

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Recurso

MS 2.4.

LEI ESTADUAL QUE CONCEDE A NÃO-INCIDÊNCIA — SUSPENSÃO "EX NUNC" DE SUA EFICÁCIA

RESUMO

- Na inicial, o autor alegou e pleiteou o seguinte (f. item I, a f.): "I. Os dispositivos inconstitucionais 1.1. A presente ação tem como objeto a argüição da inconstitucionalidade dos incs. XXI e XXII do art. 40 da Lei Estadual 1.423/89, que assim estabelece: Art. 40. O imposto não incide sobre operação: ... XXI - de prestação de serviço intermunicipal de transporte de passageiros; XXII - de transporte fornecido pelo empregador com ou sem ônus para funcionários e/ou empregados: II. A inconstitucionalidade de benefício fiscal relativo ao ICMS ser criado unilateralmente por um Estado 2.1. Como se sabe, a hipótese de incidência do ICMS está definida no inc. II do art. 155 da CF: Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: ... II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; 2.2. Dentro dessa hipótese de incidência está a tributação do serviço de transporte intermunicipal. E convém salientar: transporte intermunicipal de qualquer natureza. De fato, onde o legislador não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. 2.3. Logo, se a C F não exclui o transporte intermunicipal de passageiros da competência tributária estadual, evidentemente que se deve entender que sobre este serviço também incide o ICMS. 2.4. Situação análoga se passa com o transporte fornecido pelo empregador. O inc. XXII do art. 40 da Lei 1.423/89 não restringe a incidência do benefício por ele criado à hipótese de o empregador fornecer o transporte apenas dentro dos limites de um mesmo município (intramunicipal). Aliás, claramente o alvo dessa norma é o transporte intermunicipal fornecido pelo empregador, já que não há como duvidar que o intramunicipal esteja fora do campo de incidência do ICMS. 2.5. Dessa forma, não há como colocar em dúvida o fato de que o serviço intermunicipal de transporte de passageiros e o de transporte fornecido pelo empregador estão abrangidos pela hipótese de incidência do ICMS definida pela CF. 2.6. Em sendo assim, de uma rápida análise dos dispositivos ora atacados se chega à conclusão de que, muito embora a Lei 1.423/89 esteja tratando esses serviços de transporte como casos de não-incidência do ICMS, na realidade ela está isentando deste imposto hipóteses alcançadas pelo campo de incidência desse imposto. Conseqüentemente, em que pese a terminologia empregada pela Lei 1.423/89, os incs. XXI e XXII do art. 40 não explicitam casos de não-incidência do ICMS, mas sim criam hipóteses de isenção desse imposto. 2.7. Desnecessário dizer que, de acordo com a terminologia acolhida amplamente pela doutrina, o termo isenção e não-incidência não se confundem. 2.8. O termo isenção é utilizado para referir-se aos casos que embora localizados dentro do campo de incidência de um tributo, definido pela C F, são excluídos da incidência do mesmo por norma legal infraconstitucional. Já o termo não-incidência é utilizado para referir-se aos casos que não estão sequer alcançados pelo campo de incidência de um tributo previsto na C. F. Embora não haja necessidade - para que o tributo não seja devido - de o legislador infraconstitucional prever os casos de não-incidência tributária, ele assim o faz freqüentemente para afastar dúvidas em situações que se encontram dentro de uma zona cinzenta. Nesse sentido é a lição de RUBENS GOMES DE SOUZA: 'É importante fixar bem as diferenças entre não-incidência e isenção: tratando-se de não-incidência, não é devido o tributo porque não chega a surgir a própria obrigação; ao contrário, na isenção o tributo é devido, porque existe a obrigação, mas a lei dispensa o seu pagamento' (in Compêndio de Leg. Trib., 1981, p. 97) 2.9. Seja como for, justamente porque está criando uma isenção e não meramente explicitando um caso de não-incidência, revela-se gritante a inconstitucionalidade dos incs. XXI e XXII do art.

40 da Lei 1.423/89. 2.10. Com efeito, de acordo com o art. 155, XII, g, da CF, 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: `XII - cabe à lei complementar: ... g) regular a forma como, mediante deliberação dos

EMENTA

Deve ser suspensa "ex nunc a eficácia de lei estadual que concede a não-incidência do ICMS sobre a prestação de serviço intermunicipal de transporte de passageiros e de transporte fornecido pelo empregador com ou sem ônus para funcionários ou empregados, uma vez que tanto o Convênio 66/88, autorizado pelo § 8º do art. 34 do ADCT, quanto a recente LC 87/96, não prevêem tal benefício para as referidas operações, e, conforme a regra insculpida no art. 155, § 2º, XII, g, somente lei complementar poderá "regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados".