

*Concessão de Isenção do ICMS. Lei Estadual que colide com Convênio celebrado pelos Estados-membros na forma do art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição de 1988. Inconstitucionalidade.*

## ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Arguição de Inconstitucionalidade nº 0059790-61.2010.8.19.0000**

**Relator:** Des. José C. Figueiredo.

**Arguente:** Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça.

**Interessado 1:** Estado do Rio de Janeiro.

**Interessado 2:** Luiza Farias dos Santos.

**Arguição de inconstitucionalidade.** Art. 40, XXIII, da Lei Estadual nº 2.657/1996, com a redação dada pela Lei nº 4.751/2006. Concessão de isenção do ICMS, na compra de veículo automotor, aos portadores de deficiência física. Termos mais amplos que o Convênio ICMS nº 77/2004. Inconstitucionalidade. Violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição da República. Precedentes do STF. Imprescindibilidade de adaptação do veículo e de sua condução pelo próprio beneficiário da isenção.

E. Órgão Especial,

### I

1. Cuida-se de Arguição de Inconstitucionalidade suscitada pela Egrégia 2ª Câmara Cível, conforme acórdão de fls. 140-145, nos autos da Apelação Cível nº 0049308-56.2007.8.19.0001, em face do inciso XXIII do art. 40 da Lei Estadual nº 2.657/1996, com a redação dada pela Lei nº 4.751/2006, que tem o seguinte teor:

“Art. 40. O imposto não incide sobre prestação de serviço intermunicipal de transporte rodoviário de passageiros e o transporte fornecido pelo empregador com ou sem ônus para funcionários e/ou empregados e, ainda, sobre operação e prestação:

(...)

XXIII - de aquisição de veículo novo por portador de deficiência motora ou por seus responsáveis legais, devidamente atestada pelo órgão competente, para seu uso pessoal limitado a um veículo por beneficiário, e desde que o mesmo não tenha adquirido veículo com isenção ou não-incidência do ICMS em prazo inferior a 02 (dois) anos.”

2. De acordo com o órgão de origem, referido preceito normativo, ao conceder isenção do ICMS a veículos não adaptados e que sequer precisam ser conduzidos pelo próprio motorista portador de deficiência física, mas pelos seus responsáveis legais, afrontou o Convênio ICMS nº 77/2004, celebrado na forma da Lei Complementar nº 24/1975 e que encontra o seu fundamento no art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição da República. De acordo com esse convênio, a isenção somente deve ser concedida para a aquisição de veículo *“especialmente adaptado para ser dirigido por motorista portador de deficiência física incapacitado de dirigir veículo automotor”*.

3. Considerando que a pretensão formulada pelo autor do *mandamus* encontra-se lastreada no referido preceito legal, o exame de sua constitucionalidade, por esse E. Órgão Especial, consubstancia questão prejudicial à apreciação do mérito propriamente dito.

## II

4. Na medida em que plenamente plausível a inconstitucionalidade identificada pelo Suscitante, a arguição, em reverência ao princípio da reserva de plenário (CR/1988, art. 97), deve ser conhecida por esse E. Órgão Especial.

5. A teor do art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, *“se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, “b”, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria.”*

6. Enquanto não editada a legislação esperada, a Lei Complementar nº 24/1975, que *“dispõe sobre os convênios para a concessão de isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias”*, passou a reger o ICMS. Esse diploma normativo instituiu o Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), fórum de discussão e conciliação dos interesses dos distintos Estados-membros e do Distrito Federal em questões afetas ao imposto sobre a circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS). As deliberações do CONFAZ, a teor da Lei Complementar nº 24/1975, são tomadas, mediante convênio, por unanimidade de votos.

7. Com a edição da Lei Complementar nº 87/1996, o CONFAZ deixou de ter competência para editar as normas necessárias à instituição do ICMS, mas continuou com aquelas previstas no art. 155, § 2º, XII, g. O regimento interno do CONFAZ, aprovado pelo Convênio ICMS nº 17/1990, autoriza o órgão a celebrar convênios visando à (1) concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais afetos ao ICMS, observado o disposto na alínea g, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 e na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, e ao (2) exercício das prerrogativas previstas nos artigos 102 e 199 do Código Tributário Nacional.

8. Consoante o art. 152, § 2º, XII, g, da Constituição da República, cabe à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. Por imperativo constitucional, a concessão de isenções não pode ocorrer de modo isolado, isso sob pena de deflagrar uma “guerra fiscal” entre os entes federados e colocar em risco a própria unidade da Federação. Nessa linha, isenção concedida por meio outro que não convênio, ou que não observe os estritos contornos dos convênios existentes, será nitidamente inconstitucional.

9. A respeito da matéria, assim tem se pronunciado o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação aos arts. 1º ao 5º e 7º ao 12 da Lei Complementar nº 231/00, do Estado de Rondônia. Concessão de incentivos fiscais sem prévia celebração de convênio entre os Estados-membros e o Distrito Federal. Invalidez. Ofensa ao disposto na letra ‘g’ do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988. Ação que se julga procedente para reconhecer a inconstitucionalidade dos arts. 1º ao 5º e 7º ao 12 da Lei Complementar rondoniense nº 231/00” (STF, Pleno, ADI nº 3.429/RO, rel. Min. Carlos Britto, j. em 22/11/2006, DJ de 27/04/2007).

“ICMS sobre serviços de comunicação: radiodifusão sonora e de sons e de imagens (alínea a do inciso XII do art. 21 da Constituição Federal. Artigo 132, I, b, da Lei Orgânica do Distrito Federal. (...) O art. 132, I, b, da Lei Orgânica do Distrito Federal, ao admitir a incidência do ICMS apenas sobre os serviços de comunicação, referidos no inciso XI do art. 21 da CF, vedou sua incidência sobre os mencionados no inciso XII, a, do mesmo artigo, ou seja, sobre os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, a, da CF, com a redação dada pela E.C. nº 8, de 15/08/1995). Com isso, estabeleceu, no Distrito Federal, tratamento diferenciado dessa questão, em face do que ocorre nas demais unidades da Federação e do disposto no art. 155, inc. II, da CF, pelos quais o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação. Assim, ainda que indiretamente, concedeu imunidade, quanto ao ICMS, aos prestadores de serviços de radiodifusão sonora e de sons e de imagens, sem que essa imunidade estivesse prevista na Constituição Federal (art. 155, II), que, ademais, não admite que os Estados e o Distrito Federal concedam, com relação ao ICMS, nem mesmo simples isenções, incentivos e benefícios fiscais, senão com observância da lei complementar a que aludem o art. 155, § 2º, inciso XII, letra g” (STF, Pleno, ADI nº 1.467/DF, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 12/02/2003, DJ de 11/04/2003).

“Impugnação do inciso I do art. 5º da Lei n. 6.489/02, do Estado do Pará. O dispositivo impugnado previu a possibilidade de concessão de incentivos fiscais aos empreendimentos arrolados no art. 3º do diploma legislativo em causa. Ao fazê-lo, contudo, olvidou o disposto na letra g do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal de 1988, o qual exige a prévia celebração, nos termos da Lei Complementar n. 24/75, de convênio entre os Estados-Membros e o Distrito Federal. As regras constitucionais que impõem um tratamento federativamente uniforme em matéria de ICMS não representam desrespeito à autonomia dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Isto porque o próprio artigo constitucional de n. 18, que veicula o princípio da autonomia dos entes da Federação, de logo aclara que esse princípio da autonomia já nasce balizado por ela própria, Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para emprestar interpretação conforme o inciso I do art. 5º da Lei n. 6.489/02, do Estado do Pará, de modo que se exclua da sua aplicação os créditos relativos ao ICMS que não tenham sido objeto de anterior convênio entre os Estados-Membros e o Distrito Federal” (STF, Pleno, ADI nº 3.246/PA, rel. Min. Carlos Britto, j. em 19/04/2006, DJ de 01/09/2006).

