arrecadação, perda de arrecadação, efeitos... Tudo isso é discutido no âmbito da SEFAZ. Se dentro da SEFAZ e da CAT a ideia foi aprovada, ela é apresentada ao Secretário da Fazenda, que se entender conveniente leva esse projeto para o Governador, como faz com um projeto de negócio. Se o governador estiver de acordo para a mudança, isso volta toda a cadeia para poder começar a executar a mudança. Se depender de uma lei, será escrito dentro da SEFAZ uma minuta de projeto de lei; se precisar de um Decreto, será escrito o Decreto... mas*

*isso é analisado como um projeto, não como um projeto jurídico apenas, mas como um projeto de negócio.*<sup>106</sup>

Desde sua criação, em 2007, o programa foi alterado por meio de quatro diferentes leis: duas propostas pela Secretaria da Fazenda e duas propostas por deputados da ALESP.

Há ainda cinco projetos de lei que aguardam votação na ALESP, todos de iniciativa de Deputados; desses, três projetos visam a incluir algum tipo de entidade do terceiro setor como beneficiária do programa (PL 144/2011, PL 150/2011, 237/2011); outro visa a garantir a devolução dos créditos usados pelo consumidor para pagar seu IPVA caso ele tenha seu carro roubado (PL 109/2009); e o último visa a criar a obrigação de maior divulgação do programa dentro de cada estabelecimento comercial (PL 671/2009).

Nenhuma dessas leis ou projetos de lei efetuados por deputados possuem o potencial de alterar substancialmente o programa, mas lidam apenas com aspectos secundários. Isso talvez não cause surpresas, uma vez que, realmente, o programa é extremamente complexo e há uma grande clivagem de informação e de capacidade para a realização de alterações técnicas entre a Fazenda e a ALESP. Um dos entrevistados ressalta esse ponto ao dizer que

*“o debate dentro do Legislativo é desigual pois eles [a Fazenda] têm todas as informações e a gente não tem acesso a todas as estatísticas, tudo isso. Então, às vezes, é difícil você poder contribuir mais no debate.”*<sup>107</sup>

4.2 O que a arquitetura do NFP nos ensina?  
A história narrada acima mostra que a política regulatória estudada foi criada numa atividade mista de *incrementalismo* e inovação. Se, por um lado, o programa foi criado a partir de um modelo já existente (Nota Fiscal Paulista), muitas ferramentas foram exclusivamente pensadas para resolver os problemas e as particularidades que os gestores enfrentaram durante a *adaptação* do programa. Enquanto

105. Entrevista 08 (115).

106. Entrevista 23 (121).

107. Entrevista 08 (155)

muitas delas tenham sido desenvolvidas a partir de necessidades e erros e acertos, outras foram feitas por mera intuição dos secretários ou dos gestores de que aquilo poderia dar certo.<sup>108</sup>

Conforme registrado pelos próprios entrevistados, eles não tinham ideia do que o programa iria se tornar quando começaram.<sup>109</sup> A partir de uma ideia de um Secretário de adaptar um programa que achou que seria bom para o Estado, a SEFAZ criou diferentes estratégias regulatórias. Essas foram sendo desenvolvidas gradualmente, seja porque algumas eram pré-requisitos de outras (ex: necessidade do REDF para sistema funcionar); ou porque imprevistos apareceram que tiveram ser corrigidos (como o sorteio para compensar baixo ou o incerto valor dos créditos em sistema de ICMS, participação de ONGs para cadastrar cupons não registrados); ou porque novas oportunidades apareceram a partir dos trabalhos já desenvolvidos (como a criação do SAT, uma modernização do REDF ou o aviso fiscal).

Assim, é possível afirmar que o programa Nota Fiscal Paulista foi criado da maneira *incremental*, sem que grandes estudos, grandes experimentos ou projetos pilotos tenham sido feitos para avaliar se ela seria a melhor solução possível para atingir o fim desejado. Nesse processo, novas ferramentas foram pensadas e incorporadas, e embora muitas pareçam bastante inovadoras – como os sorteios e créditos – trata-se apenas de velhas ideias em nova roupagem. Até os instrumentos de detecção trazidos pelo programa – que são bastante inovadores – foram criados de forma *incremental* e nada mais são do que evoluções

108. Como dito anteriormente, o programa Nota Fiscal de Serviços Eletrônica implementado pelo Prefeitura de São Paulo foi comprado da empresa TIPLAN, a mesma empresa que havia desenvolvido o sistema da Prefeitura de Angra dos Reis. Depois de São Paulo, essa empresa vendeu essa mesma solução para diversos outros municípios (como Manaus, Campinas, Blumenau, dentre outras). A Nota Fiscal Paulista, por sua vez, já foi copiada e implementada em outros estados brasileiros, como o Maranhã, o Distrito Federal, Alagoas, dentre outros.

109. Como ressaltado por um dos entrevistados, “Então, veja: o projeto ele foi construído, com o ... vamos dizer assim, não houve um planejamento com todas as etapas bem definidas, com prazos bem definidos, não; ele foi construí... se sabia o que? Aonde se queria chegar e mais ou menos o prazo final, o tempo que a gente tinha. E aí, em cima disso foi construído o cronograma ao contrário e aí cada uma tinha as suas responsabilidades” – Entrevista 17 (25).

de sistemas antigos, versões 2.0 de processos antes realizados em papel, manualmente.

Por outro lado, o processo de construção da regulação estatal estudada mostra que a Administração Pública foi a responsável por elaborar a maior parte das estratégias e instrumentos que regulam o objetivo estudado e todas aquelas trazidas pela Nota Fiscal Paulista. Na verdade, a regulação do programa foi integralmente construída dentro da SEFAZ; embora tenha sido fragmentada em várias regras assinadas e sancionadas por indivíduos diferentes, todas elas foram criadas por uma mesma e reduzida equipe de funcionários da própria Fazenda.<sup>110</sup> Inclusive, verifica-se que, no caso concreto, nenhum dos atores que formalmente poderiam ter modificado o programa ou sua regulação – como os Deputados Estaduais ou o Poder Judiciário – realizaram qualquer alteração em sua estrutura. As ideias e os projetos iniciais da Fazenda permaneceram ao longo de todo o processo de sua criação e implementação. As únicas mudanças realizadas no Legislativo buscavam apenas evitar prejuízos para terceiros que essa política poderia criar.

Além disso, é possível verificar que as regras jurídicas do programa não foram criadas aleatoriamente ou em momento anterior à sua idealização, mas foram sendo elaboradas de maneira concomitante à sua construção. Com isso, quero dizer que não foi o *direito* ou a *lei* que vieram primeiro, mas sim os objetivos e as estratégias escolhidas previamente pela Administração Pública. Foi para justificá-los e possibilitá-los que a SEFAZ, em momento posterior, criou as regras jurídicas.

Em suma, foi a SEFAZ quem efetivamente criou o programa, que pensou como ele deveria funcionar, que criou o projeto de lei para possibilitar que funcionasse da forma pensada, que conseguiu aprovação desse projeto no Legislativo e que, a partir de então, começou a emitir regras para criar novas funcionalidades ou corrigir erros do programa. E toda essa regulamentação foi pensada para justificar e permitir a implementação de ideias e estratégias já pré-concebidas pelos gestores. Antes mesmo de ter a lei aprovada, muitos recursos (especialmente aque-

110. Entrevista 23 (73).

les organizacionais e financeiros) haviam sido gastos pela SEFAZ para criação do programa.

Não é de espantar que a atividade regulatória tenha se concentrado no Poder Executivo. Afinal de contas, com políticas cada vez mais complexas e específicas e com muito uma clivagem de informações sobre as políticas entre Poder Executivo e Poder Legislativo, este não tem tantos recursos assim para propor legislações *criativas*. Num processo de criação incremental, como o mostrado acima, parece muito mais fácil que as mudanças nas regulações venham daqueles funcionários que estão com a “mão na massa” todos os dias, do que de um deputado que nem sempre está por dentro do assunto e nem sempre tem as informações necessárias para propor as estratégias regulatórias necessárias.