“ICMS: ‘guerra fiscal’: concessão unilateral de desoneração do tributo por um Estado federado, enquanto vigorem benefícios similares concedido por outros: liminar deferida. A orientação do Tribunal é particularmente severa na repressão à guerra fiscal entre as unidades federadas, mediante a prodigalização de isenções e benefícios fiscais atinentes ao ICMS, com afronta da norma constitucional do art. 155, § 2º, II, g; que submete sua concessão à decisão consensual dos Estados, na forma de lei complementar (ADIn 84-MG, 15.2.96, Galvão, DJ 19.4.96; ADInMC 128-AL, 23.11.89, Pertence, RTJ 145/707; ADInMC 902 3.3.94, Marco Aurélio, RTJ 151/444; ADInMC 1.296-PI, 14.6.95, Celso; ADInMC 1.247-PA, 17.8.95, Celso, RTJ 168/754; ADInMC 1.179-RJ, 29.2.96, Marco Aurélio, RTJ 164/881; ADInMC 2.021-SP, 04.8.99, Corrêa; ADIn 1.587, 19.10.00, Gallotti, Informativo 207, DJ 15.8.97; ADInMC 1.999, 30.6.99, Gallotti, DJ 31.3.00; ADInMC 2.352, 19.12.00, Pertence, DJ 9.3.01). As normas constitucionais, que impõem disciplina nacional ao ICMS, são preceitos contra os quais não se pode opor a autonomia do Estado, na medida em que são explícitas limitações. O propósito de retaliar preceito de outro Estado, inquinado da mesma balda, não valida a retaliação: inconstitucionalidades não se compensam. Concorrência do *periculum in mora* para a suspensão do ato normativo estadual que, posto inspirada na razoável preocupação de reagir contra o Convênio ICMS 58/99, que privilegia a importação de

equipamentos de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural contra os produtos nacionais similares, acaba por agravar os prejuízos igualmente acarretados à economia e às finanças dos demais Estados-Membros que sediam empresas do ramo, às quais, por força da vedação constitucional, não hajam deferido benefícios unilaterais” (STF, Pleno, ADI-MC nº 2.377/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 22/02/2001, DJ de 07/11/2003).

“A liberação de isenções, incentivos e benefícios fiscais pelos Estados-Membros e Distrito Federal depende de lei complementar (CF, artigo 155, § 2º, XII, g). Ato governamental concessivo de desoneração de ICMS em operações internas sem que tenha sido objeto de convênio e que não levou em conta a Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, recebida pela Constituição Federal de 1988, é o bastante para caracterizar por si só a sua inconstitucionalidade. Precedentes (ADIMCs 2.736-PR, Sydney Sanches, julgada em 15/02/01, e 2.353-ES, Sepúlveda Pertence, julgada em 19/12/00, inter plures)” (STF, Pleno, ADI-MC nº 2.376/RJ, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 15/03/2001, DJ de 04/05/2001).

“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 13.670/2002, do Estado do Paraná, que instituiu o Programa de Incentivo à Produção e à Industrialização do Algodão do Paraná (PROALPAR). Lei estadual que concede créditos fiscais relativos ao ICMS sem a observância de lei complementar federal e sem a existência de convênio entre os Estados e o Distrito Federal. 3. Violação ao art. 155, § 2º, XII, g, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Precedentes. 4. Ação direta julgada procedente” (STF, Pleno, ADI nº 2.722/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 22/11/2006, DJ de 19/12/2006).

10. Estabelecidas as premissas, já é possível antecipar que qualquer colisão entre o convênio relativo à matéria e a legislação estadual culminará com a inconstitucionalidade desta última. Eis o teor da cláusula primeira do Convênio ICMS nº 77/2004, que *“isenta do ICMS as saídas de veículos destinados a pessoas portadoras de deficiência física”*, *verbis*:

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 115ª reunião ordinária, realizada em Aracaju, SE, no dia 24 de setembro de 2004, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte CONVÊNIO

Cláusula primeira Ficam isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais de veículo automotor novo com até 127 HP de potência bruta (SAE), especialmente adaptado para ser *dirigido por motorista portador de deficiência física incapacitado de dirigir veículo*

*convencional (normal)*, desde que as respectivas operações de saída sejam amparadas por isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, nos termos da legislação federal vigente.

§ 1º O benefício correspondente deverá ser transferido ao adquirente do veículo, mediante redução no seu preço.

§ 2º A isenção de que trata esta cláusula será previamente reconhecida pelo fisco da unidade federada onde estiver domiciliado o interessado, mediante requerimento instruído com:

I - laudo de perícia médica fornecido pelo Departamento de Trânsito do Estado – DETRAN, onde estiver domiciliado o interessado, que:

a) *atesta sua completa incapacidade para dirigir veículos convencionais e sua aptidão para fazê-lo naqueles especialmente adaptados;*

b) *especifique o tipo de deficiência física;*

c) *especifique as adaptações necessárias;*

II – Declaração de Disponibilidade Financeira ou Patrimonial do portador de deficiência, apresentada diretamente ou por intermédio de representante legal, na forma do Anexo II deste convênio, disponibilidade esta compatível com o valor do veículo a ser adquirido;

III - cópia autenticada da Carteira Nacional de Habilitação, na qual conste as restrições referentes ao condutor e as adaptações necessárias ao veículo;

IV – cópia autenticada da autorização expedida pela Secretaria da Receita Federal para aquisição do veículo com isenção do IPI;

V – certidão negativa de débitos emitida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, ou declaração de isenção;

VI – comprovante de residência.

§ 3º Não será acolhido, para os efeitos deste convênio, o laudo previsto no inciso I, do parágrafo anterior, que não contiver detalhadamente todos os requisitos exigidos pelo mencionado dispositivo.

§ 4º *Quando o interessado necessitar do veículo com adaptação ou característica especial para obter a Carteira Nacional de Habilitação, poderá adquiri-lo com isenção sem a apresentação da respectiva cópia autenticada.*

§ 5º Dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da aquisição do veículo, constante no documento fiscal de venda, o adquirente deverá, sob pena de recolher o imposto dispensado com atualização monetária e acréscimos legais, nos termos da legislação vigente e sem prejuízo das sanções penais cabíveis, apresentar à repartição fiscal

junto à qual foi reconhecida a isenção cópia autenticada do documento mencionado no parágrafo anterior.

§ 6º A autoridade competente, se deferido o pedido, emitirá autorização para que o interessado adquira o veículo com isenção do ICMS em quatro vias, que terão a seguinte destinação:

I - a primeira via deverá permanecer com o interessado;

II - a segunda via será entregue à concessionária, que deverá remetê-la ao fabricante;

III - a terceira via deverá ser arquivada pela concessionária que efetuou a venda ou intermediou a sua realização;

IV - a quarta via ficará em poder do fisco que reconheceu a isenção.

§ 7º O benefício previsto nesta cláusula somente se aplica se o adquirente não tiver débitos para com a Fazenda Pública Estadual ou Distrital (destaque nosso).

11. A análise do Convênio ICMS nº 77/2004 evidencia que a isenção do ICMS só pode ser concedida quando o veículo precisar ser adaptado e for conduzido pelo próprio portador de deficiência, constatação suficiente para se concluir pela inconstitucionalidade da norma estadual ao conceder a isenção em termos mais amplos.

### III

12. O parecer, assim, é no sentido de que seja reconhecida a inconstitucionalidade do art. 40, XXIII, da Lei Estadual nº 2.657/1996, com a redação dada pela Lei nº 4.751/2006, isso ao conceder a isenção do tributo devido em termos mais amplos que o Convênio ICMS nº 77/2004.

Rio de Janeiro, 8 de dezembro de 2010.

Emerson Garcia

Promotor de Justiça

Assistente da Subprocuradoria-Geral de Justiça  
de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Aprovo.

Antonio José Campos Moreira

Subprocurador-Geral de Justiça

de Atribuição Originária Institucional e Judicial