## 5 Conclusão

Embora o estudo de um único caso não seja apto a criar grandes generalizações sobre estratégias de regulação ou sobre a atividade de construção de políticas públicas, ele pode ser visto como um passo inicial para a criação de hipóteses a serem testadas no futuro. Estudar e compreender em profundidade um determinado caso permite ao pesquisador descobrir relações, categorias e conceitos que podem ser utilizados como ponto de partida para outras pesquisas – que, talvez, ao analisar um conjunto de casos semelhantes, possa criar generalizações a partir de seu conteúdo.

No entanto, o estudo de um único caso pode mostrar que certas generalizações encontram-se desatualizadas. Se parte da doutrina, por exemplo, diz que “administração é o braço mecânico do legislador”, mostrar, por meio de um único caso, que isso nem sempre é verdade certamente enfraquece a generalização. Somando-se esse resultado a outros casos similares, pode-se fortalecer argumentos contrários a uma tal generalização e levar a novas formas de enxergar a atuação dos gestores públicos.

O caso narrado mostra que, hoje, o Estado pode regular a sociedade por meio de diferentes formas, usando estratégias diversas. Embora diferentes, todas elas apresentam um ponto em comum importante: são criadas por meio do direito. Este, por sua vez,

deixa de limitar-se à forma coercitiva e às sanções negativas, como pode ter feito alguma vez no passado. Pode-se, até mesmo, dizer que, hoje, todas as formas e estratégias que não estão proibidas por lei podem ser adotadas pelo Estado. Na verdade, até mesmo as proibidas por lei, em teoria, poderiam ser adotadas – desde que, é claro, a lei fosse alterada. Conforme destaca um dos entrevistados

*“[...] Na área jurídica, mesmo existindo limites como uma lei, sempre tem-se uma última alternativa que é mandar um projeto de lei para a Assembleia e mudar a lei; isso é decisão política. [Isso é diferente da...] informática [que] tem limites que são físicos; lá, se é impossível fazer algo, não tem como fazer [...]. A natureza dos obstáculos é diferente: alguns obstáculos são contornáveis a certo custo, enquanto outros não são contornáveis, são materialmente intransponíveis.”<sup>111</sup>*

Conforme teorizado por Hood & Margetts (2007), o Estado possui diferentes recursos (*resources*) – *informação, autoridade, organização, financeiro* – que podem ser combinados das mais diferentes formas para o Estado criar as suas estratégias regulatórias. Esses recursos, inclusive, podem ser criados tanto como *detectors* (para detectar informações para fomentar a atuação do Estado) quanto *effectors* (para modificar o comportamento das pessoas). O programa Nota Fiscal Paulista busca ter um importante papel tanto de obtenção de informações da sociedade quanto de modificação de comportamento social.

Aplicar múltiplas estratégias regulatórias para modificar comportamentos possui claras vantagens quando levamos em consideração que as pessoas seguem as leis pelos motivos mais diversos. Enquanto alguns realizam cálculos de riscos e buscam maximizar os seus interesses mesmo às custas do desrespeito da lei, outros não seguem as regras porque não conseguem cumprir os seus requisitos ou porque possuem valores que são contrários aos tutelados por aquelas (como aqueles que acreditam que o Estado é corrupto e que impostos não devem ser pagos para “alimentar essa corja de bandidos”, argumento bastante

111. Entrevista 23 (77).

ouvido no Estado de São Paulo).<sup>112</sup> Dessa forma, ter estratégias variadas para trabalhar com as diferentes motivações dos regulados pode maximizar as mudanças comportamentais buscadas por uma determinada regulação. No entanto, é importante entender que as estratégias escolhidas podem ter efeitos não desejados ou esperados, caso sejam vistas como “brandas” ou “pesadas” demais, por exemplo, em que alguns podem deixar de seguir as regras por se sentirem injustiçados e prejudicados por cumprirem a lei.

Saber as estratégias certas para aplicar num caso concreto ou o grau de intensidade de aplicação de cada uma delas é uma tarefa mais complicada do que se imagina. As diferentes limitações e a escassez de recursos de todos os tipos enfrentados pelos gestores fazem com que elaborar uma política pública seja muito mais uma atividade de *muddle through*<sup>113</sup>, bastante incremental, do que propriamente uma atividade racional e compreensiva. A Nota Fiscal Paulista, embora tenha trazido estratégias regulatórias bastante diferenciadas, não foi nem um programa inteiramente criado a partir de estudos e pesquisas fundamentadas, nem tampouco do nada. Ele foi uma adaptação de uma adaptação de um programa que, talvez, tenha sido original, mas que sofreu diferentes mudanças antes de se consolidar como uma estratégia regulatória visível para outros administradores.

Dessa forma, embora o administrador público tenha um alto grau de criatividade e de discricionariedade, a criatividade nem sempre é explorada da maneira como poderia ser e nem sempre é tão evidente aos gestores – seja porque é sempre mais complicado criar algo diferente, seja porque estão tão imersos nos processos existentes que não conseguem vislumbrar alternativas melhores. No entanto, o programa Nota Fiscal Paulista mostra que, em que pese suas restrições e limitações, ser criativo e criar novas estratégias regulatórias não apenas baseadas em comandos e castigos é possível.

Embora as estratégias regulatórias sejam sempre

112. Experimente colocar no Google os termos “impostos” e “corja de bandidos”. São mais de 100.000 resultados.

113. *Muddle through*, numa tradução literal, quer dizer algo parecido com “vaguear por”. Os termos foram retirados de Lindbloom (1959) e Andrews (2012).

institucionalizadas por meio de leis ou normas infra-legais, o processo de criação legislativa nem sempre é realizado pelo Legislativo. No programa Nota Fiscal Paulista, por exemplo, quase toda a regulação foi criada pela Administração Pública, especialmente pela SEFAZ.<sup>114</sup> Destacamos que no processo de criação legislativa também é possível observar um processo de criação incremental, em que a primeira lei é promulgada – lei-quadro – com bastante espaço para a legislação infralegal ser posteriormente criada. E essa, então, pouco a pouco, é regulamentada por meio de decretos e especialmente resoluções – na maior parte das vezes de autoria do Poder Executivo.<sup>115</sup>

Em suma, as estratégias regulatórias que o Estado possui hoje vão muito além da coerção. A margem de criatividade e discricionariedade que o Administrador Público possui é um dos responsáveis pela intensa e minuciosa atividade regulatória que o Estado vem desenvolvendo nas últimas décadas. Para melhor compreendermos esse novo cenário regulatório e as funções que o Estado exerce nos dias de hoje, pesquisas e estudos empíricos que visam a entender e a explicar o real funcionamento do Estado e da Administração Pública – e que não se limitam apenas a interpretar aquilo que está publicado nos grandes manuais e ensinamentos de *antiquados* mestres e doutores – parecem mais necessários do que nunca. É hora de sairmos da bolha criada pelos manuais jurídicos e embarcarmos em estudos interdisciplinares que permitam uma visão mais integrada, empírica e realista do processo de construção de regulações e políticas públicas. O convite está feito.



114. Destaco que o PROCON também participou da elaboração dos módulos do programa responsável pelo processo de denúncias e reclamações. Inclusive, é o PROCON quem julga os eventuais recursos envolvidos no processo eletrônico que pode levar a aplicação de multa pela lei 12.685/07.

115. Há cada vez mais uma crescente participação dos cidadãos e da sociedade civil na elaboração de políticas e regulações públicas. No entanto, nota-se que os últimos governadores de São Paulo não são grandes adeptos da participação popular na elaboração de políticas públicas ou regulações. No caso da Nota Fiscal Paulista, a sociedade civil teve um papel quase nulo. A medida foi levada ao conhecimento da Associação Comercial de São Paulo para sugestões, mas apenas em um momento bastante avançado do programa.

## 6 Referências

- Abrucio, F. L. (1998). *Os Barões da Federação - os governadores e a redemocratização brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec. Disponível em <http://bit.ly/1L55Er>.
- Adams, J. (1775). *The Novanglus Essays*. Essay n. 07. Disponível em <http://bit.ly/1g3ibvv>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 16/2007. Disponível em <http://bit.ly/1clw0v0>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Transcrição Integral da Sessão Extraordinária 17/2007. Disponível em <http://bit.ly/1iKPwzq>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Transcrição Integral da Sessão Ordinária 81/2007. Disponível em <http://bit.ly/1clwwt0>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007) Projeto de Lei 544/2007. Disponível em <http://bit.ly/1bLBy7W>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Emenda de Pauta 01 ao Projeto de Lei 544/2007. Disponível em <http://bit.ly/1bLBy7W>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Emenda de Pauta 03 ao Projeto de Lei 544/2007. Disponível em <http://bit.ly/1bLBy7W>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2007). Emenda de Pauta 10 ao Projeto de Lei 544/2007. Disponível em <http://bit.ly/1bLBy7W>.
- ALESP (Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo). (2012) Transcrição Integral da Sessão Ordinária 48/2012. Disponível em <http://bit.ly/198Drkq>.
- Andrews, M. (2012). *The Limits of Institutional Reform in Developing Countries*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ariely, D. (2012). *The Honest Truth About Dishonesty: How We Lie to Everyone - Especially Ourselves*. London: Harper Perennial.
- Ayres, I., & Braithwaite, J. (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press.
- Bambini de Assis, L. G. (2009). *Processo Legislativo e Orçamento Público: a função de controle do Parlamento*. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Brasil..
- Bandeira de Mello, C. A. (2009). *Curso de Direito Administrativo* (26a ed.). São Paulo; Malheiros.
- Batista, C. L. (ainda não publicado). *Educação Fiscal e Campanhas de Arrecadação Tributária - Os Programas do Estado de São Paulo*.
- Braithwaite J. (2002). 'Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty'. *Australian Journal of Legal Philosophy*, 27, 47-82. Disponível online em <http://bit.ly/JZd18H>.
- Di Pietro, M. Z. (2012). *Direito Administrativo* (25 ed). São Paulo: Saraiva.
- Dunsire, A. (1978). *The Implementation in a Bureaucracy*. Oxford: Martin Roberston.
- Figueiredo, A. & Limongi, F. (1995). Mudança Constitucional, Desempenho do Legislativo e Consolidação Institucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 29, 175-200. Disponível online em <http://bit.ly/1l4kDFL>.
- Hart, H. L. A (2009). *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Hood, C. (1976). *The Limits of Administration*. London: Wiley.
- Hood, C. (1998). *The Art of the State. Culture, Rhetoric and Public Management*. Oxford: Oxford University Press.
- Hood, C. e Margetts, H. (2007). *The Tools of Government in the Digital Age*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Limongi, F. (2006). A democracia no Brasil - Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos - CEBRAP*, 76. Disponível em <http://bit.ly/O6GpKi>.
- Lindbloom, C.E. (1959). The Science of Muddling Through. *Public Administration Review*, 19(2), 79-88. Disponível online em <http://bit.ly/1egeHUN>.
- Lodge, M. & Wegrich, K. (2012). *Managing Regulation*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Marques Neto, F. A. (2003). Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista de Direito Público da Economia*, 1 (1), 69-93. Disponível em <http://bit.ly/19XGAlg>.
- Meireles, H. L. (1998). *Direito Administrativo Brasileiro* (23 ed.). São Paulo: Malheiros.
- Paschoal, B. (2012). *Punição, recompensa, persuasão e ajuda: estratégias regulatórias a partir do caso Nota Fiscal Paulista* (Dissertação de Mestrado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, Brasil.
- Sundfeld, C. A. (2012). *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros.
- Thaler, R.A. & Sunstein, C. (2008). *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*.

London: Penguin Books.

Yin, R. K. (2009). *Case Study Research: Design and Methods*. Thousand Oaks; Sage Publications.